

COLLANA NUOVE AUTONOMIE  
COLLETTANEE

30

DEMOCRAZIA  
DIRITTI UMANI  
E SVILUPPO SOSTENIBILE  
Quali sfide in Italia e Brasile?

DEMOCRACIA  
DIREITOS HUMANOS  
E DESENVOLVIMENTO  
SUSTENTÁVEL  
Quais os desafios da Itália e do Brasil?

CONVEGNO ITALO-BRASILIANO DEI PROFESSORI  
DI DIRITTO AMMINISTRATIVO E COSTITUZIONALE  
PALERMO, 15-16 SETTEMBRE 2022

a cura di

Maria Immordino, Nicola Gullo  
Cristiano Celone

EDITORIALE SCIENTIFICA

DEMOCRAZIA, DIRITTI UMANI E SVILUPPO SOSTENIBILE  
DEMOCRACIA, DIREITOS HUMANOS  
E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

ES

ISBN 979-12-5976-974-9



9 791259 769749

euro 60,00

*Collana Nuove Autonomie*

COLLETTANEE

30

*I volumi devono essere inviati alla Rivista "Nuove Autonomie". Se il tema è di interesse per la stessa verranno sottoposti, in forma anonima, ad una procedura di doppia valutazione esterna, secondo criteri concordati dalla Direzione con l'editore, che ne conserva la relativa documentazione.*

**Democrazia, diritti umani  
e sviluppo sostenibile.  
Quali sfide in Italia e Brasile?**

**Democracia, direitos humanos e  
desenvolvimento sustentável.  
Quais os desafios da Itália e do Brasil?**

*CONVEGNO ITALO-BRASILIANO DEI PROFESSORI DI DIRITTO  
AMMINISTRATIVO E COSTITUZIONALE  
PALERMO, 15-16 SETTEMBRE 2022*

*a cura di*

Maria Immordino, Nicola Gullo, Cristiano Celone

Editoriale Scientifica  
Napoli

I curatori ringraziano:

Francesco Giacalone, Clara Filiberto e Cristiana Livolsi per il coordinamento redazionale.

L'Università degli studi di Palermo, l'Assemblea Regionale Siciliana e la Presidenza della Regione Siciliana per aver finanziato il convegno e il volume.

*Proprietà letteraria riservata*

© Copyright 2024 Editoriale Scientifica srl  
via San Biagio dei Librai, 39  
80138 Napoli  
ISBN 979-12-5976-974-9

## INDICE

MARIA IMMORDINO, NICOLA GULLO, CRISTIANO CELONE <i>Introduzione. Le prospettive della democrazia contemporanea in un'epoca di crisi</i>	9
<i>In ricordo di Raquel Dias da Silveira e Paulo Roberto Ferreira Motta</i>	11

### DEMOCRAZIA: LE RAGIONI DELLA CRISI

ESTEFÂNIA MARIA DE QUEIROZ BARBOZA - CLAUDIA BEECK MOREIRA DE SOUZA <i>Democracia em risco: o caso brasileiro</i>	15
GUIDO CORSO <i>L'Europa tra democrazia liberale e democrazia illiberale</i>	33
KATYA KOZICKI - ANA CAROLINA LOPES OLSEN <i>Structural Racism and the Role of the Constitutional Jurisdiction in Brazil</i>	45
VITOR RHEIN SCHIRATO <i>O papel e a importância das cortes constitucionais na preservação da democracia no estado contemporâneo</i>	69
GIORGIO GRASSO <i>Crisi pandemica e regressione democratica</i>	85
FELICE BLANDO <i>Il partito nell'ordinamento democratico</i>	103
LUCIANA DE GRAZIA <i>Alcune riflessioni sull'indipendenza giudiziaria nel contesto europeo</i>	127
BRUNO MERCURIO <i>Crisi della rappresentanza ed emersione di nuovi modelli di democrazia deliberativa. Il ruolo strategico delle attività di pianificazione e programmazione</i>	163

DIRITTI UMANI:  
LE NUOVE VULNERABILITÀ

ANNA SIMONATI	
<i>La 'cittadinanza di genere': le nuove frontiere dell'uguaglianza fra uomini e donne</i>	207
JOSÉ LAURINDO DE SOUZA NETTO - FLÁVIA JEANNE FERRARI	
<i>Direitos humanos e inovação no setor público</i>	225
ILTON NORBERTO ROBL FILHO	
<i>Direito à intimidade e à vida privada na era digital</i>	239
MARCO BROCCA	
<i>Inquinamento acustico e diritto al silenzio: le c.d. zone silenziose</i>	249
CRISTIANO BEVILACQUA	
<i>La lotta alle nuove povertà nell'ambito del PNRR</i>	257
CATERINA VENTIMIGLIA	
<i>Diritto allo studio e soggetti vulnerabili nelle politiche del PNRR</i>	279
ANTONIO BALSAMO	
<i>Diritti umani: le nuove vulnerabilità. Conclusioni</i>	307

DIRITTI UMANI:  
RICONOSCIMENTO NORMATIVO ED EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA

GUIDO CARLINO	
<i>Corte dei Conti e tutela effettiva dei diritti umani</i>	319
MARIA ALESSANDRA SANDULLI	
<i>Effettività della tutela tra fonti normative e interpretazione giurisprudenziale</i>	325
CLAYTON MARANHÃO	
<i>Jurisdição constitucional brasileira: as técnicas decisórias no controle abstrato de constitucionalidade</i>	347
ANGELA CASSIA COSTALDELLO	
<i>Jurisdição e processo no direito administrativo brasileiro: aproximação com os direitos fundamentais</i>	355
FLÁVIO BERTI	
<i>Controle externo concomitante e monitoramento da gestão pública no Brasil</i>	381
JOEL ILAN PACIORNIK - JOSÉ LAURINDO DE SOUZA NETTO - ANDERSON RICARDO FOGAÇA	
<i>Desjudicialização do direito à saúde à luz da análise econômica do direito</i>	401

INDICE	7
--------	---

CAROLINA FONTES VIEIRA	
<i>Desafios à equidade de gênero e raça no poder judiciário brasileiro</i>	419
DANIELE MARRAMA	
<i>Termine ragionevole di cui all'art. 6 CEDU tra procedimento e processo</i>	435
ANTONIO RUGGERI	
<i>I diritti fondamentali, tra riconoscimento normativo ed effettività della tutela</i>	455
GAETANO ARMAO	
<i>La giustizia nell'amministrazione: il contributo di Francesco Crispi</i>	481

#### SVILUPPO SOSTENIBILE E TRANSIZIONE ECOLOGICA

MAURIZIO CELLURA	
<i>Riflessioni su sostenibilità e transizione ecologica nel contesto dell'Università di Palermo</i>	517
MARCELLA GOLA	
<i>Pubblica amministrazione e agricoltura sostenibile: quando il diritto produce futuro</i>	533
VERA KARAM DE CHUEIRI	
<i>The green belt movement e o movimento interestadual das quebradeiras de côco de babaçu: mulheres, sustentabilidade, resistência e persistência</i>	549
FRANCESCO VETRÒ	
<i>Transizione energetica e sviluppo sostenibile. Pubblico e privato alla prova della crisi energetica</i>	565
VIVIANA MOLASCHI	
<i>La sfida dell'economia circolare e il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza</i>	605
VALENTINA GIOMI	
<i>La tutela delle risorse idriche nell'ottica della sostenibilità. Riflessioni sul processo di giuridificazione del bene idrico e sui percorsi di responsabilità giuridica pubblica</i>	625
ROBERTO LEONARDI	
<i>La tutela dell'ambiente e la centralità del procedimento amministrativo per la tutela dei principi democratici</i>	649
PAOLO PROVENZANO	
<i>Spigolature in tema di criteri ambientali minimi</i>	691
FRANCESCO DE LEONARDIS	
<i>Conclusioni alla IV sessione "Sviluppo sostenibile e transizione ecologica"</i>	701

## PROSPETTIVE E CRITICITÀ DELLA GREEN ECONOMY

DIANA URANIA GALETTA	
<i>“Nature based solutions” e pianificazione urbana, a salvaguardia della resilienza delle nostre città. Qualche riflessione e taluni spunti di ricerca</i>	709
ARISTIDE POLICE	
<i>Sustainability and energy market in difficult times</i>	725
PIER LUIGI PORTALURI	
<i>Finto verde</i>	737
MAURO RENNA – ANGELO BONAITI	
<i>Impianti energetici alimentati da fonti rinnovabili e ‘dequotazione’ di funzioni amministrative</i>	739
<i>Note sugli autori e sui curatori</i>	767

INTRODUZIONE.  
LE PROSPETTIVE DELLA DEMOCRAZIA CONTEMPORANEA  
IN UN'EPOCA DI CRISI

di *Maria Immordino, Nicola Gullo e Cristiano Celone*

Le sfide che incombono sui sistemi politico-istituzionali italiano e brasiliano, pur con le rilevanti differenze socio-economiche e giuridiche che li contraddistinguono, sembrano presentare caratteristiche e problematiche comuni, tali da rendere possibile e stimolante un confronto sui principali fattori di crisi delle rispettive democrazie.

Se, in linea generale, la crisi pandemica, la guerra in Ucraina e la recessione economica hanno determinato una situazione di parziale alterazione degli ordinari meccanismi di funzionamento delle istituzioni democratiche in tutti gli Stati contemporanei, favorendo, per esempio, la concentrazione del potere decisionale nel governo nazionale o nell'autorità federale, non va trascurato che in alcuni ordinamenti – come quelli italiano e brasiliano – l'emergere di pulsioni nazionaliste e populiste ha contribuito a mettere ulteriormente in crisi il modello parlamentare e il tradizionale circuito democratico-rappresentativo.

Le tensioni istituzionali e politiche che hanno condizionato, negli ultimi anni, la vita pubblica italiana e brasiliana testimoniano la comune fragilità del tessuto politico e partitico di fronte alle situazioni emergenziali che, per un verso, mettono sotto pressione gli istituti costituzionali e alterano i rapporti tra i poteri dello Stato e, per altro verso, accelerano i processi di disaffezione della società civile nei confronti dell'impegno politico, contribuendo, al contempo, a una deriva di tipo personalista delle forme di legittimazione della classe dirigente.

Queste comuni traiettorie, che sono affiorate anzitutto nel momento di massima intensità della crisi pandemica e sono proseguite per il protrarsi della recessione economica, offrono spunti di riflessione di rilievo transnazionale e rendono possibile, in una misura significativa, un confronto stimolante tra i diversi percorsi evolutivi seguiti, ancorché in modo contraddittorio, dagli ordinamenti brasiliano e italiano per ampliare

la tutela dei diritti fondamentali e rinforzare la dimensione democratica delle istituzioni pubbliche.

Le recenti prospettive, che sollecitano una profonda rivisitazione dell'assetto giuridico-istituzionale del costituzionalismo latino-americano e di quello italiano, impongono uno sforzo di approfondimento culturale e scientifico che l'Associazione italo-brasiliana intende promuovere nel rispetto delle sue finalità statutarie.

I saggi contenuti in questo libro si muovono lungo una triplice direttrice: l'esame delle questioni principali che riguardano i sistemi democratici contemporanei; le nuove frontiere della tutela dei diritti umani; la complessa declinazione del principio di sostenibilità ambientale, nell'ottica dell'Agenda 2030.

IN RICORDO DI  
RAQUEL DIAS DA SILVEIRA E PAULO ROBERTO FERREIRA MOTTA

In apertura di questo volume, desideriamo rinnovare, con affetto e commozione, il ricordo di Raquel Dias da Silveira e Paulo Roberto Ferreira Motta, componenti del Consiglio direttivo dell'Associazione italo-brasiliana dei Professori di Diritto Amministrativo e Costituzionale, scomparsi in modo prematuro rispettivamente nel 2022 e nel 2023.

Raquel è stata una presenza importante nell'ambito della vita dell'Associazione italo-brasiliana, non soltanto perché ha aderito con entusiasmo al progetto originario, alla creazione di un organismo di coordinamento dei professori di diritto amministrativo e costituzionale, per promuovere e sostenere gli scambi culturali e scientifici tra gli atenei italiani e quelli brasiliani, ma anche perché ha saputo contribuire, con la sua radiosa personalità, con la sua contagiosa allegria, con la sua grande generosità, al consolidamento di un clima di autentica amicizia ed empatia tra tutti i colleghi che hanno condiviso questa esperienza associativa.

Il suo percorso universitario è stato molto qualificato ed articolato: dopo avere conseguito, tra il 2000 e il 2008, la laurea, il master e il dottorato in diritto presso l'Università federale di Minas Gerais, ha cominciato a svolgere attività didattica in diverse Università ed Istituzioni culturali: nel Centro universitario Autonomo do Brasil – Unibrasil, in cui ha raggiunto la qualifica di *Professor Pesquisador* e ha acquisito il ruolo di Coordinatore generale del Corso di laurea; nell'Istituto di diritto amministrativo di Goiás (IDAG); nell'Università di Uberaba, tanto per citarne alcuni.

Anche la sua attività professionale è stata rilevante e diversificata, sia per l'assunzione di specifici compiti nel contesto dell'Ordine degli avvocati dello Stato di Paraná, diventando anche VicePresidente della *Commissao de gestao publica* (2013-2015), sia per gli incarichi giudiziari di assistente dei giudici del Superiore Tribunale di Giustizia e del Tribunale di Giustizia dello Stato di Paraná (dal 2004 al 2006).

Sul piano della ricerca scientifica, i suoi interessi sono stati molteplici (dal pubblico impiego, alla disciplina del procedimento amministrati-

vo, alla tutela ambientale) e sono confluiti nella produzione di approfonditi ed originali saggi, pubblicati nelle più prestigiose riviste brasiliane e latinoamericane, nonché di alcune rilevanti monografie, soprattutto in tema di pubblico impiego.

Quello che prevale nella sua impostazione scientifica è sicuramente l'approccio personalista, inteso come ricerca ed individuazione, nei diversi settori dell'amministrazione, delle garanzie giuridiche più idonee a salvaguardare le posizioni individuali, soprattutto i diritti sociali, di fronte alle multiformi manifestazioni del potere amministrativo nell'ordinamento brasiliano.

Gli ultimi anni di vita sono stati pesantemente condizionati dallo sviluppo della malattia, contro cui ha combattuto generosamente e con grande dignità, senza fare mai mancare il suo supporto alle iniziative dell'Aibdac.

Paulo ha aderito, trascinato dall'entusiasmo della moglie Raquel, al Consiglio direttivo dell'Aibdac fin dalla sua prima composizione e ha saputo fornire, per la sua grande esperienza forense, un costante collegamento con il mondo brasiliano delle professioni legali. Con la sua straordinaria ospitalità ha contribuito a consolidare quel clima di accoglienza e serenità che ha sempre caratterizzato i lavori e gli incontri dell'Associazione nel contesto brasiliano.

I membri dell'Associazione italo-brasiliana dei Professori di Diritto Amministrativo e Costituzionale riconfermano ai familiari, e in particolare all'amato figlio Bruno, duramente segnati da questa improvvisa scomparsa, i sentimenti di affetto e stima nei confronti di Raquel e Paulo per il ruolo fondamentale che hanno ricoperto nell'avvio e nello sviluppo della nostra intensa cooperazione scientifica e culturale.

DEMOCRAZIA:  
LE RAGIONI DELLA CRISI



ESTEFÂNIA MARIA DE QUEIROZ BARBOZA  
CLAUDIA BEECK MOREIRA DE SOUZA

DEMOCRACIA EM RISCO:  
O CASO BRASILEIRO

INDICE: 1. Brasil: situação atual. – 2. Como o design constitucional brasileiro pode ter favorecido o controle de um líder autocrata. – 3. Propostas de aprimoramento.

1. *Brasil: situação atual*

O número de democracias eleitorais cresceu de 35 nos anos 70, para 110 em 2014, seguindo no período mencionado a previsão de Fukuyama sobre o *Fim da História*, expressão a partir da qual o autor afirmou que o pós-guerra determinaria a universalização da democracia liberal ocidental como a forma final e ideal de governo no Mundo<sup>1</sup>. Entretanto, depois de 2014, o próprio Fukuyama analisa um processo de recessão democrática<sup>2</sup>.

Em 2021, o IDEA publicou o relatório sobre *Democracia nas Américas*<sup>3</sup> em que ressalta que apesar dos países no continente terem abraçado a 3ª onda de democracia e terem fortalecido suas instituições naquele período (anos 70), passaram a sinalizar recentemente, depois de 2006, para um retrocesso democrático que vem sendo acelerado em pouco tempo. A polarização política, a fragmentação partidária, a crise de representatividade e o descontentamento dos cidadãos com as elites políticas seriam as principais causas deste processo de autocratização da

<sup>1</sup> “Existem razões poderosas para acreditar que é o ideal que governará o mundo material a longo prazo (tradução nossa).” F. FUKUYAMA, *The end of history and the last man*. New York, 1989, p. 4.

<sup>2</sup> F. FUKUYAMA, *Why is Democracy Performing so Poorly*, in *Journal of Democracy*, v. 26, n. 1. Jan., 2015, p. 1.

<sup>3</sup> *El Estado de la democracia en las américas 2021. Democracia en tiempos de crisis*. Disponível em: <https://www.idea.int/gsod-2021/sites/default/files/2021-11/estado-de-la-democracia-en-las-americas-2021.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2023.

região, para além de que os atores políticos de hoje são bem diferentes daqueles presentes no período da transição democrática.

Especialmente quanto ao Brasil consta do relatório do IDEA que, desde 2013, o país está em transição para um processo de retrocesso democrático registrando o maior declínio de atributos democráticos no mundo<sup>4</sup>. O relatório tomou em consideração, como relevantes, os ataques direcionados contra as instituições responsáveis pela condução das eleições, que partiam, em 2021, não apenas do governo, mas dos partidos políticos, inclusive de oposição<sup>5</sup>. Como exemplo, o texto citou as desconfianças publicamente manifestadas pelo ex-presidente Jair Bolsonaro em relação a segurança das urnas eletrônicas e ataques por ele realizados contra os Ministros do Supremo Tribunal Federal e Tribunal Superior Eleitoral<sup>6</sup>. Nas palavras dos avaliadores internacionais essas práticas “ameaçam a integridade dos processos eleitorais, debilitam o Estado de direito e alimentam as crises de legitimidade das instituições democráticas e de controle”<sup>7</sup>. Estes tipos de ataque foram observados não apenas no Brasil, mas também em El Salvador, México e Peru e buscavam justamente criar uma crise de legitimidade inexistente até então para desacreditar as eleições e as instituições democráticas.

De mesma forma, órgãos de análise dos índices de democracia no Mundo têm alertado para a retração dos regimes democráticos nos últimos tempos. O *Freedom's House*<sup>8</sup> alerta que em todas as regiões do Mundo a democracia está sob ataque de líderes populistas, com queda nos índices de liberdade de imprensa, liberdade religiosa, independência do Judiciário, liberdade acadêmica e outros direitos de liberdade. De acordo com a publicação da entidade, divulgada para o ano de 2023, na região que contempla Europa Central e Ásia Central, por exemplo, pelo 19º ano consecutivo a democracia sofreu declínio. Segundo o

<sup>4</sup> Ibid., p. 1. Ainda: “...A partir de 2013, o processo de retrocesso democrático começou a se configurar naquele país, resultado de uma queda constante e prolongada em quase todos os seus indicadores, o que se agravou especialmente nos últimos dois anos (tradução nossa)”. Ibid., p. 4.

<sup>5</sup> Ibid., p. 25.

<sup>6</sup> Ibid., p. 30.

<sup>7</sup> Ibid., p. 25.

<sup>8</sup> Para informações detalhadas, ver: *Freedom House*. Disponível em: <https://freedomhouse.org/>. Acesso em: 25 jun. 2023.

mesmo relatório, dos 29 países analisados, as pontuações pertinentes a verificação da qualidade da democracia foram reduzidas em 11 deles<sup>9</sup>.

Considerando especificamente o caso do Brasil, de acordo com o *Democracy Report* do *V-DEM Institute*, para o ano de 2022<sup>10</sup>, o país se mantém entre os 10 países que mais se autocratizaram no Mundo<sup>11</sup>, considerado como uma democracia meramente eleitoral, com diminuição significativa nos últimos 10 anos de todos os índices que apontam para a estabilidade da democracia, com destaque para a queda vertiginosa de 0.5 pontos no que se refere a liberdade acadêmica<sup>12</sup>.

O V-DEM ressalta que a autocratização normalmente segue um mesmo padrão, atacando num primeiro momento a mídia e a sociedade civil e se utilizando da desinformação para polarizar a sociedade e agredir os opositores políticos e as instituições. Especialmente, no que se refere ao ataque contra as instituições, considerando as eleições para a presidência do Brasil, em 2022, o relatório citado reporta erosão dos elementos indicadores de eleições limpas e chama atenção para atos de intimidação efetuados pelo governo, além de violência eleitoral<sup>13</sup>.

O Brasil se insere, deste modo, no contexto dos países em retrocesso democrático por meio de um conjunto de ataques aos alicerces do constitucionalismo liberal, num processo que se utiliza da desinformação e baixo apoio da população à democracia. Bolsonaro, durante seu mandato, entre 2019 e 2023, seguiu as táticas adotadas por outros líde-

<sup>9</sup> Sobre o tema: “Pelo 19º ano consecutivo, a governança democrática sofreu um declínio geral na região que se estende da Europa Central à Ásia Central”. E: “...As pontuações da democracia diminuíram em 11 dos 29 países do relatório” (tradução nossa). *Nations in transit 2023. War Deepens a Regional Divide. Freedom House*. Disponível em: [https://freedomhouse.org/sites/default/files/2023-05/NIT\\_2023\\_Digital.pdf](https://freedomhouse.org/sites/default/files/2023-05/NIT_2023_Digital.pdf). Acesso em: 25 jun. 2023. p. 2.

<sup>10</sup> *Reporte de la democracia 2023. Resistencia frente a la autocratización*. V-Dem Regional Center Latin América. Pontificia Universidad Católica de Chile. Disponível em: [https://v-dem.net/documents/35/V-dem\\_democracyreport2023\\_espanol\\_med.pdf](https://v-dem.net/documents/35/V-dem_democracyreport2023_espanol_med.pdf). Acesso em 01 jul. 2023.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>12</sup> “Da mesma forma, o declínio da liberdade acadêmica está ligado à autocratização em países latino-americanos como Uruguai, México, Nicarágua, El Salvador e Brasil. Este último perdeu o recorde de 0,5 pontos em uma década.” (tradução nossa). *Ibid.*, p. 39.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 24.

res populistas no mundo com ataques à imprensa, às Cortes e ao processo eleitoral, com discurso neoconservador e antagônico à proteção de direitos humanos.

Foi explícito o ataque promovido por Bolsonaro às urnas eletrônicas, ao Tribunal Superior Eleitoral e aos Ministros do STF e TSE, especialmente o Ministro Luís Roberto Barroso e o Ministro Alexandre de Moraes, que exerceu a presidência do Tribunal no período das eleições presidenciais de 2022. Desde 2018, ano de sua eleição, Jair Bolsonaro criticava as urnas eletrônicas em vídeos divulgados na internet, mediante os quais buscava descredibilizar a justiça eleitoral (vídeos que chegaram a ser retirados do ar por seu caráter abusivo)<sup>14</sup>. Depois de eleito, Bolsonaro seguiu a linha de ataque à justiça eleitoral<sup>15</sup> e ao Poder Judiciário, declarando que via risco de não ocorrerem eleições em 2022<sup>16</sup> e proferindo ofensas aos julgadores<sup>17</sup>. No ano das eleições, 2022, refor-

<sup>14</sup> Ver: TSE determina exclusão de vídeo em que Jair Bolsonaro critica urnas eletrônicas. Tribunal Superior Eleitoral. 25 out. 2018. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2018/Outubro/tse-determina-exclusao-de-video-em-que-jair-bolsonaro-critica-urnas-eletronicas>. Acesso em: 04 jul. 2023. De qualquer forma cabe registrar que o ataque a credibilidade das eleições inicia, no Brasil, em momento anterior, em 2014, quando Aécio Neves (do PSDB) vencido por Dilma Roussef (do PT) pediu auditoria do resultado eleitoral. Sobre isso, ver: BETIM, Felipe. Urna eletrônica, um debate sobre segurança usado por Bolsonaro como ameaça. El país. São Paulo, 22 set. 2018. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2018/09/17/politica/1537215816\\_674175.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2018/09/17/politica/1537215816_674175.html). Acesso em: 04 jul. 2023.

<sup>15</sup> “O presidente Jair Bolsonaro (sem partido) afirmou hoje, durante interação com seus apoiadores na saída do Palácio da Alvorada, que é preciso colocar “um ponto final” no “câncer” que se instalou no TSE”. Ver: Bolsonaro ataca ministro do TSE, após decisão contra canais bolsonaristas. UOL. 27 ago. 2021. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2021/08/27/bolsonaro-ataca-ministro-do-tse-apos-decisao-contr-cana-is-bolsonaristas.htm?cmpid=copiaecola&cmpid=copiaecola>. Acesso em: 04 jul. 2023.

<sup>16</sup> Ver: S. PEIXOTO, *Linha do tempo: a escalada da tensão entre STF e Bolsonaro em um mês*, CNN Brasil. São Paulo, 05 ago. 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/linha-do-tempo-a-escalada-da-tensao-entre-stf-e-bolsonaro-em-um-mes/>. Acesso em: 04 jul. 2023.

<sup>17</sup> Sobre o Ministro Roberto Barroso: “É uma resposta de um imbecil. Lamento falar isso para uma autoridade do Supremo Tribunal Federal. Só um idiota para fazer isso. O que está em jogo é o nosso futuro e a nossa vida, não pode um homem querer decidir o futuro do Brasil na fraude”, afirmou Bolsonaro. Ibid, não p. Sobre o Ministro

çando o posicionamento belicoso apresentou documentos (sem evidências) de que as urnas seriam fraudadas por servidores<sup>18</sup> e repetiu à exaustão um discurso simplista de que em uma democracia a maioria não encontraria limites, diante do que a atividade contramajoritária dos magistrados seria ditatorial<sup>19</sup>.

Por conta das condutas adotadas no período de seu mandato, Bolsonaro responde na atualidade mais de 15 ações perante o TSE, em virtude de diversos motivos: liberação de recursos às vésperas das eleições (na forma de auxílios para população vulnerável, caminhoneiros e motoristas, por exemplo); uso de prédios oficiais para transmissão de *lives* que beneficiavam sua campanha; favorecimento de veículos de comunicação aliados que auxiliavam na promoção de desinformação; pagamento indevido de autoridades e entidades religiosas aliadas; disparos de mensagens favoráveis ao então Presidente mediante contas oficiais do governo do Estado do Paraná; uso indevido das comemorações do dia 07 de setembro (independência do Brasil) e de viagens internacionais – à Assembleia da ONU e ao funeral da rainha Elizabeth – para finalidade de promoção de campanha; utilização de milícia digital e criação de um nomeado gabinete do ódio, que configura o uso das mídias sociais e aplicativos de interação online, como forma de disseminação de mentiras, para influência irregular nos pleitos eleitorais<sup>20</sup>.

Alexandre de Moraes: “Ele é a mentira em pessoa dentro do Supremo Tribunal Federal”, disse o presidente, que também chamou Moraes de ministro “ditatorial”. *Ibid.* não p.

<sup>18</sup> Sem provas, partido de Bolsonaro ataca TSE e urnas eletrônicas. *Época negócios*, 28 set. 2022. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2022/09/epoca-negocios-sem-provas-partido-de-bolsonaro-ataca-tse-e-urnas-eletronicas.html>. Acesso em: 04 jul. 2023.

<sup>19</sup> Cabe referir que a fala em nome da Constituição e do Povo tem sido comum nos populismos autoritários do século XXI. Os líderes autoritários não falam apenas em nome de si mesmos, mas buscam legitimar sua atuação de modo a representar e falar diretamente em nome do povo e veem todo o sistema de controle e de limites como abusivo ao seu projeto de poder. O populista busca uma fala em nome de um povo homogêneo, tratando os que se opõem ao seu modo de exercício do poder como inimigo.

<sup>20</sup> A relação de processos está em: Veja a lista das outras 15 ações que Bolsonaro enfrenta no TSE. *Carta Capital*, 01 jul. 2023. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/justica/veja-a-lista-das-outras-15-acoes-que-bolsonaro-enfrenta-no-tse/>. Acesso em: 01 jul. 2023.

O caso mais grave avaliado no TSE decorreu da denúncia formulada contra Bolsonaro, em relação a uma reunião por ele promovida, em julho de 2022, mediante a qual conclamou embaixadores de vários países com a finalidade de discursar contra o sistema eleitoral brasileiro e as urnas eletrônicas. De acordo com seus argumentos, expostos na audiência, sem apresentação de provas, teria havido fraude nas eleições brasileiras de 2018 e era necessário evitar que tal fraude se repetisse em 2022<sup>21</sup>. O encontro ficou marcado pelo uso indevido que Bolsonaro fez de dinheiro público para a declaração de diversas inverdades<sup>22</sup> a respeito de temas já naquele momento desmentidos e esclarecidos pelas autoridades eleitorais. Além disso, o evento foi usado para o ataque contra adversários políticos e autoridades do Poder Judiciário brasileiro, criando instabilidade no processo eleitoral.

Os ataques aos organismos eleitorais, como a reunião mencionada, são uma prática adotada por líderes populistas da ultradireita. Esses ataques, além de ocasionar a descrença da população na seriedade do Poder Judiciário, refletem praticamente em situações de violência, inclusive, diante dos resultados eleitorais e decisões judiciais desfavoráveis

<sup>21</sup> Em discurso na Paulista, Bolsonaro repete falsidades sobre insegurança das urnas. *Estadão*. 07 nov. 2021. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/estadao-verifica/em-discurso-na-paulista-bolsonaro-repete-falsidades-sobre-inseguranca-das-urnas/>. Acesso em 04 jul. 2023. Sobre o assunto é de se destacar que as urnas eletrônicas foram estabelecidas no Brasil em 1996 e que desde então, ao contrário do alegado pelo ex-Presidente, justamente evitou fraudes existentes no processo eleitoral brasileiro. Ver: Urna eletrônica 25 anos: lançado em 1996, equipamento é o protagonista da maior eleição informatizada do mundo. Tribunal Superior Eleitoral. 07 mai. 2021. Disponível em: Urna eletrônica 25 anos: lançado em 1996, equipamento é o protagonista da maior eleição informatizada do mundo – Tribunal Superior Eleitoral (tse.jus.br) Acesso em 04 jul. 2023.

<sup>22</sup> “Ele deu ainda outras informações falsas aos embaixadores presentes à reunião, entre as quais a de que somente dois países em todo o mundo usavam urnas eletrônicas. Dados do Instituto Internacional para a Democracia e a Assistência Social (Idea Internacional) indicam que, já em 2015, 23 países usavam urnas eletrônicas para eleições gerais – e outros 18, em pleitos regionais. A informação já foi esclarecida publicamente pelo próprio TSE”. M. RODRIGUES, P. H. GOMES, L. F. BARBIÉRI, *Bolsonaro reúne embaixadores para repetir sem provas suspeitas já esclarecidas sobre urnas*, G1, Brasília, 18 jul. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2022/07/18/bolsonaro-reune-embaixadores-para-repetir-sem-provas-suspeitas-ja-esclarecidas-sobre-urnas.ghtml>. Acesso em: 04 jul. 2023.

ao líder autocrático. A estratégia já utilizada por Trump, levou, nos Estados Unidos, à invasão do Capitólio. A tática, reproduzida no ambiente brasileiro, a partir da divulgação em massa de notícias falsas com a finalidade da corrosão da credibilidade no processo eleitoral, também resultou em atos violentos, em 08 de janeiro de 2023, após a eleição e posse de Luis Inácio Lula da Silva.

No Brasil, eleitores descontentes com o resultado da concorrência presidencial invadiram, depredaram e vandalizaram os prédios públicos do Congresso Nacional, Supremo Tribunal Federal e Palácio do Planalto, na capital do país, Brasília<sup>23</sup>. Os atos resultaram em danos a diversas obras de arte, destruição de objetos históricos raros, além da quebra de mobiliário, vidros e eletrônicos, com prejuízos orçados, até 28 de junho de 2023, em mais de 4,3 milhões de reais<sup>24</sup>. O episódio contou com a ineficiência das forças policiais e militares na contenção dos golpistas, o que resultou também em desconfianças quanto ao suposto favorecimento dos atos pelos policiais e crise entre o governo e as forças armadas<sup>25</sup>.

Na contraofensiva democrática, em decisão do Tribunal Superior Eleitoral, por conta da reunião que promoveu com embaixadores visando acusar falsamente de vulnerável e fraudulento o sistema eleitoral brasileiro, Bolsonaro se tornou inelegível, em 30 de junho de 2023, pelo prazo de 08 anos (decisão da qual ainda pode recorrer, sem grandes possibilidades de êxito)<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> Documentando a situação: “Relatórios de inteligência em poder do governo indicaram que 100 ônibus com 3.900 pessoas chegaram em Brasília com disposição de retomar protestos de rua contra a eleição do presidente Lula no domingo...”. 8 de Janeiro: O que se sabe sobre os ataques golpistas em Brasília pós um mês da invasão. *Estadão*. 08 fev. 2023. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/politica/8-janeiro-mes-ataques-golpistas-invasao-brasilia-o-que-se-sabe/> Acesso em: 04 jul. 2023.

<sup>24</sup> Presidência estima prejuízo de R\$ 4,3 milhões pelo 8 de janeiro no Planalto. *CNN Brasil*. São Paulo, 28 jun. 2023. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/presidencia-estima-prejuizo-de-r-43-milhoes-pelo-8-de-janeiro-no-planalto/> Acesso em 04 jul. 2023.

<sup>25</sup> “Mesmo com a crise instalada, a Polícia Militar do Distrito Federal continuou permitindo que manifestantes transitassem livremente pela área, sem nenhum tipo de restrição. Após extremistas furarem o bloqueio, parte dos policiais abandonaram as barreiras e foram comprar água de coco em frente à Catedral Metropolitana Nossa Senhora Aparecida”. Está descrito em (O QUE SE SABE..., 2023).

<sup>26</sup> Por maioria de votos, TSE declara Bolsonaro inelegível por 8 anos. Tribunal

Diante dos ataques violentos de 08 de janeiro de 2023, como reação das instituições, milhares de prisões foram autorizadas e investigações iniciadas com a finalidade de identificar os organizadores e financiadores do movimento golpista<sup>27</sup>. Em 25 de maio de 2023, foi instalada uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito com a finalidade de apurar os atos de ação e omissão ocorridos na data das invasões<sup>28</sup>.

O caso do Brasil é, nesse momento, portanto, um caso incerto de recuperação democrática, eis que de um lado contabiliza queda de índices relacionados ao regime nos últimos 10 anos, a experiência com um líder autocrático perigoso que atacou o sistema eleitoral e as instituições democráticas e a violência explícita contra o resultado eleitoral de 2022. De outro lado, o país foi capaz de mesmo diante das adversidades promover eleições livres, assegurar a posse do candidato vencedor e viabilizar a continuidade do modelo democrático: “um caso de esperança”<sup>29</sup>.

## *2. Como o design constitucional brasileiro pode ter favorecido o controle de um líder autocrata*

O constitucionalismo é um modelo de governo limitado que tem como pilares a separação dos poderes e os direitos fundamentais. É certo que embora haja algumas divergências sobre a forma de aplicação, limites e atuação de cada Poder dentro de uma democracia, há um consenso de que a limitação de poder atua com controles recíprocos entre eles e, também, com distribuição de competências. É importante ter em

Superior Eleitoral. 30 jun. 2023. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2023/Junho/por-maioria-de-votos-tse-declara-bolsonaro-inelegivel-por-8-anos>. Acesso em: 04 jul. 2023.

<sup>27</sup> Detidos no Senado são denunciados por crime de golpe de Estado. *Agência Senado*. 17 jan. 2023. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/01/17/detidos-no-senado-sao-denunciados-por-crime-de-golpe-de-estado>. Acesso em: 04 jul. 2023.

<sup>28</sup> Comissão Parlamentar Mista de Inquérito dos Atos de 8 de Janeiro de 2023, Finalidade destinada a investigar os atos de ação e omissão ocorridos em 8 de Janeiro de 2023, nas Sedes dos Três Poderes da República, em Brasília. Requerimento(s) de criação: RQN 1/2023. 18/05/2023; Designação. 25/05/2023; Instalação. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao?codcol=2606> Acesso em: 05 jul. 2023.

<sup>29</sup> Relatório V-dem, op. cit., p. 5.

conta que o design constitucional brasileiro, estabelecido na Constituição de 1988, possui diversas estruturas de contenção e de garantias de órgãos autônomos, que mantêm uma separação de poderes vertical, além da tradicional separação de funções entre Executivo, Legislativo e Judiciário.

Assim, os processos de limitação e contenção de poderes autoritários são construídos não apenas do ponto de vista horizontal da separação clássica dos poderes, mas também do ponto de vista vertical com a adoção do princípio federativo e a repartição de competências territorial. Inclusive, há também um outro modo de limitação de poder dentro da engenharia constitucional e sua casa de máquinas<sup>30</sup>: a burocracia pública com a definição e repartição de competências internas nos órgãos públicos e nos Poderes do Estado.

Para além dos Poderes poderem controlar uns aos outros, é certo que a repartição de competências internas de cada Poder, bem como a criação de órgãos de controle com autonomia funcional também são formas de limitação e contenção do poder. Para evitar um Leviatã em cada esfera funcional, o sistema foi pensado para dividir o poder também internamente.

Assim, o Legislativo se divide em duas Casas Legislativas e uma pode revisar ou conter abusos da outra, para além da divisão entre 513 deputados e 81 senadores, como no caso brasileiro. O Poder Judiciário, por sua vez, é dividido internamente por meio de tribunais com competências e hierarquias diferentes, órgãos colegiados e possibilidade de revisão de decisões judiciais. E, para o Poder Executivo, a Constituição brasileira cria diversas possibilidades de controle dos atos abusivos do Presidente.

É permitido ao Congresso Nacional, por exemplo, sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa, aprovar o estado de defesa, a intervenção federal e autorizar o estado de sítio. Compete à Câmara aprovar e ao Senado julgar o Presidente no caso de crimes de responsa-

<sup>30</sup> Sobre a expressão, ver: R. GARGARELLA, *El constitucionalismo latinoamericano y la "sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina*, Buenos Aires, 2015.

bilidade. E, quanto a crime comum, a competência é distribuída entre aprovação da Câmara e julgamento pelo Supremo Tribunal Federal<sup>31</sup>.

Mas para além disso, a Lei Maior cria um sistema com autonomia em relação aos Poderes, criando órgãos de Estado e não órgãos do governo ou da Presidência, mesmo quando o Presidente nomeia e escolhe para cargos em outro Poder. É assim na nomeação de Ministros do STF, que embora nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Senado, não podem ser destituídos pelo mesmo e na nomeação do Procurador Geral da República, que tem mandato de 2 anos, durante o qual goza de autonomia para atuar, até mesmo, se necessário, contra o presidente (já que sua destituição só poderia acontecer com autorização da maioria absoluta do Senado Federal)<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> Embora o Poder Legislativo não tenha sido a principal trincheira de resistência democrática contra Bolsonaro, houve atuação de sua parte na contenção, especialmente no início do mandato, por exemplo: J. PEREIRA, *Congresso já fez Bolsonaro de “rainha da Inglaterra” por 9 vezes; e isso pode se repetir*, in *Gazeta do povo*, 03 fev. 2020. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/república/congresso-projetos-de-bolsonaro-barrados-rainha-da-inglaterra/> Acesso em: 05 jul. 2023. Um caso relevante para o que é discutido neste estudo, diz respeito a devolução pelo Congresso ao Presidente, da Medida Provisória que intentava regular as *fakenews*. Ver: L. AMARAL, *Em derrota dupla de Bolsonaro, Pacheco e Rosa barram MP das fake News*, in *UOL*, Brasília, 14 set. 2021. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2021/09/14/pacheco-vai-devolver-mp-de-bolsonaro-que-limita-retirada-de-conteudo-na-web.htm?cmpid=copiaecola> Acesso em: 05 jul. 2023. O Judiciário atuou fortemente contra investidas autoritárias de Bolsonaro, como já referido, mas anote-se, como exemplo relevante, a definição da responsabilidade de todos os entes da federação em relação ao combate à pandemia de COVID-19, o que reforçou a importância da repartição de competências em âmbito vertical, conferindo espaço de atuação ao poder executivo das demais entidades federativas, para além da União. Sobre o assunto, veja-se: A. POMPEU, L. O. CARNEIRO, *STF reafirma competência de estados e municípios para tomar medidas contra Covid-19*, in *Jota*, Brasília, 15 abr. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/stf-reafirma-competencia-de-estados-e-municipios-para-tomar-medidas-contr-covid-19-15042020> Acesso em 05 jul. 2023

<sup>32</sup> Como exemplo de atuação do PGR contra o Presidente, é de se mencionar a atuação de Rodrigo Janot. O Procurador, nomeado por Dilma Rousseff, acabou a denunciando, em 2017, por suposta organização criminosa, como demonstra a matéria: Janot denuncia Lula e pede investigação contra Dilma, Aécio e Cunha: Entenda o que há contra cada um. *BBC News Brasil*. 03 mai. 2016. Disponível em: [https://www.bbc.com/portuguese/brasil/2016/05/160503\\_entenda\\_inqueritos\\_delcidio\\_ab](https://www.bbc.com/portuguese/brasil/2016/05/160503_entenda_inqueritos_delcidio_ab) Acesso em: 06 jul. 2023.

No Título V, ‘Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas’ está inserida a Segurança Pública que, sendo dever do Estado, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, por meio da Polícia Federal. Esta é organizada e mantida pela União, não pelo Presidente, e tem como objetivo apurar infrações penais contra a ordem política e social para além de outras competências constitucionais. A partir de sua inserção no Título que trata da Defesa do Estado e das instituições democráticas é possível entender que este órgão não é tão somente um órgão de governo, mas de Estado, que possui autonomia suficiente para investigar também o Presidente da República ou seus aliados. É dizer, a Polícia Federal desempenha uma função vinculada ao Estado e não ao governo do Presidente, sendo autônoma para exercer suas funções de proteção à ordem pública<sup>33</sup>.

A partir deste entendimento percebe-se que a contenção do Poder Executivo não deve estar unicamente na intervenção do Poder Judiciário, mas deve estar também na manutenção do sistema constitucional como um todo, que envolve um modelo complexo de limites, competências e autocontenções. Para que se assegure um Poder Executivo limitado, inclusive em sua discricionariedade, a doutrina administrativista e constitucionalista precisa ampliar sua ótica, fortalecendo a estrutura de controle que está nesta descrição mais verticalizada dos poderes e, até mesmo, fora da sua hierarquia.

### 3. *Propostas de aprimoramento*

Buscou-se enaltecer os mecanismos mencionados de controle verticalizado, mas também seria possível a análise a partir do viés contrário, de como uma leitura enviesada destes mecanismos pode favorecer um projeto autoritário. Veja-se, por exemplo, os estudos que apontam o alinhamento do Procurador Geral da República ao governo Bolsonaro e

<sup>33</sup> Sobre o tema, como exemplo, note-se as investigações que a polícia federal desenvolveu contra Michel Temer, durante o seu período de mandato, como Presidente do Brasil. Ver: P. FALCOSKI, *PF vê indício de crime por parte de Temer e mais 10 e pede bloqueio de bens; Barroso pede parecer da PGR*, in *G1*, São Paulo, 16 out. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2018/10/16/policia-federal-entrega-relatorio-final-de-inquerito-dos-portos-ao-stf.ghtml> Acesso em: 06 jul. 2023.

como isso pode ter prejudicado o controle dos atos de corrupção no período<sup>34</sup>. De igual forma a polícia federal, no governo Bolsonaro, chegou a ser acusada de intentar interferir nas eleições, dificultando o acesso de eleitores aos pontos de votação<sup>35</sup>.

Ainda que o Brasil possa estar sendo no momento visto como uma esperança de bloqueio às investidas autocratas, a vigilância deve ser ininterrupta, diante da gravidade do tema, dos riscos enfrentados e dos retrocessos que precisam ser mapeados e revertidos. O populismo autoritário do ex-Presidente e a sua ascensão se vincula com os fatores comuns a queda de democracias contemporâneas no ocidente<sup>36</sup>. Como outros populistas, o ex-Presidente se apresentou como um *outsider* da política e garantiu sua eleição através de um discurso populista que explorou a crise econômica e a polarização política no Brasil. Observamos seu mandato marcado pela utilização de mecanismos constitucionais e legais para a corrosão das estruturas institucionais que mantêm o complexo sistema de regulação e controle do poder político, incluindo ataques à independência das instituições de controle, tentativas de emparelhamento do Judiciário, ataques à imprensa, difusão de discursos de ódio e perseguição de opositores políticos. O que serve para manter o perigo populista dos ataques em um radar máximo de atenção que sirva para assegurar o funcionamento das eleições periódicas e da estabilidade democrática nos próximos anos.

<sup>34</sup> Estudo aponta 'alinhamento sistemático' da PGR com Bolsonaro; Aras rebate. *UOL*, São Paulo, 26 jan. 2022. “A investigação deve apontar que o governo Bolsonaro usou a polícia rodoviária para tentar atrapalhar a votação de eleitores do Nordeste, com o aval do então diretor da instituição, Silvinei Vasques”. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2022/01/26/estudo-alinhamento-pgr-bolsonaro-aras-rebate.htm?cmpid=copiaecola> Acesso em: 06 jul. 2023.

<sup>35</sup> Ver: G. AMADO, N. PORTINARI, *PF já tem elementos para concluir inquérito sobre a PRF nas eleições*, in *Metrópoles*, 14 mai. 2023. Disponível em: <https://www.metropoles.com/colunas/guilherme-amado/pf-ja-tem-elementos-para-concluir-inquerito-sobre-a-prf-nas-eleicoes> Acesso em 06 jul. 2023.

<sup>36</sup> K. L. SCHEPPELE, *Worst Practices And The Transnational Legal Order (Or How To Build A Constitutional “Democratorship”*, In *Plain Sight*, in *The End Of The End Of History*, Toronto, 2016, p. 1–49; E. M. DE QUEIROZ BARBOZA, I. NORBERTO ROBL FILHO, *Constitucionalismo Abusivo*, in *Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça*, V. 12, N. 39, 2018, p. 79–97.

Conforme alerta Scheppele<sup>37</sup>, nenhuma autocracia se instala sem o apoio de grande parte da população. E os líderes populistas se utilizam da crise de credibilidade nas instituições e na má prestação de serviços públicos básicos para avançar sua agenda autoritária. É preciso pensar nas causas da desconfiança nas instituições e na própria democracia. O Latinobarómetro<sup>38</sup> aponta que a satisfação com a democracia na América Latina caiu de 45% em 2009 para 25% em 2020. Embora este mal-estar possa ser muito mais com os governos do que com a democracia em si, Fukuyama também aponta que a ausência de políticas públicas e ineficiência dos Estados para promover direitos sociais básicos de saúde e de educação seria uma das causas dessa crise da democracia<sup>39</sup>. Juan Linz<sup>40</sup> também aponta, em relação ao Brasil, que a distribuição de renda desigual e os baixos níveis educacionais e de bem-estar social dificultam a tarefa de consolidação da democracia.

Essa conjuntura facilita os processos de erosão democrática que se diferenciam de golpes abertos à democracia e rupturas constitucionais. A erosão atua justamente por dentro das instituições, cooptando-as para que não possam exercer seu trabalho com a autonomia necessária para a regulação e controle do poder político. Quando um governante autoritário busca não só atacar os outros poderes, mas também fragilizar os órgãos que possuem autonomia para impedir sua atuação inconstitucional e até criminosa, observa-se a fragilização democrática.

É necessário, neste momento, que Cortes e Observadores internacionais se aliem à comunidade acadêmica na defesa da democracia e da legitimidade institucional, mas também na melhora das condições de vida da população, como elemento relevante desta empreitada. O caso brasileiro tem impacto não só para a América Latina e poderá ser um case de sucesso do avanço autoritário ou de sucesso da estabilidade

<sup>37</sup> K. L. SCHEPPELE, *Autocratic Legalism*, in *The University of Chicago Law Review*, 2018, v. 85, p. 545- 583. Disponível em: [https://lawreview.uchicago.edu/sites/lawreview.uchicago.edu/files/11%20Scheppele\\_S YMP\\_Online.pdf](https://lawreview.uchicago.edu/sites/lawreview.uchicago.edu/files/11%20Scheppele_S YMP_Online.pdf). Acesso em: 06 jul. 2023.

<sup>38</sup> Conferir em: *Latinobarómetro. Opinión Pública Latinoamericana*. Disponível em: <https://www.latinobarometro.org/lat.jsp>. Acesso em: 06 jul. 2023.

<sup>39</sup> F. FUKUYAMA, *op. cit.*

<sup>40</sup> J. J. LINZ, *A transição e consolidação da democracia – a experiência do sul da europa e da américa do sul*, São Paulo, 1999, p 203.

institucional democrática, a depender do que ocorrer nos próximos anos.

É urgente compreender, deste modo, o contexto político mais amplo em que se inserem as táticas de ataques à democracia e de organização da ultradireita mundial e trabalhar os diferentes níveis – internacional, regional e nacional – de proteção da democracia e dos direitos humanos de modo global. Com essa finalidade, considerando o caso brasileiro, apontam-se, por hora, algumas sugestões:

(i) é preciso reiterar a defesa dos jornalistas e da imprensa, bem como assegurar seu espaço de liberdade, além da sua credibilidade perante a população. Esse passo, assim como a regulação das redes sociais e aplicativos, é muito importante para que os cidadãos tenham acesso à informações seguras e desviem de campanhas de desinformação e *fakenews*;

(ii) é prioritário o enfrentamento da questão de gênero, especialmente considerando a violência voltada contra as mulheres no espaço da política. A defesa da democracia passa pela proteção das mulheres e pela ascensão delas aos espaços de poder e tomada de decisões;

(iii) muito embora os atos de 08 de janeiro de 2023 não tenham sido capazes de realizar um golpe de Estado no Brasil, ficou patente a ocorrência de falhas na segurança que precisam ser investigadas e monitoradas para que não se repitam. Especialmente, neste tocante, após o governo de Bolsonaro, será importante voltar atenção ao tema das forças armadas, visando fortalecer seu papel de defensora da Constituição, à serviço do Estado e não de um governo e;

(iv) precisamos repensar e aprimorar o presidencialismo brasileiro, que conta com resquícios do período ditatorial e se apresenta efetivamente um modelo de estrutura menos democrático (do que o parlamentarismo).

A situação na qual se encontra o país, neste momento, no primeiro ano de mandato pós- Bolsonaro, não deve ser encarada como um tempo de descanso ou de vitória definitiva da democracia diante da autocracia. É necessário reconhecer esse momento como um respiro que permite seguir trabalhando no resgate da credibilidade das instituições, no aprimoramento dos mecanismos de controle e na séria efetivação dos direitos constitucionalmente assegurados.

### *Referências*

Barboza, estefânia maria queiroz; filho, ilton norberto robl, constitucionalismo abusivo, **revista brasileira de direitos fundamentais & justiça**, v. 12, n. 39, p. 79–97, 2018.

FUKUYAMA, Francis. **The end of history and the last man**. New York: Free Press, 1989.

FUKUYAMA, Francis. Why is Democracy Performing so Poorly. **Journal of Democracy**, v. 26, n. 1. Jan., 2015.

GARGARELLA, Roberto. **El constitucionalismo latinoamericano y la “sala de máquinas de la Constitución”: dos siglos de constitucionalismo en América Latina**. Buenos Aires: Katz, 2015.

LINZ, Juan J. **A transição e consolidação da democracia – a experiência do sul da europa e da américa do sul**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

SCHEPPELE, Kim Lane, Worst Practices And The Transnational Legal Order (Or How To Build a Constitutional “Democratorship” in Plain Sight, *in: The End of the End of History*, Toronto: The University of Toronto, 2016, p. 1–49;

SCHEPPELE, Kim Lane. Autocratic Legalism, **The University of Chicago Law Review**, v. 85, p. 545– 583, 2018, Disponível em: [https://lawreview.uchicago.edu/sites/lawreview.uchicago.edu/files/11%20Scheppele\\_SYMP\\_Online.pdf](https://lawreview.uchicago.edu/sites/lawreview.uchicago.edu/files/11%20Scheppele_SYMP_Online.pdf). Acesso em: 06 jul. 2023.

### *Matérias Jornalísticas*

TSE determina exclusão de vídeo em que Jair Bolsonaro critica urnas eletrônicas. **Tribunal Superior Eleitoral**. 25 out. 2018. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2018/Outubro/tse-determina-exclusao-de-video-em-que-jair-bolsonaro-critica-urnas-eletronicas>. Acesso em: 04 jul. 2023.

BETIM, Felipe. Urna eletrônica, um debate sobre segurança usado por Bolsonaro como ameaça. **El país**. São Paulo, 22 set. 2018. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2018/09/17/politica/1537215816\\_674175.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2018/09/17/politica/1537215816_674175.html). Acesso em: 04 jul. 2023.

Bolsonaro ataca ministro do TSE, após decisão contra canais bolsonaristas. **UOL**. 27 ago. 2021. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2021/08/27/bolsonaro->

ataca-ministro-do-tse-apos-decisao-contra-canais-bolsonaristas.htm?cmpid=copiaecola&cmpid=copiaecola. Acesso em: 04 jul. 2023.

PEIXOTO, Sinara. Linha do tempo: a escalada da tensão entre STF e Bolsonaro em um mês. **CNN Brasil**. São Paulo, 05 ago. 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/linha-do-tempo-a-escalada-da-tensao-entre-stf-e-bolsonaro-em-um-mes/>. Acesso em: 04 jul. 2023.

Sem provas, partido de Bolsonaro ataca TSE e urnas eletrônicas. **Época negócios**. 28 set. 2022. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2022/09/epoca-negocios-sem-provas-partido-de-bolsonaro-ataca-tse-e-urnas-eletronicas.html>. Acesso em: 04 jul. 2023.

Veja a lista das outras 15 ações que Bolsonaro enfrenta no TSE. **Carta Capital**. 01 jul. 2023. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/justica/veja-a-lista-das-outras-15-acoes-que-bolsonaro-enfrenta-no-tse/>. Acesso em: 01 jul. 2023.

Em discurso na Paulista, Bolsonaro repete falsidades sobre insegurança das urnas. **Estadão**. 07 nov. 2021. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/estadao-verifica/em-discurso-na-paulista-bolsonaro-repete-falsidades-sobre-inseguranca-das-urnas/>. Acesso em 04 jul. 2023.

Urna eletrônica 25 anos: lançado em 1996, equipamento é o protagonista da maior eleição informatizada do mundo. **Tribunal Superior Eleitoral**. 07 mai. 2021. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2021/Maio/urna-eletronica-25-anos-lancado-em-1996-equipamento-e-o-protagonista-da-maior-eleicao-informatizada-do-mundo> Acesso em 04 jul. 2023.

RODRIGUES, Mateus, GOMES, Pedro Henrique e BARBIÉRI, Luiz Felipe. Bolsonaro reúne embaixadores para repetir sem provas suspeitas já esclarecidas sobre urnas. **G1**, Brasília, 18 jul. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2022/07/18/bolsonaro-reune-embaixadores-para-repetir-sem-provas-suspeitas-ja-esclarecidas-sobre-urnas.ghtml>. Acesso em: 04 jul. 2023.

8 de Janeiro: O que se sabe sobre os ataques golpistas em Brasília pós um mês da invasão. **Estadão**. 08 fev. 2023. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/politica/8-janeiro-mes-ataques-golpistas-invasao-brasilia-o-que-se-sabe/> Acesso em: 04 jul. 2023.

Presidência estima prejuízo de R\$ 4,3 milhões pelo 8 de janeiro no Planalto. **CNN Brasil**. São Paulo, 28 jun. 2023. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/presidencia-estima-prejuizo-de-r-43-milhoes-pelo-8-de-janeiro-no-planalto/> Acesso em 04 jul. 2023.

Por maioria de votos, TSE declara Bolsonaro inelegível por 8 anos. **Tribunal Superior Eleitoral**. 30 jun. 2023. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2023/Junho/por-maioria-de-votos-tse-declara-bolsonaro-inelegivel-por-8-anos>. Acesso em: 04 jul. 2023.

Detidos no Senado são denunciados por crime de golpe de Estado. **Agência Senado**. 17 jan. 2023. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/01/17/detidos-no-senado-sao-denunciados-por-crime-de-golpe-de-estado>. Acesso em: 04 jul. 2023.

PEREIRA, Jorge. Congresso já fez Bolsonaro de “rainha da Inglaterra” por 9 vezes; e isso pode se repetir. **Gazeta do povo**. 03 fev. 2020. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/republica/congresso-projetos-de-bolsonaro-barrados-rainha-da-inglaterra/> Acesso em: 05 jul. 2023.

AMARAL, Luciana. Em derrota dupla de Bolsonaro, Pacheco e Rosa barram MP das fake news. **UOL**. Brasília, 14 set. 2021. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2021/09/14/pacheco-vai-devolver-mp-de-bolsonaro-que-limita-retirada-de-conteudo-na-web.htm?cmpid=copiaecola> Acesso em: 05 jul. 2023.

POMPEU, Ana e CARNEIRO, Luis Orlando. STF reafirma competência de estados e municípios para tomar medidas contra Covid-19. **Jota**. Brasília, 15 abr. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/stf-reafirma-competencia-de-estados-e-municipios-para-tomar-medidas-contracovid-19-15042020> Acesso em 05 jul. 2023.

Janot denuncia Lula e pede investigação contra Dilma, Aécio e Cunha: Entenda o que há contra cada um. **BBC News Brasil**. 03 mai. 2016. Disponível em: [https://www.bbc.com/portuguese/brasil/2016/05/160503\\_entenda\\_inqueritos\\_delcidio\\_ab](https://www.bbc.com/portuguese/brasil/2016/05/160503_entenda_inqueritos_delcidio_ab) Acesso em: 06 jul. 2023.

FALCOSKI, Patrícia. PF vê indício de crime por parte de Temer e mais 10 e pede bloqueio de bens; Barroso pede parecer da PGR. **G1**, São Paulo, 16 out. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2018/10/16/policia-federal-entrega-relatorio-final-de-inquerito-dos-portos-ao-stf.ghtml> Acesso em: 06 jul. 2023,

Estudo aponta 'alinhamento sistemático' da PGR com Bolsonaro; Aras rebate. **UOL**, São Paulo, 26 jan. 2022. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2022/01/26/estudo-alinhamento-pgr-bolsonaro-aras-rebate.htm?cmpid=copiaecola> Acesso em: 06 jul. 2023.

AMADO, Guilherme e PORTINARI, Natália. PF já tem elementos para concluir inquérito sobre a PRF nas eleições. **Metrópoles**. 14 mai. 2023. Disponível em: <https://www.metropoles.com/colunas/guilherme-amado/pf-ja-tem-elementos-para-concluir-inquerito-sobre-a-prf-nas-eleicoes> Acesso em 06 jul. 2023.

### *Relatórios*

**El Estado de la democracia en las américas 2021**. Democracia en tiempos de crisis. Disponível em: <https://www.idea.int/gsod-2021/sites/default/files/2021-11/estado-de-la-democracia-en-las-americas-2021.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2023.

**Freedom House**. Disponível em: <https://freedomhouse.org/>. Acesso em: 25 jun. 2023.

**Nations in transit 2023**. War Deepens a Regional Divide. Freedom House. Disponível em: [https://freedomhouse.org/sites/default/files/2023-05/NIT\\_2023\\_Digital.pdf](https://freedomhouse.org/sites/default/files/2023-05/NIT_2023_Digital.pdf). Acesso em: 25 jun. 2023.

**Reporte de la democracia 2023**. Resistencia frente a la autocratización. V-Dem Regional Center Latin América. Pontificia Universidad Católica de Chile. Disponível em: [https://v-dem.net/documents/35/V-dem\\_democracyreport2023\\_espanol\\_med.pdf](https://v-dem.net/documents/35/V-dem_democracyreport2023_espanol_med.pdf). Acesso em 01 jul. 2023.

**Comissão Parlamentar Mista de Inquérito dos Atos de 8 de Janeiro de 2023**, Finalidadedestinada a investigar os atos de ação e omissão ocorridos em 8 de Janeiro de 2023, nas Sedes dos Três Poderes da República, em Brasília. Requerimento(s) de criação: RQN 1/202318/05/2023; Designação 25/05/2023: Instalação. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao?codcol=2606> Acesso em: 05 jul. 2023.

**Latinobarómetro**. Opinión Pública Latinoamericana. Disponível em: <https://www.latinobarometro.org/lat.jsp>. Acesso em: 06 jul. 2023.

GUIDO CORSO

L'EUROPA TRA DEMOCRAZIA LIBERALE  
E DEMOCRAZIA ILLIBERALE

1. Democrazia e liberalismo non sono la stessa cosa.

Tra le tante definizioni di democrazia ce n'è una che ne lega il concetto al principio di maggioranza. Il principio che consente a un corpo collettivo – un'associazione, una congregazione religiosa, un'assemblea di partito o sindacale, una cooperativa – di prendere una decisione, se manca l'unanimità: e l'unanimità manca tanto più spesso quanto più numeroso è il gruppo che è chiamato a decidere.

Il principio di maggioranza è una regola del gioco. Come tutte le regole del gioco, deve essere accettata da tutti. Il principio di maggioranza presuppone che almeno una decisione sia presa all'unanimità: la decisione, su cui tutti concordano, che, in caso di contrasto, debba prevalere la maggioranza.

Come tutte le regole del gioco, il principio di maggioranza è neutro rispetto agli esiti. La minoranza di oggi confida di diventare la maggioranza di domani, ed è per questo che accetta di sottomettersi alle decisioni della maggioranza di oggi.

Il principio maggioritario, governando l'assunzione di decisioni da parte di un corpo collettivo, costituisce anche una regola per l'esercizio del potere. In una collettività politica – una nazione, una regione, un comune – è la regola in base alla quale sono prese le poche decisioni che il gruppo prende direttamente (referendum, plebisciti), ma è soprattutto la regola che governa la scelta di coloro che andranno a prendere le decisioni che riguardano l'intera collettività di riferimento.

I rappresentanti formeranno un corpo più ristretto – un parlamento, un governo, un consiglio comunale, una giunta regionale – che a sua volta deciderà secondo la regola di maggioranza.

Il liberalismo è una cosa diversa. Ha un ambito di applicazione più ristretto – il sistema politico: mentre la democrazia, intesa come regola di maggioranza trova applicazione anche nell'assemblea di una associazione privata e in un consiglio di facoltà universitaria. Consiste nell'insieme di

congegni, istituzioni, regole giuridiche che operano per la limitazione del potere politico, e quindi anche per la limitazione del potere politico democratico.

Pensiamo alla separazione dei poteri – legislativo, esecutivo, giudiziario; alla garanzia delle libertà fondamentali; al sistema delle autonomie territoriali che limitano il potere dello Stato e dell’Unione federale; alla tutela giurisdizionale dei diritti che può essere invocata anche contro i pubblici poteri, alle limitazioni della sovranità statale che derivano dall’appartenenza a organizzazioni internazionali.

La democrazia come regola per l’esercizio del potere; il liberalismo come regola (o meglio come complesso di regole) per la limitazione del potere e la difesa contro il potere.

Quelle accennate sono definizioni molto riduttive di democrazia e liberalismo. Riguardano essenzialmente i meccanismi giuridici che governano l’esercizio della democrazia, da un lato, e la difesa contro l’esercizio abusivo del potere democratico, dell’altro.

Democrazia e liberalismo sono molte altre cose.

Sono due concezioni del mondo che hanno ciascuna presupposti antropologici.

La democrazia implica l’eguaglianza di tutti coloro che appartengono al corpo collettivo che deve prendere le decisioni o nell’interesse del quale un corpo più ristretto prende le decisioni. È questa la ragione per cui giudichiamo non democratico un ordinamento che non è fondato sul suffragio universale perché nega ad una parte della popolazione l’elettorato, attivo e passivo, discriminando in base al censo o in base al sesso. L’eguaglianza nel voto (art. 48 co. 2 Cost. it.) – una testa, un voto – presuppone che tutti gli appartenenti al corpo collettivo abbiano la stessa dignità e lo stesso diritto a concorrere alle determinazioni del bene comune. Il principio di eguaglianza, secondo Aristotele, richiede che nelle costituzioni fondate su di esso le magistrature politiche vengano esercitate a turno (Pol. III 1., 1279 a).

Il liberalismo poggia sul primato della libertà. La libertà del singolo che segna un “limite all’autorità della società” su di lui sino a quando il suo comportamento non pregiudica gli interessi altrui<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Così J. STUART MILL, *On Liberty*, ch. IV, in *On Liberty and Other Essays*, Oxford, U.P. 1991, 82-83.

Libertà personale, libertà domiciliare, libertà di movimento, libertà di riunione, libertà di associazione, libertà religiosa, libertà di espressione. È l'elenco contenuto negli artt. 13-21 della Costituzione italiana; ma lo ritroviamo con formulazioni analoghe in tutte le Carte dei diritti.

Nessuna maggioranza può deliberare di mettermi in galera, o impedirmi di professare la mia religione e impormi di professarne una o privarmi del diritto di dire ciò che penso del governo. Il riconoscimento costituzionale delle libertà comporta una limitazione della competenza del demos e dei suoi rappresentanti: segna un confine che nessuna maggioranza può varcare.

E se questo confine viene superato, chi ne viene danneggiato ha diritto di difendersi davanti a un giudice: che deve essere indipendente dagli altri poteri dello Stato ed imparziale. Può essere anche una Corte Costituzionale quando la lesione di una libertà fondamentale è prodotta da una legge.

Tenuto conto della distinzione fin qui fatta tra democrazia e liberalismo è concepibile una democrazia senza liberalismo e un liberalismo senza democrazia. Un liberalismo senza democrazia, o con una democrazia imperfetta, c'è sicuramente stato negli Stati costituzionali ottocenteschi, in cui c'era il suffragio censitario ed altre limitazioni al diritto di voto (negato alle donne).

Io penso, invece, che non possa esserci una democrazia non liberale: se concepiamo la democrazia alla luce non del solo principio maggioritario, ma anche della concreta esperienza delle grandi democrazie occidentali, che è maturata nel corso del XX secolo.

Che non possa esserci oggi una democrazia illiberale, che quindi una democrazia senza liberalismo non sia una democrazia autentica, è la tesi, tutto sommato poco originale, che cercherò di esporre.

2. Nell'Europa del secondo dopoguerra, a parte i paesi del blocco sovietico, democrazia e liberalismo hanno convissuto. In alcuni paesi, come in Portogallo e in Spagna, a partire dagli anni Settanta, solo dopo la fine delle dittature, in Grecia dopo la caduta del regime dei colonnelli. Si è dato per scontato che la democrazia non può essere che una democrazia liberale, e si è giudicata contraddittoria l'idea di una democrazia illiberale.

Ciò fino a quando Viktor Orban, il presidente del consiglio ungher-

rese, in un discorso tenuto a giovani universitari (26 luglio 2014, v. Băile Tusnad) lanciò una sorta di manifesto in difesa della democrazia illiberale. Facendo propria la diagnosi di alcuni critici del mondo occidentale (crescente disuguaglianza, arresto della mobilità sociale, crisi finanziaria del 2008), egli prospetta il declino degli USA perché “i valori liberali oggi incorporano corruzione, sesso e violenza”.

La competizione fra le nazioni non è solo una competizione economica, è una competizione fra i modi di organizzazione delle comunità che è compito degli Stati: una competizione nella quale emergono gli Stati più efficienti, “le stelle del firmamento internazionale, come Singapore, Cina, India, Turchia e Russia”. “Noi stiamo cercando (e faremo del nostro meglio per riuscirci) di staccarci dai dogmi dell’Europa occidentale, di renderci indipendenti da essi”. “Una democrazia non è necessariamente liberale. Anche se non è liberale, è pur sempre una democrazia”: considerato che le società fondate sul modo liberale di organizzare lo Stato non saranno in grado negli anni prossimi di reggere alla competizione mondiale (...) Dobbiamo abbandonare i metodi e i principi liberali di organizzazione della società e abbandonare nello stesso tempo il modo liberale di guardare al mondo ... l’idea fondamentale che siamo liberi di fare tutto ciò che non viola la libertà altrui”. In questo modo, continua Orban, non viene risolto il problema di chi stabilisce il punto in cui la mia libertà è violata.

Segue nel discorso di Orban un appello ad una più stretta responsabilità degli uomini di governo chiamati a servire l’interesse nazionale (quell’interesse di cui la cultura liberale mette in dubbio l’esistenza). È necessario aumentare la quota di proprietà in mano pubblica (soprattutto delle banche) per tutelare gli ungheresi dall’aggressione economica degli stranieri. “La nazione ungherese non è una semplice somma di individui, ma è una comunità che ha bisogno di essere organizzata, rafforzata e sviluppata; in questo senso il nuovo Stato che stiamo costruendo è uno Stato illiberale, uno Stato non liberale. Non nega i valori fondamentali del liberalismo, come la libertà, etc. Ma non fa di questa ideologia un elemento centrale dell’organizzazione dello Stato”.

A Orban ha fatto eco, cinque anni dopo, Wladimir Putin.

In una intervista al Financial Times (27 giugno 2019) il Presidente russo dichiara che “i valori liberali sono obsoleti perché sono respinti dalla maggior parte delle nazioni occidentali... la Cancelliera Merkel ha

commesso un errore grave adottando una politica liberale verso l'immigrazione del Medio Oriente. L'idea liberale presuppone che non occorra far nulla.

I migranti possono uccidere, rapinare, violente impunemente perché i loro diritti di migranti debbono essere protetti. Di quali diritti si tratta? Ogni crimine deve essere punito. È per questo che l'idea liberale è divenuta obsoleta. È entrata in conflitto con gli interessi della stragrande maggioranza della popolazione.

La Russia non è omofoba: ma che l'occidente sia incline ad abbracciare l'omosessualità e la varietà di genere (gender fluidity) mi sembra eccessivo.

I valori tradizionali sono più stabili e più importanti per milioni di persone di quest'idea liberale che, a mio avviso, sta cessando di esistere”.

Ciò che vengono attaccate da Orban e da Putin, nei discorsi ricordati, liberali, non sono tanto le istituzioni liberali, viene attaccata piuttosto la cultura liberale. L'approccio di Orban in questo senso viene accentuato da Putin.

Ancora più esplicito è il Patriarca di Mosca Kyrill nel discorso pronunciato nella Domenica del Perdono, subito dopo l'invasione dell'Ucraina da parte dell'esercito russo.

Occorre lottare contro i modelli di vita promossi dalle parate gay. “Se l'umanità riconosce che il peccato non è una violazione della legge di Dio, se l'umanità concorda sul fatto che il peccato è una delle opzioni per il comportamento umano, allora la civiltà umana finirà lì”. E le parate gay “sono progettate per dimostrare che il peccato è una delle variazioni del comportamento umano”. “Le persone resistono a queste richieste e questa resistenza viene repressa con la forza. Ciò significa che si tratta di imporre con la forza un peccato condannato dalla legge di Dio”.

3. Democrazia e liberalismo sono, o presuppongono due concezioni del mondo e dell'uomo. Ma ciascuno di essi è anche un insieme di principi, congegni e istituzioni giuridiche. Ed è questo il profilo che interessa soprattutto al giurista che si occupa di democrazia e liberalismo. Il diritto illiberale della Russia di Putin – la soppressione della libertà di stampa, la criminalizzazione degli avversari politici, la messa in discussione del principio della separazione dei poteri – riguarda solo i russi. Gli altri possono

solo criticare, esprimere un giudizio negativo, rimanere turbati: ma non dispongono di strumenti giuridici per contrastare la deriva autoritaria che il sistema politico russo ha imboccato (a parte gli strumenti di pressione politica, come le sanzioni inflitte all'economia del paese).

La posizione dell'Ungheria di Orbán e della Polonia di Kaczyński, che procede di conserva con l'Ungheria, è diversa. I due paesi fanno parte dell'Unione europea.

Nel discorso citato Orbán si è così espresso, “quando menziono l'Unione Europea non lo faccio perché credo impossibile costruire uno Stato nazione illiberale entro l'UE. Credo invece che sia possibile”.

“L'appartenenza alla UE non esclude questa opzione”.

Ma andiamo a leggere l'art. 2 del Trattato dell'Unione Europea.

“L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze”.

Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini.

L'adesione a questi valori e il loro rispetto sono condizioni per diventare membri dell'Unione. “Ogni Stato europeo che rispetti i valori di cui all'art. 2 e si impegni a promuoverli può domandare di diventare membro dell'Unione (art. 49 TFUE).

Il diritto dell'Unione poggia sulla premessa fondamentale che ciascuno Stato membro condivida con gli altri Stati membri detti valori (CGUE, 24 giugno 2019, in causa C-621/18, punto 63): una condivisione che è condizione per l'ammissione all'Unione, ma anche della sua permanenza nell'Unione.

Il Parlamento europeo e il Consiglio hanno esplicitato il contenuto dell'art. 2 del TUE, attingendo alla giurisprudenza della Corte di giustizia, nel regolamento n. 1049/2001: a partire dalla nozione di Stato di diritto.

Sebbene l'art. 2 del TUE consideri distintamente i valori del rispetto della dignità umana, della libertà della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, la maggior parte di tali valori è implicita nella nozione di Stato di diritto.

Lo Stato di diritto richiede:

- che i poteri pubblici agiscano entro i limiti fissati dalla legge (principio di legalità);
- che la legge sia il frutto di un processo legislativo trasparente, responsabile, democratico e pluralistico;
- che la rappresentanza parlamentare sia formata a seguito di libere elezioni svolte in applicazione di una legge elettorale che rispetti i valori della democrazia e del pluralismo;
- che il procedimento legislativo sia aperto alle voci della minoranza;
- che sia garantita la certezza del diritto, e quindi che le norme di diritto siano chiare e precise così che la loro applicazione sia prevedibile per i soggetti dell'ordinamento, specie quando esse possono avere conseguenze sfavorevoli (CGUE, 16 febbraio 2022, in causa C-157/21, punto 319);
- che sia offerta una tutela giurisdizionale effettiva da parte di organi giurisdizionali indipendenti e imparziali (art. 19 TUE);
- che sia costituzionalmente assicurata la separazione dei poteri (una sintesi nel regolamento (UE) n. 2020/2092 considerando 3, richiamato nella sentenza sopra citata).

L'art. 2 del TUE, come abbiamo visto, è formulato in modo che i valori richiamati, a partire da quello dello Stato di diritto, stanno a fondamento dell'Unione perché sono valori "comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini". Solo gli Stati che sono espressione di società aventi queste caratteristiche possono ambire a far parte dell'Unione europea.

4. Come si concilia allora una democrazia illiberale con l'art. 2 del TUE?

È palese che un assetto di questo tipo non è compatibile con i valori su cui poggia l'Unione europea.

Da qui il fitto contenzioso che ha visto su due fronti opposti le istituzioni europee, da un lato, l'Ungheria e la Polonia dall'altro.

Come è tipico delle democrazie autoritarie i governi e i parlamenti dei due paesi hanno cercato di limitare i poteri dei giudici, anche e soprattutto a mezzo di misure che incidono sull'organizzazione della giustizia.

Una legge polacca del 2018 ha ridotto l'età per il pensionamento dei giudici della Corte superiore da 70 a 65 anni: con l'effetto immediato di mandare a casa 27 dei 72 magistrati che formano il consesso. È fatta salva la possibilità per i giudici, fisicamente validi, di essere mantenuti in servizio per due periodi consecutivi di tre anni, se lo autorizza il Presidente della Repubblica.

La Corte di Giustizia, investita della questione dalla Commissione europea, ha ritenuto che in questo modo la Repubblica di Polonia fosse venuta meno agli obblighi di cui all'art. 19, par. 1, secondo comma TUE ("Gli Stati membri stabiliscono rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'unione"). Non si può escludere, per la Corte, "che una abbreviazione della durata della funzione giudiziaria dei giudici interessati sia in realtà giustificata dalle attività svolte da tali giudici nel corso dell'esercizio attivo di tali funzioni". Un sospetto del genere si giustifica anche perché la riduzione del limite di età non vale per tutti i giudici della Corte Suprema. Non vale per coloro che sono autorizzati dal Capo dello Stato a rimanere in servizio. Ed è in potere del Capo dello Stato di decidere discrezionalmente, entro una certa data (3 aprile 2019), l'aumento dei posti di giudice della Corte Suprema. In questo modo, nota la Corte di Giustizia, è "aperta la strada ad una ricomposizione profonda e immediata di detto organo" (CGUE, sent. 24 giugno 2019, in causa C-619/18, punti 63 e 64).

Il legislatore polacco si è piegato in un primo tempo a questo responso, limitando l'applicazione del nuovo limite d'età ai soli giudici della Corte Suprema entrati in servizio dopo il 1° gennaio 2019; e ha reintegrato nel posto i giudici che in precedenza erano stati collocati a riposo (la vicenda è descritta nella sentenza della CGUE 2 marzo 2021, in causa C-824/18, punto 32).

Ma non si è dato per vinto.

Con una successiva legge ha stabilito che la proposta di nomina alla Corte Suprema e le mancate formulazioni delle proposte di nomina di chi abbia fatto domanda non sono impugnabili. A meno che l'impugnazione provenga da tutti i partecipanti alla procedura (e quindi anche da coloro che sono stati proposti per la nomina e non hanno quindi alcun interesse ad associarsi alla impugnativa).

Nello stesso tempo vengono modificate le modalità di reclutamento

dei componenti del Consiglio Nazionale della Magistratura. Mentre in precedenza essi venivano eletti dal complesso dei giudici, secondo la logica degli organi di autogoverno, la scelta è ora affidata alla Duiea (ossia all'organo legislativo), anche se eleggibili sono solo i giudici. Giudici che siano candidati da un gruppo di almeno 2000 cittadini polacchi o da un gruppo di 25 giudici (CGUE, 2 marzo 2021 cit., punto 43).

La Corte, decidendo su una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Corte Suprema amministrativa polacca ai sensi dell'art. 267 TFUE, conclude che tali disposizioni contrastano col principio della tutela giurisdizionale effettiva (art. 19, par. 1, secondo comma TUE) e col principio della separazione dei poteri, che richiede l'indipendenza dei giudici dai poteri legislativo ed esecutivo (così CGUE, 2 marzo 2021 cit., punto 110-112 e 116-119).

Il penultimo atto di questa querelle, che vede sempre la Polonia affiancata dall'Ungheria che interviene in giudizio ad adiuvandum, riguarda l'assetto dei poteri disciplinari cui i giudici sono sottoposti.

Una legge del 2017, modificata nel 2019, prevede che il contenuto di decisioni giudiziarie può costituire illecito disciplinare; che il Tribunale disciplinare competente a giudicare il colpevole, viene indicato di volta in volta dal Presidente della Commissione di disciplina, in contrasto col principio del giudice "costituito per legge"; che il procedimento viene avviato anche se il giudice incolpato non ha ancora nominato un difensore; e che il procedimento prosegue anche se l'incolpato è assente giustificato.

Anche in questo caso, secondo la Corte, la Repubblica di Polonia è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza dell'art. 198, par. 1, comma 2 TUE (CGUE 15 luglio 2021, causa C-791/19).

La pronuncia più recente della CGUE è quella già ricordata del 16 febbraio 2022 in causa C-157/21.

Con questa sentenza la Corte ha respinto il ricorso della Polonia, sostenuta dall'Ungheria, contro il regolamento UE 2020/2092 fondato sul presupposto, esplicitato in un considerando, che gli interessi finanziari dell'Unione devono essere tutelati in conformità dei principi generali sanciti nei trattati, in particolare i valori di cui all'art. 2 TUE (considerando n. 2).

Il rispetto dello Stato di diritto (art. 2 TUE) e una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione (art. 19, par.

1, comma 2) sono condizioni imprescindibili perché uno Stato membro possa accedere a fondi europei. Sebbene l'organizzazione della giustizia esuli dalle competenze dell'UE e rientri in quella di ciascuno Stato membro, tuttavia essa deve essere comunque ispirata al rispetto di queste due norme fondamentali del Trattato dell'Unione europea (artt. 2 e 19) e dei principi da esse consacrati.

Poiché i principi e i valori in questione riassumono i principi e gli istituti giuridici che caratterizzano una democrazia liberale, è inevitabile la conclusione. Non è conciliabile con l'appartenenza alla UE di uno Stato in cui vige un regime di democrazia illiberale.

5. Rimane aperta la domanda. A prescindere dal particolare assetto dell'Unione europea, è concepibile una democrazia illiberale?

Sulla scorta della distinzione tra democrazia e liberalismo tracciata all'inizio di questo discorso, ciò sembra possibile. Se invece approfondiamo il concetto di democrazia ed esploriamo le condizioni perché un ordinamento possa oggi essere definito democratico, la conclusione cambia.

Non può esistere una democrazia illiberale. Se è illiberale, una società non è democratica. Ed è questa la conclusione del nostro discorso.

Bastano a giustificarla poche considerazioni.

- a) Le elezioni, ossia il rito fondamentale della democrazia, richiedono che gli elettori sono informati sulle alternative che a loro vengono prospettate, sui programmi, sulle soluzioni proposte ai problemi della società, sull'identità e sulla qualità dei candidati.

L'informazione, a sua volta, può essere fornita solo da una stampa libera e oggi, soprattutto da mezzi di comunicazione di massa che siano espressioni di pluralismo (mass media, social media). Non è senza significato che i governi autoritari tendano a far fuori i giornali e i canali televisivi loro ostili, o a favorire il dominio sui media di imprenditori loro amici.

Non c'è democrazia, quindi, senza libertà di espressione.

- b) La parità delle armi fra i partiti e i gruppi politici in lizza viene alterata quando l'apparato giudiziario comincia a perseguire gli avversari politici del governo. Da qui il nesso indissolubile fra democrazia da un lato, autonomia e indipendenza della magistratura degli altri poteri dello Stato, dall'altro.

- c) Nelle società in cui Stato e Chiesa, politica e religione coincidono non c'è spazio per i cittadini che seguono una religione diversa da quella della maggioranza o non ne seguono alcuna. E il caso dell'Iran e oggi dell'India, nella quale sono i musulmani ad essere perseguitati.  
La libertà religiosa è quindi anch'essa una condizione indispensabile perché la competizione politica si svolga secondo le regole della democrazia.
- d) Una delle ragioni della vitalità della democrazia americana è, secondo Tocqueville<sup>2</sup>, lo spirito associativo.  
Gli americani, egli scrive, si associano per scopi di sicurezza pubblica, di commercio e d'industria, di morale e di religione. Ricorrono al potere pubblico solo quando non possono farne a meno: non c'è nulla che la volontà umana disperi di raggiungere con la libera azione della potenza collettiva degli individui.  
Non è senza significato che i regimi dittatoriali soffochino prima di tutto la libertà di associazione: non solo partitica o sindacale (il partito unico, il sindacato unico), ma l'associazionismo in quanto tale.  
Aristotele nota che il tiranno non permette mense comuni, associazioni, cultura o altro del genere, e diffida di tutto ciò da cui possa derivare fiducia, e cerca di mantenere i cittadini nella massima ignoranza reciproca perché la conoscenza tra i cittadini aumenta lo loro fiducia reciproca<sup>3</sup>.  
Non c'è democrazia in una società nella quale i cittadini non sono liberi di associarsi.  
La libertà di associazione è essenziale alla democrazia.
- e) Anche se molti la pensano diversamente, credo che sia fondamentale per una società democratica l'economia di mercato. Questa può essere associata, come in Cina, ad un regime dittatoriale; ma non vale il reciproco che una società democratica possa farne a meno.  
Basta la elementare osservazione di Ludwig Von Mises "Se il governo controlla tutti i mezzi di produzione, se il governo è l'unico datore di

<sup>2</sup> A. DE TOCQUEVILLE, *Scritti politici, vol. II - La democrazia in America*, Torino, 1981, 226-27.

<sup>3</sup> ARISTOTELE, *Politica*, Libro V, 1313.

lavoro ed ha il diritto di decidere quale educazione l'individuo deve ricevere, quando e dove deve lavorare, allora l'individuo non è libero"<sup>4</sup>.

L'Unione europea agisce nel rispetto di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza; ma la stessa regola vale per gli Stati membri (art. 120 par. 2 TFUE). La concorrenza è assicurata da una serie di regole (art. 101 ss.) sull'osservanza delle quali vigila la Commissione e, in ciascuno degli Stati membri, un'autorità indipendente garante della concorrenza. Indipendente sia dall'esecutivo che dal legislativo. Si tratta di una recente invenzione della cultura giuridica liberale, che costituisce un ulteriore argine al potere della maggioranza.

La formula "*democrazia illiberale*", in definitiva, non è che l'etichetta che governi tendenzialmente o attualmente autoritari utilizzano per giustificare misure volte a demolire congegni istituzionali propri del liberalismo e, nello stesso tempo, erodano la democrazia in nome della quale dichiarano di agire.

*Nota bibliografica:*

1. Sulla nozione di democrazia nella letteratura contemporanea, cfr. R.A. DAHL, *Sulla democrazia*, Laterza, Bari, 2000; G. SARTORI, *Democrazia. Cos'è*, Rizzoli, Milano, 1993; C.B. MACPHERSON, *Democratic Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1973; R. ARON, *Democratie et totalitarisme*, Gallimard, Paris, 1965; ID. (a cura di), *La democrazia alla prova del XX secolo*, Il Mulino, Bologna, 1962; R. DAHRENDORF E ALTRI, *La democrazia in Europa*, Laterza, Bari, 1992; N. BOBBIO, C. OFFE, S. LOMBARDINI, *Democrazia, maggioranza e minoranza*, Il Mulino, Bologna, 1981.  
Sui rapporti tra liberalismo e democrazia, G. DE RUGGIERO, *Il ritorno alla ragione*, Rubettino - Soveria Mannelli, 2018; B. CROCE, *Etica e politica*, Laterza, Bari, 1967; J. ELSTER, R. SLAGSTAD (eds.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge U.P., 1988; G. CORSO, *La vulnerabilità della democrazia*, in L. CORSO E G. TALAMO (a cura di), *Vulnerabilità di fronte alle istituzioni e vulnerabilità delle istituzioni*, Giappichelli, Torino, 2019.
2. Sulla democrazia illiberale, cfr. A. HELLER, *Orbanismo. Dalla democrazia liberale alla tirannia*, Castelvecchi, Roma, 2019; I. KRASSTEV, S. HOLMES, *La rivolta antiliberalista*, Mondadori, Milano, 2020; F. FUKUYAMA, *Il liberalismo e i suoi oppositori*, Utet, Milano 2022.

<sup>4</sup> L. VON MISES, *Interventionism: An Economic Analysis*, tr. it. In *I fallimenti dello Stato interventista*, Saveria Mannelli, 1997, 369.

KATYA KOZICKI – ANA CAROLINA LOPES OLSEN

STRUCTURAL RACISM  
AND THE ROLE OF THE CONSTITUTIONAL  
JURISDICTION IN BRAZIL

“(...) actions are what reduce inequalities.”  
(Djamila Ribeiro, *Pequeno Manual Antirracista*)

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Structural Racism and Anti-Racist Law. – 3. The Potentiality of the Constitutional Court in Transformative Constitutionalism. – 4. Transformative Constitutionalism for an Anti-Racist Brazilian Supreme Court. – 5. Conclusion.

1. *Introduction*

According to the Brazilian Institute for Geography and Statistics (IBGE)<sup>1</sup>, Brazilian society is primarily black or brown. It would therefore be expected that this majority would be visibly and equitably distributed across all social strata, that they would occupy spaces in the top echelon of companies, in political representation and in academia, just to take a few examples. Moreover, statistics are not needed to confirm a difficult absence. Where are the black Brazilians? In peripheral communities, in prison, facing underemployment and out on the streets. This normalized reality – which is also a flagrant inequality – is the most striking feature of Brazilian racism. The racism that does not depend on voluntary and conscious discrimination directed at a group that is made inferior by its race. Racism in Brazil is understood as a historical and social category that justifies the domination of one group over another. It is at an earlier founding point than the form of racism

<sup>1</sup> IBGE, *Sistema de Recuperação Automática – SIDRA*, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua Trimestral, Tabela 6403 – População, por cor ou raça (<https://sidra.ibge.gov.br>).

that materializes in institutions. This is the premise by which this study is developed: racism is in the structure of Brazilian society.

This reality has been brought to the attention of the Federal Supreme Court in recent years. The Court was provoked to speak about racial quotas, financial boosting of political campaigns by black candidates and about racial violence. The 1988 Constitution has been invoked in its most emancipatory and transformative character to command measures that concretely generate solutions for this situation. In this vein, the Brazilian Supreme Court (STF) has been called upon to adopt anti-racist measures.

Based on the assumption that the 1988 Constitution allows itself to be interpreted and applied according to a transformative perspective, that confronting structural racism demands more profound changes in society, and that these changes have been demanded before the Brazilian Constitutional Court, this study aims to answer to the following question: has the STF employed a transformative perspective in tackling structural racism in Brazil?

The hypothetical-deductive method used in bibliographical research in doctrine and jurisprudence is intended to analyze STF's adherence to transformative constitutionalism with a propositional sense of defending this practice.

To this end, the text was divided into three parts: (i) the presentation of the category of structural racism as an element that marks Brazilian social, economic, political, and cultural relations, and the role of law as an institutional element capable of promoting measures of combating the most severe effects of racism; (ii) analysis of transformative constitutionalism, discussing its premises and potential; (iii) analysis of the leading rules of the STF on the subject, to demonstrate that in recent years structural racism has been approached from a transformative perspective.

## *2. Structural Racism and Anti-racist Law*

The history of slavery in Brazil represents much more than an inglorious past of suffering and death. The economic mode of

production that forged social relations in Colonial Brazil imbued the structure of Brazilian society with racism.

According to Sílvia Almeida<sup>2</sup>, the concept of race applied to human beings was artificially constructed by 16<sup>th</sup> century's Enlightenment and has found the distinction between civilized and savage men, providing the foundations of the colonialist project of the 18<sup>th</sup> century, implementing the idea of bringing the "civilized" way of life to "primitive peoples". Race is not a biological data, but a relational and historical concept forged by the way some certain social groups are treated by those with political and economic power<sup>3</sup>. Race serves to distinguish between "us" and "them". And since Brazilian colonialism was based on a mode of production which depended on enslaved labor, the debasement and dehumanization of black people became an essential element of contemporary society. This classification makes it possible to know the past and understand the present.<sup>4</sup>

The colonization process – as well as enslavement – enacted acts of sovereignty as the power to define people's life and death. As Mbembe teaches, "[...] sovereignty is the ability to define who matters and who does not, who is 'disposable' and who is not"<sup>5</sup>. Enslavement in Brazil lasted 370 years, the longest in the world, and it was responsible for triggering a genocidal process that marked the formation of Brazilian society to the present day. The disposability of black life was a hallmark of the years of slavery; it remained a hallmark in the transition to a wage labor economy and it is still, today, a common trait in Brazilian society. Nineteenth-century abolitionism treated those who left slavery and their descendants with contempt, maintaining this group as a subordinate social class.

Racism in Brazil has been systematically developed as an ingredient of social, political, legal, and cultural relations. Unlike other States that inherited open racism, such as the United States, with the Jim Crow

<sup>2</sup> S. ALMEIDA, *Racismo Estrutural*, São Paulo, Jandaira, 2020, 25.

<sup>3</sup> *Ibidem*, 24.

<sup>4</sup> K. MUNANGA, *Teoria social e relações raciais no Brasil contemporâneo*, in *Cadernos Penesb – Cadernos Penesb – Periódico do Programa de Educação sobre o Negro na Sociedade Brasileira (Especial curso EREB)*, n. 12, 2010, 193.

<sup>5</sup> A. MBEMBE, *Necropolítica. Biopoder, Soberania, Estado de Exceção, Política da Morte*, São Paulo, 2018, 41.

Laws, or South Africa, with the radicalism of apartheid, the Brazilian State was created by racism and perpetuated it with fallacious ideologies such as racial democracy. The myth according to which people would be naturally mixed-race hides the discriminatory reality in the ideas of a large part of the population. Unlike the experience of blacks in openly racist regimes, blacks in Brazil seek to identify themselves as “mixed race” or “brown”, to undergo a process of whitening assimilation and thereby distance themselves from practices that demean their blackness. The myth of racial democracy undermined the advance of movements aimed at recognizing the value of black cultures – such as Black Power in the United States – and made it possible for even blacks to perpetuate racism<sup>6</sup>. That is why most Brazilians find it challenging to understand that they involuntarily carry out racist practices, which suggests the existence of a “Brazilian-style racism,” dissimilated and, therefore, more perverse.<sup>7</sup>

Racism goes, thus, beyond other human manifestations, such as prejudice and discrimination. It is not just a derogatory value judgment directed at a stereotyped, racialized social group (prejudice), nor just a compelling manifestation of power by which differentiated treatment is voluntarily attributed to that group (direct discrimination) or by which it is ignored that legal norms, public policies, and social opportunities affect them differently (indirect discrimination).<sup>8</sup>

Racism has as its distinctive mark its systemic nature: “It is a systematic form of discrimination that is attached to its foundation, and that manifests itself through conscious or unconscious practices that culminate in disadvantages or privileges for individuals, depending on the social group to which they belong” (ALMEIDA, 2020, p. 32)<sup>9</sup>. Based on this understanding, racism can manifest itself in institutional practices, contaminating the creation of legal norms, political representation relations and public security practices. A clear manifestation of institutional racism in Brazil can be identified in the way police forces repel crimes. According to the Brazilian Yearbook of

<sup>6</sup> L. GÓES, *O realismo marginal racial brasileiro*, in *Nuestrapraxis, Revista de Investigación Interdisciplinaria y Crítica Jurídica*, año 1, n. 2, 2018, 50.

<sup>7</sup> K. MUNANGA, *Teoria social e relações raciais no Brasil contemporâneo*, cit., 170.

<sup>8</sup> S. L. ALMEIDA, *Racismo Estrutural*, cit., 30 ss.

<sup>9</sup> *Ibidem*, 32.

Public Security, black people represent 79.1% of lethal victims of police interventions. This basically means that the public security system recognizes blacks as potential criminals, whereas criminal law conceived on supposedly objective anti-legal criteria does not show its selectivity.<sup>10</sup>

Forged in the institutional modality, racism can be challenged by changing the way institutional powers manifest themselves – the State, the school, and religion<sup>11</sup>. In this context, the law has an important role, since intense activism in favor of legal and judicial recognition of citizenship can lead to significant changes.<sup>12</sup>

In this sense, the Brazilian Federal Constitution broadly defends equality and specifically addresses the issue of racism in Article 5, XVLL, by determining that the crime of racism cannot not be subject to bail or limitation. Brazil has already adhered to the 1965 International Convention on Eliminating All Forms of Racial Discrimination. In 1989, the country approved Federal Law 7716, which defined racial discrimination's legal and criminal treatment. More recently, in 2022, Brazil consolidated its constitutional normative framework for confronting racism by approving, as a constitutional amendment, the Inter-American Convention against Racial Discrimination and Other Forms of Intolerance.

Racism, however, is embedded even deeper. Racial conflicts take place in the very fabric of society, where the prejudice introjected by educational mechanisms contaminates rationality to the point of becoming unconscious and even involuntary. Prejudice generates discrimination, now also normalized,<sup>13</sup> so that political, economic, and legal relations exclude or keep racially defined groups excluded, often passing beyond critical reflection. Brazilian society, with about 54.9% of brown and black population, is represented by an essentially white National Congress (79.9% of senators and 75% of federal deputies);

<sup>10</sup> Fórum Brasileiro de Segurança Pública, in *Anuário Brasileiro de Segurança Pública* 2020. Ano 14, 2020. (<https://forumseguranca.org.br>).

<sup>11</sup> S. L. ALMEIDA, *Racismo Estrutural*, cit., 38 ss.

<sup>12</sup> *Ibidem*, 148 ss.

<sup>13</sup> K. MUNANGA, *Teoria social e relações raciais no Brasil contemporâneo*, cit., 177.

this demonstrates how racism has been normalized.<sup>14</sup> Therefore, “institutions are just the materialization of a social structure or a mode of socialization that has racism as one of its organic components. (...) Institutions are racist because society is racist”.<sup>15</sup> Racism is structural because it is in the structure of society.

The Brazilian society that emerged from colonialism brought to the core of its economic and social relations the privilege of white groups at the expense of black and brown ones. A privilege informed by both an ideological dimension invested in an ideal of whiteness and by the State’s failure to adopt any inclusive measure of the population that was once enslaved. In addition to the physical extermination caused by slavery, Africans and their descendants had their identities annulled for centuries; they were discarded as useless by the economic system in the process of modernization and were excluded from citizenship.<sup>16</sup> This systemic discrimination inherited from slavery persists in Brazil even after a Federal Constitution with a markedly egalitarian claim, even though inclusive laws have recently been enacted. And that is because racism is not in the skin of the Brazilian population, but in its muscles and bones. In this sense, “structural racism corresponds to a system of oppression whose action transcends the mere formatting of institutions, since it permeates from the aesthetic apprehension to any spaces in the public and private spheres, given that it structures social relations and, therefore, being in the configuration of society, being naturalized by it.”<sup>17</sup>

Understanding racism in its structural conception means facing it at its root. Even if the law cannot exterminate racism, since it is in the structure of the society that produces it<sup>18</sup>, it is undeniable that the law has a role to play. Luiz Gama was perhaps one of the first craftsmen of

<sup>14</sup> Braskem, *Diversidade no Congresso: veja quem são os eleitos pelo voto no Brasil*, in *Desenvolvimento Humano*, 19 fev., 2019, (<https://bluevisionbraskem.com>).

<sup>15</sup> S. L. ALMEIDA, *Racismo Estrutural*, cit., 47.

<sup>16</sup> H. BERSANI, *Aportes teóricos e reflexões sobre o racismo estrutural no Brasil*, in *Extraprensa*, v. 11, no. 2, 2018; L. Góes, *O realismo marginal racial brasileiro*, cit., 50.

<sup>17</sup> H. BERSANI, *Aportes teóricos e reflexões sobre o racismo estrutural no Brasil*, cit., 193.

<sup>18</sup> S. ALMEIDA, *Racismo Estrutural*, cit., 51.

the black movement to use legal norms in his favor: even if the law is not the solution, it is a tool in the fight for freedom.<sup>19</sup>

It should focus on the disadvantages experienced by these groups, in the sense that the law should combat, criminalize, and blame prejudice, stereotypes, humiliation, and all forms of violence directed at them. Furthermore, the law must ensure voice and effective participation of these groups, in order to contain the social and political exclusion of which they are victims. It is up to the law, then, to accommodate differences and promote structural changes.<sup>20</sup>

The law is “the most efficient way to combat racism”<sup>21</sup>, even though it is a product of a society that brings racism to its core. Considering that society harbors counter-hegemonic social movements, which denounce racism and demand concrete measures against it (anti-racist movements), the law also starts to standardize solutions to these social tensions.<sup>22</sup> Based on this understanding, the law and its interpreters must be shaped to face racism, instead of instrumentalizing it. If the fight against structural racism can only be done by adopting anti-racist practices, the law, itself, must also be anti-racist.<sup>23</sup>

However, for the transformative potential of the Brazilian Constitution to succeed in modifying the foundations of a racist society, the action of a jurisdiction committed to this change is necessary. It is in this scenario that transformative constitutionalism comes into play.

<sup>19</sup> *Ibidem*, 148.

<sup>20</sup> S. FREDMAN, *Substantive Equality Revisited*, in *ICON-S 14 (3)*, 727, *Oxford Legal Studies Research Paper* no. 70/2014, 2016 (<https://ssrn.com/abstract=2510287>).

<sup>21</sup> S. L. ALMEIDA, *Racismo Estrutural*, cit., 140..

<sup>22</sup> C. WESTRUPP; F. S. LIMA, *RACISMO, Luta Antirracista e os Movimentos Sociais Negros: o crime do racismo em debate*, in *Revista Direito Universidade Federal Mato Grosso do Sul*, v. 6, n. 1, 2020, 79 ss.

<sup>23</sup> S. L. ALMEIDA, *Racismo Estrutural*, cit., 150 ss.

### *3. The Potentiality of the Constitutional Court in Transformative Constitutionalism*

Based on the famous paper by Karl E. Klare<sup>24</sup>, designed for the transition of South African society from the exclusionary and authoritarian regime of apartheid to egalitarian democracy, transformative constitutionalism reveals a theoretical contribution with perspectives still in evolution, but with quite clear characteristics: (i) the focus on the transformative potential of the law, (ii) primarily based on a jurisdictional action committed to constitutional ideals and, in this line, (iii) to the effective transformation of the structures that generate inequality and violence. The constitutional commands are now interpreted to achieve the political purposes established in the Constitution.

According to Klare<sup>25</sup>, transformative constitutionalism is a long-term constitutional implementation project aimed at changing social and political structures to promote equality, respect for fundamental human rights, and participative democracy. It keeps the institutional tools of the Rule of Law and is effectively committed to promoting inclusion to leverage the transformation/overcoming of the barriers that once generated an excluded society.

This does not mean, however, that transformative constitutionalism is only found in Constitutions of the Global South, notably Africa and Latin America. Fowkes,<sup>26</sup> observes that in States with constitutions that are presented as a formula for a better society, indicating measures to this extent, it is also possible to identify transformative constitutionalism.

This form of constitutionalism brings a prospective reading of the constitutional commands, determining that the constitutional design (procedural rights and guarantees, the structure and definition of the

<sup>24</sup> K. E. KLARE, *Legal Culture and Transformative Constitutionalism*, in *South African Journal on Human Rights*, v. 1, 1998, 120 (<https://www.tandfonline.com/doi/10.1080/02587203.1998.11834974>).

<sup>25</sup> K. E. KLARE, *Legal Culture and Transformative Constitutionalism*, cit., 150.

<sup>26</sup> J. FOWKES, *Transformative Constitutionalism and the Global South: The View from South Africa*, editados por A. Bogdandy; E M.M. Ferrer; F. Piovesan, Oxford University Press, Forthcoming, 2015, 10.

competencies of state's powers) is guided by the achievement of a transformative ideal.

This understanding makes it possible to verify that the Brazilian Constitution of 1988 planted an audacious political promise with an extensive list of guarantees of rights and political-state commitments. Constitutional norms assumed a crucial role in re-signifying public agents' actions and civil society in general. Brazil's debt to black people permeated the constituent process of 1986-1987, as seen from the work of the Subcommittee on Blacks, Indigenous Populations, Disabled Persons, and Minorities<sup>27</sup>. The intention of the representatives of the black movement can be translated into the words of the then federal deputy Benedita da Silva, who said that the goal of the movement was to draw attention to "a majority that until then was marginalized", as well as to promote "the redemption of the social debt."<sup>28</sup> It was challenging to bring the issue of racism into the political environment, imposed by the racist structure of society that denied this social group a voice. However, the constituent process managed to bring the ideal of racial equality to the Constitution.<sup>29</sup>

It is necessary to think about the Federal Constitution of 1988 from a transformative reading, even if it is not transformative in all its aspects.

Roberto Gargarella's proposal<sup>30</sup>, however – defended in "La Constitución's machine room" –, remains valid and applicable to the Brazilian case. Latin America's Constitutions that incorporated an extensive list of rights as an attempt to accommodate the claims of social movements for greater equality and social, economic, and political inclusion, did not yet fully overcome the institutional structure of concentration of power in the figure of the Executive branch of power.

<sup>27</sup> N. S, SANTOS, *A voz e a palavra do Movimento Negro na Assembleia Nacional Constituinte (1987/1988): um estudo das demandas por direitos*, São Paulo, 2015, 64.

<sup>28</sup> N. S, SANTOS, *A voz e a palavra do Movimento Negro na Assembleia Nacional Constituinte (1987/1988): um estudo das demandas por direitos*, cit., 64.

<sup>29</sup> *Ibidem*, 179.

<sup>30</sup> R, GARGARELLA, *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo em América Latina (1810-2010)*, Buenos Aires, Katz, 2014.

Even though transformative constitutionalism is not as transformative as it could be, it makes it possible to enhance the achievements and advances in the fight against structural racism, demanding, also, from its interpreters, a legal, moral, and political commitment to this agenda.

In this sense, the movement of transformative constitutionalism gives the Constitutional Court a vital role, as it often rules cases that lead to the revision of structures that compromise the achievement of constitutional ideals. This centrality attributed to constitutional courts, inspired by the South African model<sup>31</sup>, makes them responsible for the construction of judicial decisions endowed with rational justification based on legal texts and precedents as well as with the founding moral values of the new constitutional order.

In this perspective, constitutional jurisdiction is bound to operate in a much more active stance, in a clearly defined sense: to open the necessary channels to promote changes aimed at social democracy and to fulfill inclusive values. Constitutional courts can assume the role of argumentative representatives of social groups neglected by the traditional political processes.<sup>32</sup>

The judicial centrality of transformative constitutionalism requires an essential assumption: dialogue – to be conceived in a double sense. On one hand, it is imperative to promote a net of dialogue with international and regional human rights courts – which has been driven by the movement *Ius Constitutionale Commune* in Latin America –, so that the judicial dialogue based on the achievement of human rights, democracy, and the rule of law, may drive the construction of common law, focused on open standards<sup>33</sup>. On the other hand, there must be a channel of dialogue with civil society, represented before the

<sup>31</sup> K. E. KLARE, *Legal Culture and Transformative Constitutionalism*, cit.; 150.

<sup>32</sup> J. E. ROA ROA, *El rol del juez constitucional en el constitucionalismo transformador latinoamericano*, in *MPIL Research Paper Series* no. 2020-11, 2020, 01 fol. (<https://ssrn.com/abstract=3571507>).

<sup>33</sup> A. BOGDANDY, *Ius Constitutionale Commune na América Latina: uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador*, editados por A. Bogdandy; A. M. Morales; F. Piovesan, *Ius Constitutionale Commune na América Latina*, vol. 1., Curitiba: Juruá, 2016, 11 ss.

Constitutional Court, and with other constituted powers<sup>34</sup>. As Dixon<sup>35</sup> reminds us, courts cannot do everything alone for the same reason that the entire implementation of the constitutional project cannot be left exclusively in the hands of the Legislative or the Executive powers; they too can make mistakes. Although this double dialogue is not the solution to all the problems, it has the power to legitimize the empowerment of constitutional courts in transformative constitutionalism.

Suppose the Court has the power to promote changes. In this case, it must do so independently, but not in isolation, since the transformation of structural elements of society, such as racism, requires an articulated action that integrates both Legislative and Executive powers, as well as social movements. In this sense, transformative constitutionalism can have a cooperative character (never collusive) when the Court is deferential to anti-discriminatory public policies that promote inclusion.<sup>36</sup> This was the case of affirmative actions adopted by Brazilian universities and by Federal Law 12.990, of 2014, which provided for a reserve of 20% of racial quota in all tenders for filling positions in the Public Administration. In these cases, the STF acted considering transformative constitutionalism, and sanctioned the practices (Action for Breach of Fundamental Precept - ADPF 186/DF<sup>37</sup>, and Declaratory Action of Constitutionality - ADC - 41/DF<sup>38</sup>).

<sup>34</sup> *Ibidem*, 07.

<sup>35</sup> R. DIXON, *Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited*, in *International Journal of Constitutional Law*, v. 5, no. 3, 2007, 10.

<sup>36</sup> J. E. ROA ROA, *El rol del juez constitucional en el constitucionalismo transformador latinoamericano*, cit., 07; J. FOWKES, *Transformative Constitutionalism and the Global South: The View from South Africa*, editados por A. Bogdandy; E. M.M. FERRER; F. PIOVESAN, Oxford University Press, Forthcoming, 2015, 21 ss. T. ROUX, *Legitimizing transformation: Political resource allocation in the South African Constitutional Court. Democratization*, v. 10, issue 4, 2003, 92 ss. (<https://www.researchgate.net>).

<sup>37</sup> Supremo Tribunal Federal, *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*, 26 de abril de 2012, n. 186.

<sup>38</sup> Supremo Tribunal Federal, *Ação Declaratória de Constitucionalidade*, 08 de junho 2017, n. 41.

It means that none of the powers can have absolute supremacy in executing the constitutional ideal. If the Constitutional Court must know how to find spaces for deference, it cannot blindly trust the legislative processes either. The maneuvers that mark the political games of the Legislative tend to leave “blind spots” on its performance, or even to succumb to a certain “inertia” in legislative creation or implementation of constitutional norms. These “blind spots” left by the legislative processes (i) can result from ignorance of laws applied in certain senses, (ii) can generate a violation of rights, (iii) can be the result of the creation of laws that failed to consider specific situations of certain social groups, causing them not to benefit from the law or, worse, to be harmed by it, (iii) or it may even result from the inability of legislators to perceive how to accommodate the legitimate needs of social groups without excessively compromising the other constitutional objectives.<sup>39</sup> The “blind spots” and the “inertia” are so compromising for the constitutional order that they justify the intervention of other actors – such as the constitutional courts – to unblock both the discursive and rational aspect of their processes and the coercivity of their decisions.<sup>40</sup> The constitutional Court can leverage the recognition of rights that remain in the “blind spots” or the inertia of legislatures, can face the inertia resulting from favoring more politically influential groups, and can also contain measures that imply retrogression.

In this perspective, the empowerment of the Constitutional Court by transformative constitutionalism implies a reinforcement of the legitimacy of its action, for which procedural mechanisms made available by the institutional design assume relevance. In addition to the content of transformative decisions, the so-called constitutional remedies, the actions for concentrated control of constitutionality, and the procedural mechanisms internal to the procedure in general can legitimize their performance and contribute to improving their function, making judgments dialogic and effective. To this end, there must be transparency in the rulings, concern for the understanding of their content by civil society and state agents through diplomatic

<sup>39</sup> R, DIXON, *Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited*, cit., 405.

<sup>40</sup> *Ibidem*, 405.

adjudication techniques, and above all, the use of structural disputes that excel in an institutional dialogue.<sup>41</sup>

Amicus curiae and public hearings can be seen as mechanisms that provide a dialogic construction to decisions. They ensure the visibility of the interests at hand and enhance accountability strategies, provoking a broad dialogue between different sectors of society. As the information and arguments brought by these social actors are considered in the reasoning of the rulings, they legitimize the judicial action in a transformative nature. Another essential mechanism is structural litigation, in which there is active participation by the communities of rights violations' victims, by those who are directly responsible for these violations, and by the institutions responsible for building solutions. The dialogical essence of structural disputes confers legitimacy to judicial centrality, a defining element of transformative constitutionalism.

These mechanisms gain even more relevance when they are used to confront structural racism, to the extent that solutions to discriminatory processes rooted in the social fabric and often unconscious need to transparently address the roots of conflicts that materialize on the surface. The number of entities and associations claiming participation as amicus curiae have increased in lawsuits involving the effects of structural racism, and the processing of these disputes before the STF has assumed the dialogic format inherent to structural litigation, as will be discussed in the next topic.

#### *4. Transformative Constitutionalism for an Anti-racist Brazilian Supreme Court*

Although the Federal Constitution had been enacted in 1988, it was not until the first decade of the 2000s that the issue of racism has reached the STF.

A search on the STF (website denounces the existence of Extraordinary Appeals from 1953 (*Recurso Extraordinário*, RE 20.127)

<sup>41</sup> J. FOWKES, *Transformative Constitutionalism and the Global South: The View from South Africa*, cit., 18 ss.

and 1954 (RE23.348)<sup>42</sup> that deal with limits to freedom of expression based on “race prejudice”, considering the 1946 Constitution. There is also a 1967 Habeas Corpus (HC 44.161) that had “race bias in election campaigns” as its object, but that was decided with the enforcement of the National Security Act for subversive speeches, and not the Constitution.

In 2003, the Court decided the Habeas Corpus 82.424 (the so-called Elwanger case)<sup>43</sup>, which dealt with racism conveyed by literary work: the publishing of books that promoted prejudice against Jews, by even denying historical facts. The case was relevant to the analysis of racism because it overcame the biological paradigm of race and recognized it as a historical, social, and political category. In place of the conservative and restricted interpretation made by the rapporteur, Justice Moreira Alves – for whom the publication of offenses against Jewish people could not be considered racism, once the Jews did not biologically belong to any race –, the Court followed Justice Maurício Corrêa and recognized “racism as a cultural trend, resulting from ideological constructions and political programs aimed at the domination of one part of society over another”. To achieve the constitutional objective of promoting good for all, according to the rapporteur, “the reference to race should have a broader content, under the penalty of unacceptable innocuousness about color”.<sup>44</sup>

In the early 2000s, the STF judgments were focused on confronting racism in its criminal and individual dimension, that is, as the object of voluntary discrimination against the racialized group.

This was verified in the Judicial Inquiry 1.458-3, and in the Habeas Corpus 86.452<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> The *Recurso Extraordinário* is a legal mechanism available to any citizen who wishes to challenge a lower court decision and establish the unconstitutionality of a legal act in Brazil. In the United States, this mechanism is similar to the writ of certiorari, which allows individuals to petition the Supreme Court for review of a lower court decision on constitutional grounds. In the Italian judicial review system, the legal mechanism that enables individuals to challenge the constitutionality of a law or government action is called “appeal for a declaration of unconstitutionality”.

<sup>43</sup> Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus, 17 set. 2003, n. 82424.

<sup>44</sup> Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus, n. 82424.

<sup>45</sup> Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus, 03 mar. 2006, n. 86452.

The ruling of the *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* (ADPF – Claim of non-compliance with constitutional precept)<sup>46</sup> 186, in 2012, allowed the STF to embrace an anti-racist agenda. Provoked to decide about the constitutionality of a public policy of racial quotas instituted by the University of Brasília, the Court based its decision on the broad participation of associations linked to the black movement and promoted a transformative interpretation of the Constitution to substantiate the validity of affirmative actions based on racial criteria. Justice Lewandowski, the case’s rapporteur, adopted an understanding that was unequivocally concerned with the racism rooted in the Brazilian social structure. He noted that the low number of black and brown people in universities, and even in public or private positions of greater social relevance, resulted from historical and intergenerational discrimination. In this vein, the affirmative actions adopted by educational institutions represented “a way of compensating for the culturally rooted discrimination, not infrequently practiced unconsciously and in the shadow of a complacent State.”<sup>47</sup> The affirmative actions defended on that occasion had a crucial strategic meaning for confronting racism: leaders were created in discriminated groups, qualified to defend their rights, and served as an example of integration and social ascension. In addition, the need for public policies focused on recognizing the citizenship of people is confirmed, and discriminated against, in addition to an effective distribution of goods and services.<sup>48</sup>

One caution adopted by the STF should be highlighted: even though it recognized the validity of the policy of racial quotas adopted by the universities, it did not take the place of the legislator, nor invaded – with the establishment of obligatoriness – university autonomy. The space for dialogue was kept open, acknowledging that it

<sup>46</sup> This legal mechanism corresponds to an abstract model of judicial review. In Brazil, only a few authorities and social organizations would be allowed to present *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*, in order to question the constitutionality of a public policy or government act.

<sup>47</sup> Supremo Tribunal Federal, *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*, n. 186.

<sup>48</sup> Supremo Tribunal Federal, *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*, n. 186.

would be up to the law to address the obligation of quotas or the criteria for their execution<sup>49</sup>.

Years later, the STF returned to the subject of quotas in the judgment of *Ação Declaratória de Constitucionalidade*<sup>50</sup> 41, of 2017 (Action for declaration of constitutionality). Also, on this occasion, the Court endorsed the constitutionality of Federal Law 12.990, of 2014, which instituted the reservation of 20% of vacancies in public tenders for influential positions and jobs in direct and indirect public administration based on a self-declaration criterion. The winning opinion highlighted structural racism and the need for institutional support for black and brown people to overcome it.<sup>51</sup>

This institutional support was also highlighted in the prudent ruling of ADPF 738, which determined the allocation of resources from the electoral fund to black and brown candidacies in the 2020 municipal elections. The decision's *ratio* produced effects already on the electoral process of that same year, validating the affirmative action elaborated by the Superior Electoral Court. As the STF rightly observed, "It is not enough not to discriminate. The attitude now is to implement measures aimed at making opportunities viable".<sup>52</sup>

It should be noted that the position adopted by the STF was not unanimous. Justice Marco Aurélio disagreed, stating that affirmative actions should be determined by the legislature<sup>53</sup>.

In the cases mentioned earlier, the Brazilian constitutional jurisdiction was called upon to play a transformative role in the sense of interpreting the Constitution and confirming the good practices adopted by other institutions, declaring the constitutionality of laws and public policies that faced racism through distribution and recognition. In times of institutional cooperation, transformative constitutionalism

<sup>49</sup> *Ibidem*.

<sup>50</sup> This legal mechanism also corresponds to an abstract model of judicial review. In this case, the authorities with constitutional legitimacy to present it to the Brazilian Supreme Court aim a decision that pronounces a given legal act according to the constitution.

<sup>51</sup> Supremo Tribunal Federal, *Ação Declaratória de Constitucionalidade*, n. 41.

<sup>52</sup> Supremo Tribunal Federal, *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*, out., 2020, n. 738.

<sup>53</sup> *Ibidem*.

implies a constitutional jurisdiction capable of contributing with interpretations of legal and constitutional norms that pave a safe path for the changes triggered by other social actors, as long as they are directed towards social inclusion. This action weakens the deleterious effects generated by structural racism. It drives bigger changes, as more plural social ties emerge, in which previously discriminated groups participate with an active voice and can contribute to forming new consensuses.<sup>54</sup>

However, structural racism in Brazil often challenges a more proactive role of the constitutional jurisdiction, given that the most ingrained discriminations of the social structure come forward to generate the disposal of black lives. The theme of necro politics<sup>55</sup>, which affects black people, has been hidden for many years and is a cruel element of structural racism. It is evident in the structure of the Brazilian prison system, in the lethality of police forces, and in the invisibility of the extermination of quilombolas during the Covid-19 pandemic, resulting from State omission.

To face this reality, it is required for the STF to take advantage of opportunities arising from citizen provocation within its jurisdiction and, consequentially, to adopt solutions capable of combating the effects of structural racism by confronting its causes and its roots. An analysis of this breadth must also be dialogic.

The first structural litigation that faced the issue of racism was ADPF 347, which recognized the unconstitutional state of affairs of the Brazilian prison system. This case was the first to seek a more complete (and complex) approach to structural racism based on recognizing that the prison system in Brazil mostly incarcerates black, brown, and poor people<sup>56</sup>. Although tackling structural racism was not the central concern of the precautionary measure granted (the criticism that they were unsatisfactory can be attributed to this aspect), it is necessary to recognize that the Court demonstrated it was aware that the measures

<sup>54</sup> S. ALMEIDA, *Racismo Estrutural*, cit., 147.

<sup>55</sup> A. MBEMBE, *Necropolítica. Biopoder, Soberania, Estado de Exceção, Política da Morte*, cit., 51.

<sup>56</sup> Supremo Tribunal Federal, *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*, 9 set., 2015, n. 347.

adopted there would have repercussions – even if timidly – on this theme.

In this sense, the Constitutional Court recognized that prisoners have no political representation or even social visibility. They do not elect, they are not elected, and public opinion is not concerned with their condition.<sup>57</sup> Although this reality was due to structural racism, this more radical dimension was kept far from the Court's assessment. In this case, the transformative mission demanded was not carried out to generate deeper structural solutions.

The precautionary recognition of the unconstitutional state of affairs implied observing that all the powers of the State were responsible for that reality of violence, including the Judiciary, due to the “incarceration culture”. The solution pointed out by the Court involved – in a dialogical solution with the inter-American system – the application of the guidelines of the American Convention on Human Rights for holding custody hearings. However, a more radical change of this situation could come from a self-criticism of the judicial institutions, as pointed by Justice Gilmar Mendes.<sup>58</sup>

Flauzina and Pires<sup>59</sup> understand that the STF ended up endorsing a system that produces racism, shielding the Judiciary from its real responsibility. For the authors, if the prison system produces a violation of rights, incarceration is no longer applicable. Drastic solutions are produced in the judicial sphere; however, if, on one hand, they have transformative potential, on the other, they can generate backlash. The STF was shy about being “diplomatic”, as it kept the doors open for an institutional dialogue with solutions to be built in the long term. For Flauzina and Pires<sup>60</sup>, the Court was shy because it was collusive. To combat structural racism, it is still necessary to face the penal structure that favors incarceration, as well as the inertia of Public Administration toward protecting the rights of incarcerated people.

<sup>57</sup> Supremo Tribunal Federal, *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*, n. 347.

<sup>58</sup> Supremo Tribunal Federal, *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*, n. 347.

<sup>59</sup> A. FLAUZINA, ANA; T. PIRES. *Supremo Tribunal Federal e a naturalização da barbárie*, in *Revista Direito e Praxis*, v. 11, no. 2, Rio de Janeiro 2020, p. 1224 ss.

<sup>60</sup> *Ibidem*, 1224 ss.

In ADPF 635, which is still pending a definitive rule, the issue faced was the severe violations of human rights occurring during police interventions in the State of Rio de Janeiro, which revealed structural racism in the public security forces. As narrated in the injunction granted by Justice Luiz Edson Fachin, practices such as home invasion, arbitrary arrest, and summary execution, disproportionately affected black people, since 67% of the residents of poor communities targeted by police operations in Rio de Janeiro are black<sup>61</sup>.

On June 5<sup>th</sup>, Justice Fachin granted a preliminary injunction to determine that police raids during the COVID-19 pandemic corresponded to an exceptional hypothesis, that had to be justified in writing before a competent authority, due to the lethality of children and young people who would be at home, due to social isolation measures.<sup>62</sup>

As made evident by Justice Gilmar Mendes, in his vote, structural racism was at the foundation of the Court's decision, since the racial identification of the victims highlighted police lethality in Rio de Janeiro: "The structural racism of society is revealed to be potentiated in the deaths caused by police forces (...) it is not possible to think about the forms of control and administration of conflicts in society and not consider the analysis of the cognitive role of racism as an articulating element of the ways of thinking about social problems to formulate the answers to these political questions".<sup>63</sup>

Moreover: the issue would need to be dealt with in the guise of structural litigation, in which the intervention of the Judiciary would break the inertia of the Executive power since its omission implied a "prolonged and unsustainable unconstitutional omission" and created an "urgency and need for judicial intervention."<sup>64</sup> However, even in the preliminary judgment, it is possible to identify that the Court dared to go further than in ADPF 347 ruling. It stated that operations should be drastically reduced and, if extremely necessary, transparently justified.

<sup>61</sup> Supremo Tribunal Federal, *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*, 17 dez., 2020, n. 635.

<sup>62</sup> *Ibidem*.

<sup>63</sup> *Ibidem*.

<sup>64</sup> *Ibidem*.

However, despite the prudent decision, police operations continue to be carried out, with deaths and impunity, as the requesting party denounced the STF. Faced with the situation of non-compliance – since it was evident that police operations were not following the international requirements demanded by the STF – the Court convened a public hearing to construct measures based on dialogue with other institutions and civil society that would be effectively transformative.<sup>65</sup>

Thus, especially in this case, the decisions adopted by the STF forwarded two dialogues advocated by transformative constitutionalism in its dialogical aspect. In an internal field, the Court was willing to dialogue with civil society and with institutions by opening a public hearing to address the issue. In an international legal field, it established the necessary judicial dialogue with the Inter-American Court of Human Rights due to the Brazilian State's link to the condemnatory sentence handed down in the Favela Nova Brasília case, in 2017.

In that decision, the Brazilian State had been condemned by the Inter-American Court to adopt an action plan to reduce police lethality in the favelas.

Finally, another case pending before the STF with the potential for transforming structural racism is the ADPF 742, proposed by the National Coordination of Articulation of Rural Black Quilombola Communities (CONAQ) and by political parties. The suit aims to hold the State responsible for actions and omissions that led to an increase in the number of cases of Covid-19 and consequent deaths among quilombola communities. These communities live on the margins of society and have difficult access to health and assistance networks. They urgently request measures such as the distribution of drinking water, hygiene products, personal protective equipment, and measures to guarantee their food and nutritional security. They also ask that the disclosure of cases and deaths due to Covid-19 observe a racial profile, informing the race and color of the victims, as well as if they belong to quilombola communities. Ultimately, they demand the elaboration of a national plan for their protection, composed by an interdisciplinary

<sup>65</sup> Supremo Tribunal Federal, *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*, n. 635.

group formed by state entities, civil associations, and representatives of the quilombolas.<sup>66</sup>

The action has not yet been judged definitively, but several of the requests were granted in a precautionary decision. Among the determined measures, it was the one that ensured the inclusion of data on quilombola victims in the official records of the pandemic that produced the greatest effects. These groups were also included in the priority vaccination schedule.

As it is possible to perceive, the confrontation of structural racism requires a committed action of the Constitutional Court, attentive to the fulfillment of its decisions to generate effectiveness. It also demands that the Court promote a (self)reflection of its transformative role, starting with the transformation of how it should address structural racism. This is not a problem for racialized groups but a reality of violating rights for which we are all responsible. As Almeida noted (2020, p. 52) “Change in society is not only achieved through denunciations or the moral repudiation of racism: it depends, above all, on taking positions and adopting anti-racist practices.”<sup>67</sup>

## 5. Conclusion

This study found that transformative constitutionalism is a powerful tool for tackling structural racism in Brazil. It guides a reading that enhances the implementation of constitutional norms by removing structural barriers to achieving the project of a free, fair, and solidary society without prejudice or any other forms of discrimination. To this end, it strengthens the STF as a constitutional court, demanding from it an institutional action aimed at leveraging the changes obstructed in the political environment and giving voice and space to groups made invisible by race. This judicial centrality, however, must be harmonized with the cooperation of the Court towards the transformative advances that come from other fields – such as the case of affirmative actions that

<sup>66</sup> A. FLAUZINA, ANA; T. PIRES. *Supremo Tribunal Federal e a naturalização da barbárie*, cit., 1224 ss.

<sup>67</sup> S. ALMEIDA, *Racismo Estrutural*, cit., 52.

were transformed into laws and public policies as achievements of the black movement. Transformative constitutionalism can be a cooperative project.

However, there are cases of violations so atrocious that they inhibit or silence oppressed groups. They can result both from the blind spots of the legislation and the administrator, as they abstract from reality under the mantle of formal equality, or even from their inertia in the face of political agendas deemed more advantageous. In the case of structural racism, both the blind spots and the inertia of public authorities are reflections of a social structure that denies relevance to racialized groups. It is up to the STF to generate the conditions for the solutions for the realization of the constitutional project to be produced.

Transformative judicial activism, however, comes at a legitimation cost. It must be effectively guided by progressive actions to combat exclusion, to promote substantive equality, and to be dialogic. Thus, the construction of solutions must count on the effective participation of interested social groups and all the institutions involved. Effective transformations are done in collaboration so that the doors to the Legislative, the Executive, the bodies defending citizenship, and even to society must remain open. Furthermore, this dialogue must be held with another court that shall be activated in case the State fails: the Inter-American Court of Human Rights. The legitimacy of STF's rulings also comes from their connection with the inter-American corpus iuris, that is, with human rights conventions and inter-American jurisprudence.

From the analysis of the cases that reached the STF about racism, it was noticed that the transformative attitude has been potentiated by structural disputes that deal with more complex social contexts resulting from structural racism.

In the cases of racial quotas in universities, access to public office, and the allocation of resources from the electoral fund to black candidacies, constitutional norms received a transformative interpretation to combat racism – at first, institutional racism, but with structural effects.

The transformative potential of the STF has been tested in the structural disputes proposed by political parties and civil associations,

denouncing structural racism in its most perverse guise, that is, the manifestation of necropolitics that discards black lives. To decide on the unconstitutional state of affairs in force in the Brazilian prison system (ADPF n. 347), the lethality of the police forces in Rio de Janeiro (ADPF n. 635), and the protection of quilombola communities against the neglect of public authorities during the Covid-19 pandemic (ADPF n. 742), the STF must open new paths.

From a transformative perspective, attention must be paid to tackling the most radical causes of violence: the reason for excessive incarceration, the police lethality that mainly affects poor blacks and brown people, and the invisibility of unassisted quilombolas during the pandemic. In the case of ADPF 347, the STF did well in determining compliance with the conventional obligations assumed by Brazil and establishing custody hearings. It also drafted an appropriate ruling in the ADPF 635, when the Court determined the suspension of police operations in communities in Rio de Janeiro, except for its urgent essentiality, as well as imposed limits drawn at the international level for the suitability of police operations. Actions such as these require constant, incisive, and strategic action. Judicial inertia is just one more institutional inertia that (re)produces structural racism.

Thus, if transformative constitutionalism is a unique tool that empowers the Constitutional Court, civil society must remain vigilant, demanding intense and committed action. Moreover, perhaps, for that, it is up to the STF to reflect on itself so that it is not an unconscious agent of the structural racism that it has committed to combat.



VITOR RHEIN SCHIRATO

O PAPEL E A IMPORTÂNCIA DAS CORTES  
CONSTITUCIONAIS NA PRESERVAÇÃO DA DEMOCRACIA  
NO ESTADO CONTEMPORÂNEO

SUMÁRIO: 1. Introdução. – 2. Origem e configuração das cortes constitucionais. – 3. Os ordenamentos constitucionais contemporâneos. – 4. As cortes constitucionais e a preservação da democracia. – 5. Breve conclusão.

1. *Introdução*

O Estado Democrático de Direito vive tempos de crise. Trata-se de um fenômeno global, em que diversos Estados vêm em processo de implantação de regimes cada vez mais autoritários, com a preservação de uma *fachada* de democracia.

Ao contrário do que se verificou em diversos casos no passado, em que a democracia<sup>1</sup> era suprimida pela força e pela violência, muitos Estados, nos dias atuais, vêm sucumbindo ao autoritarismo pelas vias do próprio Estado Democrático de Direito, por meio da corrosão de suas instituições sem, contudo, sua extinção.

Em que pese seja necessário um amplo e profundo processo de cooptação e corrupção das instituições públicas em geral para se chegar à transformação da democracia em um regime autoritário, uma instituição, em particular, destaca-se como um elemento-chave para a preservação ou a degeneração da democracia e, por conseguinte, do Estado Democrático de Direito: *as Cortes Constitucionais*.

De forma muito clara, é notável que os Estados que sucumbiram a regimes autoritários apenas chegaram a esse ponto a partir do momento em que seus líderes lograram concluir um processo de *tomada hostil* das fileiras das Cortes Constitucionais, seja pela destituição de seus

<sup>1</sup> A democracia aqui é referida como uma possibilidade e não uma regra, pois muitos movimentos violentos foram adotados apenas para substituir um regime autoritário por outro.

membros originais, seja pela alteração de suas composições, ou seja, ainda, pela inserção de possibilidades jurídicas de revisão – e reversão – de suas decisões<sup>2</sup>.

A questão que se coloca, destarte, é: por qual razão as Cortes Constitucionais são um elemento tão importante de revisão e modificação para viabilizar projetos autoritários e minar a democracia em determinados Estados?

Ou, colocando-se pelo sentido oposto, por que as Cortes Constitucionais ocupam um lugar central na defesa da democracia e do Estado Democrático de Direito?

Exatamente este é o objeto deste brevíssimo estudo. Não tenho, aqui, qualquer pretensão de esgotar o tema, tampouco de reescrever ou rever notáveis teses jurídicas sobre o papel das Cortes Constitucionais no Estado contemporâneo. Tenho a pleníssima consciência de que o tema deste estudo é extremamente complexo e pode ser explorado a partir de diversos ângulos, suscitando diferentes pontos de análise.

Nesse sentido, o que pretendo aqui é apenas delinear como a estrutura jurídica constitucional dos Estados contemporâneos, esculpida, principalmente, a partir do final da Segunda Guerra Mundial, fez das Cortes Constitucionais um elemento fundamental para a preservação ou para a destruição do Estado Democrático de Direito, jogando luz sobre sua importância e sobre como medidas simples, do ponto de vista legislativo, podem ser determinantes para a efetividade das liberdades e dos direitos fundamentais.

Para colocar minha visão sobre o tema, percorrerei o seguinte caminho: (i) tratarei de um breve histórico das Cortes Constitucionais e de sua configuração conceitual nos Estados constitucionalizados após 1945; (ii) exporei algumas considerações sobre a estrutura do sistema normativo nos sistemas constitucionais do mesmo período, ressaltando a maior generalidade e indeterminação dos comandos jurídicos; e (iii) exporei algumas considerações sobre como as Cortes Constitucionais

<sup>2</sup> Como exemplo, aqui, confira-se, entre diversos outros, o caso da Venezuela, em que o número de juízes da Corte Constitucional foi alterado, facultando-se ao Presidente da República indicar mais magistrados alinhados com sua visão de mundo, bem como o caso da Polônia, em que foram implantadas medidas de revisão do funcionamento da Corte Constitucional, dificultando seu funcionamento e sua capacidade de decisão de casos concretos.

têm um papel fundamental na preservação do Estado Democrático de Direito e, logo, da própria democracia nos Estados contemporâneos.

## 2. *Origem e configuração das Cortes Constitucionais*

A ideia de uma corte de justiça suprema não é nada atual. Existe no sistema jurídico britânico há diversos séculos, como se verifica no caso das atribuições jurisdicionais da *House of Lords* no Reino Unido.<sup>3</sup> Da mesma forma, a ideia de uma Corte Suprema como instância mais alta do Poder Judiciário também não é novidadeira, como se verifica, por exemplo, a partir dos contornos da Suprema Corte norte-americana, formados pela Constituição de 1791.<sup>4</sup>

O que, contudo, é relativamente novo é a ideia de uma *Corte Constitucional* como ponto mais alto do sistema judicial, atuando com o objetivo de interpretar e proteger a Constituição, de maneira exclusiva. Entre os principais arquitetos da construção desse tipo de corte encontra-se HANS Kelsen, que projetou suas bases teóricas e teve papel de relevo na construção e no funcionamento da Corte Constitucional austríaca a partir da Constituição Federal da Áustria de 1920.<sup>5</sup>

No pensamento *kelseniano*, as Cortes Constitucionais estão diretamente relacionadas à sua ideia de *supremacia da Constituição*. Isso, porque, segundo o autor, o sistema jurídico é um *sistema fechado e estamentado*, que tem na Constituição seu ponto mais alto. Do texto da Constituição derivam os critérios de validade e eficácia das demais normas jurídicas. Destarte, necessária a existência de uma corte capaz de auferir a conformidade das leis com a Constituição, a fim de lhes atribuir ou tolher validade.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> Sobre o tema, confira-se: CARROLL, Alex. *Constitutional and administrative law*, 7ª ed., Londres: Pearson, 2013, 207 e ss.

<sup>4</sup> Sobre o tema, confira-se, entre muitos outros: SUNSTEIN, Cass, R. *Legal reasoning and political conflict*, 2ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2018, 109-110.

<sup>5</sup> Sobre o tema, confira-se: VINX, Lars. *Hans Kelsen's Pure Theory of Law – Legality and legitimacy*, Oxford: Oxford University Press, 2007, 145 e ss.

<sup>6</sup> Cf. Kelsen, Hans. *Reine Rechtslehre, Studienausgabe der 1. Auflage 1934*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, 7, 3 e ss.

Ao fim e ao cabo, a ideia de uma Corte Constitucional, para KELSEN, é um mecanismo de defesa da Constituição e, portanto, de todo o sistema jurídico, na medida em que permite a análise da validade das leis – e outros atos normativos – diante do texto constitucional e, pois, de qualquer outro ato jurídico editado de acordo com essas leis. Na medida em que uma lei esteja em consonância com a Constituição, atos jurídicos praticados com a lei também estarão, em princípio.

Sem embargos, esse sistema de controle de constitucionalidade também, em si, não era qualquer novidade. Se bem é verdade que a estrutura de ordenamento jurídico proposta por HANS KELSEN era (e segue sendo) extremamente inovadora, a ideia de que um órgão do Poder Judiciário possa verificar a compatibilidade de ato do Poder Legislativo com a Constituição já existia, por exemplo, nos Estados Unidos da América desde havia muito tempo, como já mencionado.

A grande novidade do modelo proposto por KELSEN advém do método do controle de constitucionalidade conduzido pelas Cortes Constitucionais, na medida em que passa a lhes ser atribuível a competência para conduzir esse controle de forma abstrata (i.e., sem um conflito concreto existente) e com efeitos gerais, determinando-se a cessação ou a possibilidade de produção de efeitos por normas jurídicas de hierarquia inferior à da Constituição.<sup>7</sup>

Inobstante, o modelo de Cortes Constitucionais alcançará seu ponto mais alto a partir do final da Segunda Guerra Mundial, notadamente por meio da Constituição da República Italiana<sup>8</sup>, de 1948, e, ainda de forma mais relevante, da Lei Fundamental Alemã, de 1949.<sup>9</sup>

Digo que essas Cartas Constitucionais representaram o ponto mais alto da arquitetura das Cortes Constitucionais por conta dos poderes a elas conferidos e da possibilidade que passou a existir – notadamente no caso alemão – de controle do Estado e, particular, da Administração

<sup>7</sup> Cf. VINX, Lars. *Hans Kelsen's Pure Theory of Law – Legality and legitimacy*, 145-148.

<sup>8</sup> Sobre o tema, confira-se: CASSESE, Sabino et. al. *Manuale di diritto pubblico*, 3ª ed., Milão, Giuffrè, 2005, 290 e ss.

<sup>9</sup> Sobre o tema, confira-se: JESTAEDT, Matthias. *Phänomen Bundesverfassungsgericht – Was das Gericht zu dem Macht, was es ist*, in *Das entgrenzte Gericht – Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Berlim: Suhrkamp, 2011, 79 e ss, em especial 96 e ss.

Pública, por meio de reclamações constitucionais esteadas em direitos fundamentais.

De forma muito resumida, o modelo inaugurado na Alemanha (principalmente) e na Itália forjou uma corte que ocupa o ponto mais alto na hierarquia do Poder Judiciário, que tem a atribuição de controlar a constitucionalidade de leis e atos dos Poderes Legislativo e Executivo, bem como de defender a efetividade dos direitos fundamentais. *Em última análise, cabe às Cortes Constitucionais determinar quais medidas estatais são válidas ou inválidas, a partir de uma interpretação vinculante e “erga omnes” dos Textos Constitucionais.*

Do ponto de vista institucional, as Cortes Constitucionais, comumente, são formadas por juízes nomeados especialmente para suas funções, ou seja, não necessariamente magistrados de carreira no Poder Judiciário, com alguma forma de relacionamento junto ao sistema político, seja por suas indicações provirem do Poder Executivo, seja por terem que ser aprovados pelo Poder Legislativo, seja por um processo que envolve tanto Poder Executivo, quanto Poder Judiciário.

Em geral, os magistrados das Cortes Constitucionais têm mandatos temporalmente limitados, havendo, contudo, casos em que a função é vitalícia (como nos Estados Unidos) ou sem prazo determinado, mas limitado em função de uma idade-limite (como no caso do Brasil).

Fato é, contudo, que as Cortes Constitucionais têm um poder diretamente relacionado ao poder político, na medida em que a elas cabe avaliar se sua manifestação através do processo legislativo é ou não válida à luz da Constituição. Isso implica algo muito maior do que a ideia original de *checks and balances*, fundamental para o modelo de tripartição de poderes nos Estados Unidos, pois não se trata simplesmente de garantir o equilíbrio entre os poderes do Estado. Trata-se de muito a mais: implica a capacidade de determinar, definitivamente, o que é ou não juridicamente válido e vinculante entre os atos dos demais poderes.

Nesse passo, iria eu mais adiante e afirmaria que as Cortes Constitucionais contemporâneas detêm muito mais poder do que originalmente se suporia em relação, por exemplo, à Suprema Corte Norte-Americana, pois a elas cabe escoimar uma enorme plêiade de atos estatais legislativos e executivos, selecionando, de forma definitiva e irrecorrível, de quais podem emergir efeitos jurídicos e de quais não.

Por meio da guarda que fazem da Constituição, as Cortes Constitucionais acabam tendo um papel de superioridade em relação aos demais poderes, na medida em que podem sustar os efeitos de seus atos e impor-lhes obrigações, em caso de descumprimento de normas constitucionais.

Destarte, de maneira reconhecidamente superficial, parece-me correto afirmar que as Cortes Constitucionais, no cumprimento de sua missão de interpretar os textos constitucionais, tornam-se uma espécie de filtro do sistema, estabelecendo o que – e como<sup>10</sup> – está de acordo com as normas fundamentais e, pois, são vinculantes, e o que não está de acordo e, pois, não pode produzir efeitos.<sup>11</sup>

Nesse trilhar, a vontade política, tanto do Poder Executivo, quanto do Poder Legislativo, fica, em diversas hipóteses, condicionadas à interpretação constitucional carreada pelas Cortes Constitucionais, impondo-se barreiras importantes para levantes contra cânones e garantias constitucionais.

Daí serem fundamentais a estabilidade e a independência dos magistrados das Cortes Constitucionais. Caso não sejam estáveis ou não sejam independentes, poderão fazer uma interpretação enviesada dos textos constitucionais e, assim, não filtrar ações violadoras ou filtrar, com desvios, ações consistentes com esses textos.

### 3. *Os ordenamentos constitucionais contemporâneos*

Sem qualquer prejuízo das considerações precedentes, o papel e a atuação das Cortes Constitucionais contemporâneas não seriam tão relevantes, caso a estrutura das normas constitucionais fosse distinta daquela impressa pelos textos do segundo pós-guerra.

<sup>10</sup> Aqui faço referência ao método de análise de constitucionalidade consistente na chamada *interpretação conforme a Constituição*, em que as Cortes Constitucionais não declaram a inconstitucionalidade de uma determinada norma, mas determinam a interpretação possível para que sua aplicação se dê de acordo com o Texto Constitucional. Sobre o tema, confira-se: SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional brasileiro*, São Paulo, EDUSP, 2021, 599.

<sup>11</sup> Sobre o conceito de inconstitucionalidade, confira-se: SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional brasileiro*, 566-567.

Como é notório, a história do Direito Constitucional – e, em especial, das Constituições – transcorre em constante evolução. Cingindo-se, aqui, o período de análise ao período que se inicia com as revoluções iluministas do século XVIII (i.e., Revolução Francesa e Revolução Norte-Americana), vê-se que as constituições surgem como o documento que cria o Estado, estabelecendo suas instituições, seu modo de funcionamento, os elementos básicos de sua organização e algum catálogo de direitos, este nem sempre presente.<sup>12</sup>

Com o passar do tempo, direitos fundamentais passam a ser agregados aos textos constitucionais, como uma base para a relação entre Estado e cidadão e com uma estrutura normativa diferenciada. Simultaneamente, a estrutura do ordenamento jurídico passa a ser melhor organizada, reconhecendo-se à Constituição o ponto mais alto da hierarquia normativa, com efeitos vinculantes diretos para todo o sistema jurídico.

Sem embargos, o ponto mais importante na trajetória acima anotada advém com a Lei Fundamental Alemã, de 1949. Isso porque, não apenas seu texto contou com a inclusão de um extenso rol de direitos fundamentais, como esses direitos passaram a ter eficácia direta (artigo 1º, 3) e efeitos expressamente vinculantes sobre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (artigo 20, 3). Mais ainda, os direitos fundamentais recebem o título de *cláusulas pétreas*, o que significa que não podem ser alterados ou suprimidos, sem que uma nova ordem constitucional seja inaugurada (artigo 79, 3). Estrutura quase idêntica é encontrada nos §§ 1º e 2º do artigo 5º e no inciso IV do § 4º do artigo 60 da Constituição Federal brasileira.

É dizer, a estrutura normativa dos direitos fundamentais na Lei Fundamental Alemã faz com que o Estado seja construído sobre uma base extremamente sólida, que não pode ser desfeita ou destruída, senão com a destruição do próprio Estado constitucional para uma nova construção em outros termos. Os poderes constituídos que vêm após a promulgação da Constituição passam a ser estritamente vinculados a seus termos, construídos por sobre a base sólida mencionada.

<sup>12</sup> Sobre o tema, confira-se: FROTSCHER, Werner; PIEROTH, Bodo. *Verfassungsgeschichte*, 19ª ed., Munique: C.H. Beck, 2021, 117 e ss.

Ocorre, contudo, que os termos desses direitos fundamentais previstos pelo texto constitucional são extremamente abertos e, até certo ponto, fluidos. Ao contrário do que acontece com as chamadas *regras jurídicas*, que têm conteúdo binário – ou se aplicam, ou não se aplicam – os direitos fundamentais geralmente<sup>13</sup> têm um conteúdo normativo mais amplo e extenso, pudessem até de uma certa *indeterminação*.<sup>14</sup> Não por outro motivo, ROBERT ALEXY menciona que os direitos fundamentais são *mandamentos de otimização*.<sup>15</sup>

E essa característica não é aleatória ou indesejada. Foram os direitos fundamentais construídos de forma mais abstrata exatamente para que pudessem ter o maior campo de aplicação possível, ou seja, para que contivessem a maior proteção possível aos seus destinatários.<sup>16</sup>

Sem embargos, para não causar um desvio muito grande no tema central deste pequeno ensaio, não me deterei na doutrina dos direitos fundamentais. Para os fins que a este estudo importam, tem-se que os direitos fundamentais são, na generalidade dos textos constitucionais ocidentais contemporâneos (Brasil incluído), normas basilares do ordenamento, com eficácia direta e inalteráveis pela via de reformas constitucionais.

Dentre diversos bens jurídicos protegidos, os direitos constitucionais direcionam-se, também, à defesa de direitos basilares para o funcionamento do Estado democrático. É o caso claro dos direitos fundamentais de liberdade de expressão, liberdade de manifestação artística e literária, liberdade de imprensa, liberdade religiosa, entre outros.

<sup>13</sup> Digo, aqui, que é geralmente porque, no caso brasileiro, por exemplo, há direitos fundamentais com natureza de *regra* e aplicação binária, como, por exemplo, a proibição da pena de morte (artigo 5º, inciso XLVII, alínea “a”). Nesta hipótese, não há proporcionalidade. Simplesmente não se poderá aplicar pena de morte, exceto no caso de guerra declarada nos termos da legislação penal militar.

<sup>14</sup> Sobre o tema, confira-se: SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – Conteúdo essencial, restrições e eficácia*, São Paulo: Malheiros, 2009, 44 e ss.

<sup>15</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, São Paulo: Malheiros, 2008, tradução Virgílio Afonso da Silva, 103 e ss.

<sup>16</sup> Aqui, faço referência à ideia de *suporte fático* dos direitos fundamentais, notadamente em sua concepção ampla. Sobre o tema, confira-se: SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – Conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 69 e ss.

Demais disso, os direitos fundamentais têm uma aplicação uniforme a toda a sociedade, colhendo indistintamente todos os seus destinatários (apenas, conforme o caso, podendo haver alguma distinção entre direitos do homem e direitos dos nacionais de um determinado país). Isso faz com que os direitos fundamentais protejam, de forma idêntica, maiorias e minorias de uma sociedade, visto que sempre será assegurado o direito de manifestação e organização de diversas correntes de pensamento, não importando qual o grupo que ocupa a maioria em um determinado tempo.

Nesses quadrantes, tem-se que os direitos fundamentais, como instrumento horizontal de proteção de direitos, têm um papel central na instituição e na manutenção da democracia nos ordenamentos constitucionais contemporâneos, visto que é por meio desses direitos que são garantidas a existência e a possibilidade de livre manifestação de correntes divergentes de pensamento, permitindo-se, ao fim e ao cabo, que grupos minoritários existam, possam se organizar e, eventualmente, tornem-se majoritários, com alternância de poder.

Reside, portanto, no seio dos Textos Constitucionais contemporâneos, as bases para a instituição e a preservação da democracia, eis que são as normas desses textos que asseguram a possibilidade de a democracia ser efetiva e funcional. Somente com a garantia de certas liberdades fundamentais que haverá contraposição de ideias, preservação de direitos das minorias e a existência efetiva de debates que possam gerar a alternância no poder.

#### *4. As cortes constitucionais e a preservação da democracia*

Diante das considerações dos tópicos precedentes, descortina-se a importância das Cortes Constitucionais para a democracia contemporânea, a ser detidamente exposta nas linhas que seguem.

Em conformidade com o tópico precedente, os direitos fundamentais possuem uma estrutura aberta, muito abrangente, mas vaga e quase abstrata ao mesmo tempo. Como resultado, embora possam se amoldar a uma enorme gama de situações fáticas, os direitos fundamentais sempre demandarão um processo interpretativo quanto ao seu sentido e de conformação, quanto à sua extensão. É dizer, na

qualidade de *mandamentos de otimização*, deverão ser aplicados em sua máxima extensão possível, a qual deverá ser “descoberta” em um processo de sopesamento a ocorrer diante das circunstâncias do caso concreto.

Isso porque será sempre necessário interpretar e sopesar o preciso significado de seu objeto de proteção (por exemplo, interpretar o que é “*liberdade de imprensa*”, identificando o que é a liberdade e o que é imprensa), bem como sua extensão (i.e., até onde vai referida liberdade), procedendo-se a uma arbitragem no caso de conflitos com outros direitos fundamentais ou regras, na medida em que a amplitude do conteúdo da norma aumenta a chance de conflitos práticos na sociedade. Nenhum direito fundamental poderá ser restrito para além de seu *conteúdo essencial*, o que é um conceito até certo ponto não muito claro.<sup>17</sup>

Mais ainda, em que pese seja certo e incontroverso que os direitos fundamentais vinculam o legislador e a Administração Pública, interditando-os de criar regras contrárias ao conteúdo de referidos direitos que violem o mencionado conteúdo essencial, é inevitável que o Poder Legislativo e a Administração Pública editem atos que versam sobre direitos fundamentais, impondo-lhes alguma forma de restrição ou condicionamento.

Nesse passo, é também inevitável que emergjam conflitos entre o conteúdo de leis e/ou atos administrativos e o conteúdo de direitos fundamentais. E esses conflitos poderão emergir tanto porque há uma limitação indevida ao exercício de um direito fundamental, quanto porque o resultado concreto da aplicação de uma regra legal pode resultar em uma violação ao conteúdo de um direito fundamental.

Demais disso, não se pode deixar de considerar que a democracia é constituída por conflitos imanentes entre minoria e maioria. Sempre que alguma força política chega ao poder, outras forças políticas perdem a chance de conquistar o poder. E, como óbvio, cada força política representa uma determinada parcela da sociedade. Ou seja, há

<sup>17</sup> Sobre o tema, confira-se: EPPING, VOLKER. *Grundrechte*, 4ª ed., Heidelberg: Springer, 2010, 62-63, bem como MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, 56 e ss.

um constante conflito – essencial para a democracia – entre maioria e minoria, que reflete parte da diversidade da sociedade.

Sem embargos, é comum haver iniciativas impostas pela maioria que podem prejudicar os direitos da minoria. Por meio de leis editadas no âmbito da atividade parlamentar, ou por meio da execução (ou abstenção de execução)<sup>18</sup> de políticas públicas, é perfeitamente possível que haja a pretensão de aumento da posição dominante da maioria em prejuízo da minoria.

Na ocorrência de uma situação como esta, emerge, de forma explícita, a importância da Corte Constitucional, eis que a ela caberá analisar a compatibilidade entre o Texto Constitucional e a medida legislativa ou administrativa imposta pela maioria. Havendo uma medida legislativa ou executiva que prejudique os direitos da minoria, deverá a Corte Constitucional intervir e interditar sua validade, na medida em que a eficácia dos direitos fundamentais colhe a todos de forma idêntica.<sup>19</sup>

Essa competência das Cortes Constitucionais afigura-se como um elemento fundamental para a preservação de um sistema democrático equilibrado, pois permite evitar que a maioria se torne incontrastável e absolutista. Somente pode haver um sistema democrático na medida em que haja uma contenção do poder da maioria. Do contrário, a maioria se torna totalitária, pois, despótica.

Daí se infere, de forma escancarada, que a cooptação das Cortes Constitucionais aos interesses da maioria – como prática largamente buscada nos mais diversos países na atualidade – é um instrumento poderosíssimo para a corrosão da democracia, pois permite que as posições da maioria tornem-se absolutas. Isso porque a interpretação constitucional deixará de ser neutra, passando a ser cooptada pela visão impositiva da maioria.

O processo de *ponderação* a ser realizado pelas Cortes Constitucionais no exame de proporcionalidade de restrições impostas

<sup>18</sup> Aqui, como exemplo, cite-se o negligenciamento de políticas ambientais no Brasil recente, que implicou perdas enormes para comunidades de povos originários e populações hipossuficientes.

<sup>19</sup> Aqui, há o que se denomina de *competência contramajoritária* das Cortes Constitucionais, consistente no dever de referidas instituições de impedir que a manifestação de vontade das maiorias implique violações aos direitos das minorias.

por regras jurídicas ou atos administrativos a direitos fundamentais há que ser neutro, sem influências dos anseios de qualquer grupo político ou de qualquer corrente ideológica. Essa neutralidade é fundamental para a efetividade das liberdades públicas que sustentam a funcionalidade da democracia.

Ademais, não se pode deixar de considerar que as Constituições contemporâneas contêm diversos dispositivos indicativos, que traduzem deveres a serem cumpridos pelo Estado, por meio de ações a serem detalhadas em leis e atos administrativos posteriores. É o caso, por exemplo, das normas constitucionais que dispõem sobre os chamados direitos sociais, criando obrigações no campo do direito à saúde e à educação, no campo da proteção do meio ambiente, da promoção da cultura, entre outras.

Dada a limitação dos textos constitucionais, essas normas são indicativas, sem maior aprofundamento ou detalhamento, deixando-se que sua efetivação dependa de políticas públicas<sup>20</sup> a serem estabelecidas pelos poderes constituídos.<sup>21</sup>

Por evidente, a ação dos poderes constituídos deve caminhar no mesmo sentido da norma constitucional, *primando-se, em qualquer hipótese, pelo cumprimento da finalidade pública do direito social determinada pela Constituição*. Contudo, essa ação será sempre executada com uma enorme margem de discricionariedade – tanto legislativa, como administrativa –, o que abre espaços para que, a pretexto de engendrar as políticas públicas necessárias ao cumprimento das obrigações constitucionais impostas, sejam criadas ações para direcionar o conteúdo efetivo dos direitos sociais a concepções político-ideológicas, turvando-se os pilares da democracia.

Explico-me com um exemplo. A Constituição Federal brasileira determina a obrigatoriedade de garantia do direito à educação e da promoção da cultura. Estabelece, para tanto, bases fundamentais, sem detalhamento de conteúdo, portanto. Nesses quadrantes, é

<sup>20</sup> Sobre o conceito e a aplicação das políticas públicas, confira-se: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*, 1ª ed., 2ª tir., São Paulo: Saraiva, 2006, 241 e ss.

<sup>21</sup> Veja-se, no Brasil, o caso do direito à saúde, por exemplo. O artigo 198 da Constituição Federal contém as normas fundamentais a serem observadas pelo Estado na promoção de referido direito, relegando a uma lei federal o seu detalhamento.

perfeitamente possível que as políticas públicas concretizadoras da educação e da cultura sejam tendenciosas a implantar pautas político-ideológicas, prejudicando a efetiva oferta de educação e promoção de cultura de forma neutra e horizontal, elementos essenciais para a manutenção de uma democracia organizada.

Diante desse cenário, cabe às Cortes Constitucionais na democracia contemporânea exercitar o controle de constitucionalidade de normas parlamentares e de atos administrativos implantadores de políticas públicas para assegurar a efetividade dos direitos sociais de forma tão isenta e neutra possível. Com isso, garante-se o cumprimento dos deveres constitucionalmente impostos, bem como sua transversalidade e sua neutralidade na sociedade, o que é fundamental para o equilíbrio democrático.

Como resultado, as Cortes Constitucionais têm um papel muito complexo do que a simples verificação formal de compatibilidade de normas parlamentares com a Constituição. Cabe-lhes assegurar que as normas constitucionais sejam cumpridas e efetivadas de acordo com os parâmetros da própria Constituição, os quais se assentam sobre ideias de neutralidade, universalidade e igualdade.

Destarte, cabe às Cortes Constitucionais um *controle sobre políticas públicas* extremamente complexo, a fim de assegurar que o cumprimento de políticas de Estado impostas pela Constituição cubra todos os cidadãos de maneira transversal e não sejam utilizadas como forma de cooptação por agendas político-ideológicas.

Inobstante, essa vertente de controle é extremamente complexa e delicada para a preservação das bases democráticas, pois é essencial ao jogo democrático que os poderes constituídos eleitos democraticamente tenham espaço para implantar suas políticas sufragadas, donde emerge a questão acerca de qual o ponto máximo do controle a ser compreendido pelas Cortes Constitucionais.<sup>22</sup>

Sem qualquer pretensão de esgotar o tema em um ensaio muito mais voltado a destacar uma situação existente nas democracias contemporâneas, o controle a ser realizado pelas Cortes

<sup>22</sup> Sobre o tema, confira-se: JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma Administração complexa – A experiência estrangeira na adaptação da intensidade e do controle*, São Paulo: Malheiros, 2016, 51 e ss.

Constitucionais, em um contexto democrático, deve centrar-se na análise da universalidade e da neutralidade das políticas públicas, impedindo-se que elas se tornem meios de propagação ou de dominação de uma determinada corrente político-ideológica para prejuízo de outra. Para tanto, os aspectos técnicos das políticas públicas criadas e instituídas são fundamentais.

É evidente que os poderes constituídos poderão – e deverão – dar encaminhamentos distintos à execução de determinadas políticas públicas. Contudo, existe um substrato técnico a ser observado, que não pode ser suprimido (métodos pedagógicos, de execução de saúde pública, de proteção do meio ambiente etc.), pois que essencial para a efetividade do respectivo direito social.

Daí depreende-se que as Cortes Constitucionais, para além de controlar a constitucionalidade de leis parlamentares, poderá – e deverá – exercer um controle direto de atos administrativos que possam lesar direitos fundamentais, tanto individuais, como organizadores e implementadores de políticas públicas.

Nesse contexto, vê-se que as Cortes Constitucionais contemporâneas têm um papel de enorme relevo para garantir que as normas constitucionais sejam efetivas e possam ser corretas e transversalmente aplicadas, mesmo diante de sua considerável vagueza e mesmo diante de sua expressa delegação para os poderes constituídos de parcela essencial de seu cumprimento. E isso não se trata de delegar para as Cortes Constitucionais a execução da Constituição, mas, sim, de criar mecanismos institucionais de garantia da preservação da democracia, a partir da neutralidade da aplicação das normas constitucionais.

##### *5. Breve conclusão*

Conforme procurei demonstrar nesse brevíssimo estudo, as Cortes Constitucionais configuram-se como verdadeiros pontos de equilíbrio da maior parte dos Estados constituídos após a Segunda Guerra Mundial. Dada a fluidez das normas constitucionais, notadamente aquelas criadoras de direitos fundamentais individuais e sociais, e sua importância para a preservação da plenitude da democracia, o papel de

interpretar as Constituições e estabelecer os cânones dos direitos por elas criados faz com que as Cortes Constitucionais sejam as fiadoras do Estado Democrático de Direito contemporâneo.

Neste cenário, é normal um estado de constante tensão entre as Cortes Constitucionais e os poderes constituídos, na medida em que cabe a referidas cortes exercer um papel contramajoritário, fundamental para a preservação da democracia plena.

Ademais, a eficácia direta dos direitos fundamentais faz com que as Constituições criem diretamente direitos subjetivos públicos, que podem – e devem – ser tutelados pelas Cortes Constitucionais. Essa configuração cria uma nova e importantíssima forma de controle da Administração Pública, fundada diretamente no controle de constitucionalidade de atos administrativos, notadamente os atos que veiculam e implementam políticas públicas fundadas em normas constitucionais.

Diante dessas considerações, verifica-se que não é sem motivo que os regimes totalitários contemporâneos têm as Cortes Constitucionais como seu objeto de ataque primário. Para debelar a democracia no Estado Democrático de Direito contemporâneo é fundamental cooptar as Cortes Constitucionais, seja alterando suas competências, seja controlando seus membros.

Atualmente, dada a fluidez dos textos constitucionais, o que separa a maioria de um conjunto totalitário é a ação escoreita das Cortes Constitucionais. Daí a importância cada vez mais crescente de preservação de suas capacidades e de independência e de competência de seus membros.

## BIBLIOGRAFIA

ALEXY, ROBERT. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, São Paulo: Malheiros, 2008, tradução Virgílio Afonso da Silva.

BUCCI, MARIA PAULA DALLARI. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*, 1ª ed., 2ª tir., São Paulo: Saraiva, 2006.

CARROLL, Alex. *Constitutional and administrative law*, 7ª ed., Londres: Pearson.

CASSESE, Sabino *et. al.* *Manuale di diritto pubblico*, 3ª ed., Milão: Giuffrè, 2005.

EPPING, Volker. *Grundrechte*, 4ª ed., Heidelberg: Springer.

FROTSCHER, Werner; PIEROTH, Bodo. *Verfassungsgeschichte*, 19ª ed., Munique: C.H. Beck, 2021.

JESTAEDT, Matthias. *Phänomen Bundesverfassungsgericht – Was das Gericht zu dem Macht, was es ist, in Das entgrenzte Gericht – Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Berlin: Suhrkamp, 2011.

JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma Administração complexa – A experiência estrangeira na adaptação da intensidade e do controle*, São Paulo: Malheiros, 2016.

KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre, Studienausgabe der 1. Auflage 1934*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional brasileiro*, São Paulo: EDUSP, 2021.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – Conteúdo essencial, restrições e eficácia*, São Paulo: Malheiros.

SUNSTEIN, Cass R. *Legal reasoning and political conflict*, 2ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2018.

VINX, Lars. *Hans Kelsen's Pure Theory of Law – Legality and legitimacy*, Oxford: Oxford University Press, 2007.

GIORGIO GRASSO

## CRISI PANDEMICA E REGRESSIONE DEMOCRATICA\*

SOMMARIO: 1. Introduzione: “le democrazie appassiscono sotto la pandemia”. – 2. La metodologia di ricerca: i *report* delle istituzioni indipendenti di valutazione della democrazia. – 3. L’impatto della pandemia sui sistemi democratici nel 2020 (l’anno del *lock-down*): Italia e Brasile a confronto. – 4. L’impatto della pandemia sui sistemi democratici nel 2021 (l’anno dei vaccini): Italia e Brasile a confronto. – 5. Una conclusione provvisoria.

### 1. Introduzione: “le democrazie appassiscono sotto la pandemia”

“Democracies wilt under the pandemic”, le democrazie appassiscono sotto la pandemia. Così si intitola la scheda riguardante l’Europa del *report* del 2021 di *Freedom House* (“Democracy under siege”, Democrazia sotto assedio)<sup>1</sup>, con un’espressione molto suggestiva che da subito fornisce il senso di marcia di questo contributo: utilizzare, al fine di cogliere l’incidenza della crisi pandemica sul gradiente democratico dei due Paesi al centro del nostro incontro, l’Italia e il Brasile, i *data set*, gli indicatori e le risultanze forniti da alcuni tra i più autorevoli istituti e *network* internazionali che misurano annualmente lo stato della democrazia nel mondo, con ciò riferendomi in particolare ai *report* predisposti dall’*Economist Intelligence Unit’s*, i c.d. *Democracy Index*<sup>2</sup>, ai *report* pubblicati appunto da *Freedom House*<sup>3</sup>, ai *report* di *Varieties of Democracy (V-Dem)*<sup>4</sup> e, infine, ai *World Report* elaborati dallo *Human Rights Watch*<sup>5</sup>, i quali ultimi

\* Il testo aggiornato a dicembre 2022 riproduce la relazione tenuta durante il Convegno di cui si pubblicano ora gli Atti, conservando il tono vivace e lo stile tipico della discussione orale, con la sola aggiunta di essenziali riferimenti bibliografici.

<sup>1</sup> Vedi [https://freedomhouse.org/sites/default/files/2021-02/FIW2021\\_World\\_02252021\\_FINAL-web-upload.pdf](https://freedomhouse.org/sites/default/files/2021-02/FIW2021_World_02252021_FINAL-web-upload.pdf), 23.

<sup>2</sup> Vedi <https://www.eiu.com/n/campaigns/democracy-index-2021/>.

<sup>3</sup> Vedi <https://freedomhouse.org/>.

<sup>4</sup> Vedi <https://www.v-dem.net/>.

<sup>5</sup> Vedi <https://www.hrw.org/publications>.

peraltro, a differenza degli altri, non assegnano un punteggio e/o un *ranking* ai singoli Stati oggetto di valutazione.

Proprio attraverso la “percezione” che questi diversi organismi hanno della qualità della democrazia, la domanda di ricerca che ci si propone di sviluppare porterà a verificare se la pandemia da Covid-19 abbia effettivamente peggiorato quella condizione di regressione democratica che ha contraddistinto, già ben prima dello scoppio del virus, gran parte degli Stati appartenenti alle democrazie più consolidate (le *full democracies* del *Democracy Index*) o perlomeno alle democrazie imperfette (le *flawed democracies*, sempre così censite dal *Democracy Index*), o se invece, tutto sommato, il declino democratico, che in modo pur radicalmente diverso sembra essersi realizzato nei due Paesi oggetto di considerazione, sia stato solo debolmente influenzato dalla crisi pandemica e dalle misure approntate per contrastarla, dall’una e dall’altra parte dell’Oceano.

## 2. La metodologia di ricerca: i report delle istituzioni indipendenti di valutazione della democrazia

Un qualche chiarimento in primo luogo sui “materiali” consultati, un po’ inusuali per la scienza costituzionalistica, ma impiegati, oltre che dai comparatisti<sup>6</sup>, per esempio, proprio nel contesto brasiliano da *Demos*, l’*Observatório para monitoramento dos riscos eleitorais no Brasil*<sup>7</sup>, guidato tra gli altri da Estefânia Barboza, co-presidente della nostra Associazione.

Il *Democracy Index*, che esiste dal 2006, e si riferisce a 165 Stati, escludendo i c.d. microstati, classifica quattro diversi tipi di regime: *full democracies*, *flawed democracies*, *hybrid regime*, *authoritarian regime*, dando conto dell’esistenza di differenti livelli di democrazia nel mondo. Per misurare questi diversi gradi di democrazia il *Democracy Index* utilizza 5 categorie (processo elettorale e pluralismo; libertà civili; funzionamento del governo; partecipazione politica; cultura politica) che raggruppano 60 indicatori complessivi.

L’Italia non è mai stata collocata tra le *full democracies* (che hanno

<sup>6</sup> Vedi per esempio, R. TARCHI, *La Costituzione del Liechtenstein nel suo centenario. Riflessioni di sintesi nella prospettiva comparata*, in *DPCE online*, 2, 2022, 1038-1039 e 1056.

<sup>7</sup> Vedi <https://demosobservatorio.com.br/>.

un punteggio compreso tra 8/10 e 10/10), ma sempre tra le *flawed democracies*, le democrazie imperfette (che hanno un punteggio tra 6/10 e 7,99/10). Lo stesso vale per il Brasile, il cui punteggio più alto di 7,38, registrato nel 2006, 2008 e 2014, è comunque più basso del punteggio italiano meno soddisfacente, il 7.52 del 2019.

*Freedom House* distingue, invece, tra Stati liberi (*free*), parzialmente liberi e Stati non liberi. Il *ranking* di *Freedom House* punta sulla c.d. democrazia elettorale, accontentandosi di condizioni tutto sommato abbastanza agevoli da ottenere: l'esistenza di un sistema multipartitico competitivo; il riconoscimento del suffragio universale; la periodicità delle elezioni, che si svolgono rispettando la segretezza del voto, assicurando una ragionevole sicurezza del medesimo e in assenza di massicci brogli elettorali; un significativo accesso dei principali partiti politici all'elettorato attraverso i media e attraverso una campagna elettorale generalmente aperta. Accanto al *Global Freedom Score* è calcolato anche l'*Internet Freedom Score*: rispetto alla prima classifica, quella che sarà particolarmente studiata in questo contributo, l'Italia ovviamente è da sempre collocata nella prima categoria, così come il Brasile, pur con un *ranking* abbastanza differente; rispetto alla seconda classifica, invece, solo l'Italia è considerata *free*, diversamente dal Brasile considerato *partly free*.

*Varieties of Democracy (V-Dem)*, a sua volta, giunto al suo sesto rapporto annuale, riferito a 202 Stati, parla di *Liberal Democracies*, *Electoral Democracies*, *Electoral Autocracies* e *Closed Autocracies*, impiegando sei diversi indici di misurazione, con corrispondenti *scores* (*Liberal Democracy*, che è l'indice che è qui preso in particolare considerazione, *Electoral Democracy*, *Liberal Component*, *Egalitarian Component*, *Participatory Component* e *Deliberative Component*). L'Italia è ritenuta una *Liberal Democracy*, mentre il Brasile è stato considerato dal 2010 ad oggi sempre una *Electoral Democracy*, una democrazia meramente elettorale<sup>8</sup>, con una variazione percentuale molto consistente nel decennio preso in esame, in una direzione fortemente autocratica (*Autocratization*), insieme a Paesi come Polonia (che ha il più sensibile peggioramento del decennio), Ungheria, Serbia, India, Bolivia, Thailandia.

Infine, *Human Rights Watch*, da più di trent'anni (32 in particolare),

<sup>8</sup> In questo senso anche E.M. DE QUEIROZ BARBOZA, nell'*Introduzione* al Convegno di cui si pubblicano ora gli Atti.

senza realizzare graduatorie tra i diversi Stati, fornisce per un centinaio di Paesi una descrizione qualitativa degli eventi che maggiormente risaltano dal punto di vista della concreta violazione dei diritti umani.

### 3. *L'impatto della pandemia sui sistemi democratici nel 2020 (l'anno del lock-down): Italia e Brasile a confronto*

Il primo biennio della pandemia (gli anni 2020 e 2021) è quello che interessa maggiormente alla nostra analisi (rispetto al 2022, del resto, non sono ancora disponibili a dicembre 2022, data di stesura finale di questo scritto, i *report* di nessuno degli istituti internazionali qui menzionati).

La pandemia, in particolare, nell'analisi del *Democracy Index* ha determinato una relativa regressione democratica un po' in tutte le esperienze costituzionali, anche in quegli Stati che sono più solidi democraticamente (si pensi ai Paesi nordici, alla Svizzera, all'Irlanda e alla Nuova Zelanda, tradizionalmente collocati al vertice del *ranking*). L'Italia è collocata nei Paesi di *Western Europe Democracy*, comprendenti tutta l'Europa occidentale, meridionale e settentrionale, sino a Cipro e Turchia. Il Brasile si posiziona, invece, ovviamente, tra i Paesi dell'America Latina (*Latin America and the Caribbean*).

Il *Democracy Index* riferito al 2020, intitolato significativamente "In sickness and in health?", in malattia e in salute, posiziona l'Italia al 29° posto del *ranking* globale, con il punteggio di 7,74. Come tutti gli altri Stati dell'Europa occidentale, anche per il nostro Paese il *lockdown* e le misure di distanziamento sociale imposte per frenare il contagio hanno ridotto le libertà degli individui, ma a differenza di altri Paesi dell'area, nei quali la pandemia ha aumentato la sfiducia della pubblica opinione verso i governi, in Italia, stando ai sondaggi riportati dal *report*, vi sarebbe stata una crescita del sostegno verso il Governo (l'allora Governo Conte II)<sup>9</sup>. Questo dato è confermato anche da *Freedom House*, riferito al 2020, che scrive di un aumento della fiducia della pubblica opinione capace di stabilizzare nella prima fase della pandemia il Governo, Governo che mo-

<sup>9</sup> Economist Intelligence Unit, *Democracy Index 2020. In sickness and in health?*, 2021, 52, in <https://www.eiu.com/n/campaigns/democracy-index-2020/>.

strerà però tutta la fragilità della coalizione nell'autunno del 2020, anche riguardo alle modalità di realizzazione del piano di ripresa economica<sup>10</sup>.

Sempre il *Democracy Index* riguardante il 2020 posiziona, invece, il Brasile al 49° posto della graduatoria mondiale, con un punteggio di 6,92, senza dedicare al Paese alcuna descrizione di tipo qualitativo. *Freedom House* per il 2020 evidenzia, a sua volta, quanto il Brasile sia stato uno dei Paesi più colpiti dal Covid-19, in termini di contagi e di decessi, mettendo il dito sulla piaga della strategia della disinformazione portata avanti sistematicamente dall'Amministrazione Bolsonaro e dei contrasti tra quest'ultimo e i governi statali, il Congresso e il *Supremo Tribunal Federal*, in merito a come affrontare la pandemia. Il *report*<sup>11</sup> ricorda criticamente la posizione del Presidente Jair Bolsonaro, che aveva etichettato il virus come "a little flu", una piccola influenza, promuovendo l'uso di farmaci del tutto screditati dalla scienza medica, come l'idrossiclorochina; sottolinea il ruolo svolto dal livello locale – i governi dei singoli stati membri della federazione brasiliana – per compensare le deficienze del livello federale, per riportare, infine, alcuni passaggi particolarmente critici: il tentativo di Bolsonaro di utilizzare il Covid-19 per giustificare una disciplina capace di rafforzare il controllo del potere esecutivo sulla nomina dei rettori delle Università federali; l'impatto fortemente negativo della pandemia sulla condizione degli afro-brasiliani, più di metà della popolazione brasiliana, delle popolazioni indigene, dei carcerati, oltre ai programmi federali pensati per ridurre la povertà e le fortissime disuguaglianze economico-sociali<sup>12</sup>.

*V-Dem*, a sua volta, nel *report 2021*, riferito al 2020, intitolato significativamente l'Autocratizzazione diventa virale (*Autocratization Turns Viral*)<sup>13</sup>, inserisce l'Italia al 21° posto tra le *Liberal Democracies* (punteggio di 0,78), senza fornire elementi qualitativi. Il Brasile, invece, è situa-

<sup>10</sup> Vedi <https://freedomhouse.org/country/italy/freedom-world/2021>, 2.

<sup>11</sup> Vedi <https://freedomhouse.org/country/brazil/freedom-world/2021>, 8, 7, 10, 13-14, 16.

<sup>12</sup> Rispetto a quest'ultimo indicatore che risponde alla domanda: "Do individuals enjoy equality of opportunity and freedom from economic exploitation?", lo score raggiunto dal Paese è sceso nel 2020 di un punto (vedi <https://freedomhouse.org/country/brazil/freedom-world/2021>, 17).

<sup>13</sup> Vedi V-Dem Institute, *Autocratization Turns Viral. Democracy report 2021*, march 2021, in [https://www.v-dem.net/documents/12/dr\\_2021.pdf](https://www.v-dem.net/documents/12/dr_2021.pdf).

to al 56° posto (punteggio di 0,51), tra le *Electoral Democracies*, lungo la già citata tendenza di declino democratico verso l'autocrazia. In tale *report* è molto interessante la quantificazione del grado di violazione – da parte dei governi dei diversi Stati, nel momento in cui sono stati impiegati poteri emergenziali per fronteggiare la pandemia – di norme e standard internazionali, violazione tale da erodere le istituzioni democratiche: nessuna violazione, perché le misure adottate anche durante il *lock-down* sono state ritenute proporzionate, necessarie e non discriminatorie (solo 14 Paesi al Mondo: Canada, Bolivia, Botswana, Nuova Zelanda e ben 8 Paesi europei: Portogallo, Svizzera, Austria, Finlandia, Germania, Olanda, Danimarca e Irlanda), violazioni minori, “moderate violations” e, infine, “major violations”: l'Italia nel 2020 è computata tra i Paesi che hanno compiuto *minor violations*, il Brasile *moderate violations*<sup>14</sup>. Inoltre, in un quadro comparativo globale, il rapporto sottolinea che gli effetti diretti e immediati della pandemia sugli indicatori utilizzati per misurare la democrazia (liberale) sono stati limitati e tutto sommato marginali nel corso 2020 – se si eccettua il netto e prevedibile peggioramento, a causa del *lock-down*, degli indici relativi alla libertà di movimento e di circolazione all'interno degli Stati e tra gli Stati – anche se nel più lungo termine essi potrebbero, invece, manifestarsi, facendo crescere sostanzialmente le tendenze autocratiche di molti Paesi)<sup>15</sup>.

Nel *World Report* dello *Human Rights Watch*, concernente il 2020, infine, sia nella parte dedicata all'Italia, sia in quella ben più corposa dedicata al Brasile, lo spazio rivolto a dare conto dell'impatto del Covid-19 sui diritti fondamentali è meno ampio di quello che forse ci si sarebbe aspettati, visto che anche altre (e diverse) questioni sono poste in grande risalto. Tra i profili critici, in entrambi i Paesi, spiccano quelli della condizione dei detenuti contagiati dal Covid-19 e delle misure approvate, per esempio, per trasferire molti carcerati con reati meno gravi agli arresti domiciliari; per il Brasile, poi, viene menzionata la tragica questione della diffusione del virus tra la popolazione indigena, particolarmente vulnerabile alla malattia, con l'opposizione di Bolsonaro, superata dal Congresso, alla legge che offriva assistenza sanitaria e aiuto per

<sup>14</sup> Vedi V-Dem Institute, *Autocratization Turns Viral. Democracy report 2021*, cit., 10-12.

<sup>15</sup> Vedi ancora V-Dem Institute, *Autocratization Turns Viral. Democracy report 2021*, cit., 15-16.

frenare il contagio nei territori indigeni<sup>16</sup>; per l'Italia, si dà invece un certo rilievo alla gestione dei migranti e dei richiedenti asilo e alle misure sanitarie e amministrative previste per proteggere queste due categorie di persone durante la pandemia<sup>17</sup>. Indigeni in Brasile, migranti in Italia, tra le persone più tragicamente colpite, nella loro estrema fragilità, dall'estendersi della pandemia.

#### 4. *L'impatto della pandemia sui sistemi democratici nel 2021 (l'anno dei vaccini): Italia e Brasile a confronto*

Passando ai dati relativi al 2021, il secondo anno della pandemia, rispetto all'Italia (e all'Austria) il *Democracy Index* (riferito al 2021) evidenzia la vittoria di partiti politici "scettici nei confronti dei vaccini" e insieme ad Austria e Grecia rimarca per l'Italia l'approvazione di normative che rendono obbligatorio il vaccino e che hanno determinato l'aumento di una frustrazione dell'opinione pubblica verso gli sforzi di raggiungere l'obbligo vaccinale<sup>18</sup>. Per tutti questi Paesi e per gli altri dell'Europa occidentale, si sottolinea inoltre che la pandemia ha esacerbato una tendenza verso la frammentazione politica.

Ma il punteggio ottenuto dall'Italia nel 2021, di 7,68, fa arretrare il nostro Paese solo di due posizioni rispetto al 2020, facendo pensare (anche anticipando le conclusioni di questo scritto) che l'effetto della pandemia sulla "cifra democratica" dell'Italia potrebbe essere stato, in fondo, abbastanza trascurabile.

Del resto nel 2019, l'Italia si era piazzata al 35° posto (con un punteggio di 7,52) e nel 2018 aveva avuto uno dei peggiori risultati dell'anno, in termini assoluti, perdendo ben 12 posizioni e precipitando dal 21° posto al 33°. Questa caduta (*substantial drop*), assai enfatizzata nel *report* corrispondente, segna una discesa del nostro Paese dopo tre anni (2015-2017) in cui esso era arrivato molto vicino a passare, pur sul

<sup>16</sup> Human Rights Watch, *World Report 2021. Events of 2020*, 2021, 105-106, in [https://www.hrw.org/sites/default/files/media\\_2021/01/2021\\_hrw\\_world\\_report.pdf](https://www.hrw.org/sites/default/files/media_2021/01/2021_hrw_world_report.pdf).

<sup>17</sup> Human Rights Watch, *World Report 2021. Events of 2020*, cit., 364.

<sup>18</sup> Economist Intelligence Unit, *Democracy Index 2021: The China challenge*, 2022, 63, in <https://www.eiu.com/n/campaigns/democracy-index-2021/>.

fil di lana, tra le “full democracies” (punteggio di 7,98 nel triennio), con un arretramento piuttosto pesante a 7,71.

Molto evidenti sono state le cause indicate dal *Democracy Index 2018*, che dedica all'Italia una scheda di un'intera pagina. Un governo “anti-establishment” ... “that includes the far right, anti-immigrant Lega” e “the risk of a deterioration in civil liberties”, menzionandosi le misure adottate contro i Rom e la linea dura dei decreti-legge Salvini, compresa la vicenda della nave Ubaldo Diciotti<sup>19</sup>.

È, invece, il *report* del 2019 (*Democracy Index* del 2019) a considerare l'Italia (insieme ad Austria, Belgio e Spagna) un chiaro esempio di una delle coalizioni scomode (*uncomfortable coalitions*) formatesi in un contesto di grande frammentazione della scena politica e di disaffezione verso i tradizionali (e dominanti) partiti politici, a favore di partiti politici c.d. antisistema. E ovviamente sono riportate nel documento la crisi del Governo Conte I e la formazione del Governo Conte II<sup>20</sup>.

Esaminando ora la vicenda brasiliana, nel *Democracy Index* del 2021 il Presidente Bolsonaro è definito come uno dei “populisti illiberali della regione [che] hanno continuato a erodere le istituzioni della democrazia”, citandosi la sua richiesta di dimissioni di due membri della Corte Suprema, in seguito a un'indagine sulle accuse di diffusione di *fake news* da parte di gruppi pro-Bolsonaro, e la sua aperta contestazione dell'integrità del sistema di voto elettronico brasiliano, nonostante non ci siano state prove di frodi elettorali, sino ad arrivarsi a sostenere da parte del Presidente, con una dichiarazione poi ritrattata, che egli avrebbe ignorato i risultati delle elezioni presidenziali e legislative del 2022, elezioni nelle quali i sondaggi davano in svantaggio il Presidente uscente rispetto all'ex presidente Luiz Inácio Lula da Silva<sup>21</sup>. Il Brasile è collocato, per il 2021, al 47° posto del *ranking*, due posti avanti rispetto al 2020, ma con un punteggio appena inferiore (6,86). Il Brasile, del re-

<sup>19</sup> Economist Intelligence Unit, *Democracy Index 2018: Me too? Political participation, protest and democracy*, 2019, 15, in [https://www.eiu.com/public/topical\\_report.aspx?campaignid=democracy2018](https://www.eiu.com/public/topical_report.aspx?campaignid=democracy2018).

<sup>20</sup> Economist Intelligence Unit, *Democracy Index 2019. A year of democratic setbacks and popular protest*, 2020, 47 e 48, in <https://www.eiu.com/n/campaigns/democracy-index-2019/>.

<sup>21</sup> Economist Intelligence Unit, *Democracy Index 2021. The China challenge*, cit., 9 e 50.

sto, ha subito la regressione più forte a partire dal 2014, tra il dato di quell'anno (quando ottenne il punteggio di 7,38, come già ricordato, il più elevato mai raggiunto insieme a quelli del 2006 e del 2008) e quello dell'anno successivo (6,96), per poi avere risultati in ribasso altalenanti: 6,90, 6,86, 6,97, 6,86, 6,92, 6,86 appunto nel 2021. Molto interessanti sono le considerazioni che il *Democracy Index* 2018, l'anno della vittoria elettorale di Bolsonaro, riferisce al Brasile, accostato al Messico nel ritorno al populismo in America Latina: in entrambi i Paesi, gli elettori disgustati dalla corruzione, dalla violenza e dagli alti livelli di povertà e ineguaglianza, si sono rivolti a leader populistici, pur con ben pochi tratti ideologici comuni, "to stop the rot", per fermare il marcio<sup>22</sup>. Il *report* sintetizza la storia personale di Bolsonaro: un ufficiale militare di destra in pensione, che ha elogiato la dittatura militare del 1964-1985 e ha promesso di permettere alla polizia di essere più dura con i criminali. Un uomo che, nei suoi tre decenni di carriera come deputato federale, ha fatto pubblicamente commenti razzisti, misogini e omofobi, tanto che le preoccupazioni per la sua presidenza hanno scatenato grandi proteste in Brasile, sotto lo striscione "Ele Não" (Non lui)<sup>23</sup>. Nel confronto con il presidente messicano López Obrador, nonostante il linguaggio più violento utilizzato da Bolsonaro, il *report* segnala che è tuttavia il primo a poter rappresentare un grande rischio per la democrazia, avendo le due Camere dalla sua parte (a differenza di Bolsonaro) e utilizzando consultazioni non ufficiali per ottenere la legittimazione popolare di certe decisioni politiche, assunte anche contro l'eventuale volontà parlamentare<sup>24</sup>.

Tornando a *Freedom House*, i cui *report* riferiti ai singoli Stati sono molto standardizzati, con parti "fisse" che restano praticamente uguali

<sup>22</sup> Economist Intelligence Unit, *Democracy Index 2018: Me too? Political participation, protest and democracy*, cit., 8.

<sup>23</sup> Ancora Economist Intelligence Unit, *Democracy Index 2018: Me too? Political participation, protest and democracy*, cit., 21.

<sup>24</sup> Sempre Economist Intelligence Unit, *Democracy Index 2018: Me too? Political participation, protest and democracy*, cit., 21. Ma le forti minacce di Bolsonaro, ritenuto un vero e proprio autocrate, alla democrazia brasiliana, anche per la mancanza di adeguati meccanismi di controllo e di contrappeso istituzionale, sono ben segnalate da V. RHEIN SCHIRATO, *Democracia e mecanismos de controle no Estado brasileiro*, relazione durante il Convegno palermitano di cui si pubblicano ora gli Atti.

anno dopo anno, colpiscono per l'Italia i costanti rimandi alla corruzione e all'influenza delle organizzazioni criminali sul sistema politico ed economico e il problema endemico della corruzione, anche dei magistrati.

Lo *score* italiano degli anni 2017-2021 è stato costante: 89 su 100 nel primo triennio e 90 su 100, con un piccolo incremento quindi, nel secondo biennio, quello interessato dalla pandemia. Il punto in più conquistato in tale scorcio di tempo dipende, secondo *Freedom House*, dalla diminuzione della corruzione dei giudici e dalla riduzione delle forme di intimidazione dei giudici stessi.

Per capire l'incidenza dell'emergenza pandemica sugli indicatori che misurano la democrazia, in rapporto per esempio al pluralismo, si possono guardare, anche per l'anno in esame (il 2021), le domande relative alla libertà di riunione, al diritto di sciopero, alla vulnerabilità dei diritti dei migranti, alla libertà di cronaca (per gli atti di intimidazione contro giornalisti da parte di oppositori alle misure anti-Covid-19).

Assai interessante è la menzione del drammatico assalto del gruppo neofascista Forza Nuova, il 9 ottobre del 2021, alla sede nazionale della CGIL a Roma, nella cornice delle proteste contro la vaccinazione obbligatoria, rilevandosi nella domanda riferita alla libertà di riunione (che pure ha ottenuto il punteggio di 4/4) che le misure di contenimento adottate per fronteggiare il Covid-19 includevano restrizioni della libertà di riunione, senza impedire peraltro lo svolgimento di manifestazioni contro il lock-down (nel 2020) o contro il ricorso all'obbligatorietà dei vaccini (nel 2021)<sup>25</sup>. Rispetto al diritto di sciopero e alle libertà sindacali (sempre punteggio 4/4) il *report* evidenzia che le misure di contenimento previste per frenare la pandemia non hanno mai toccato l'esercizio di questo diritto, dando poi conto delle disposizioni adottate dal Governo per impedire i licenziamenti in diversi comparti industriali. Al *report*, infine, non è sfuggita la terribile vicenda, avvenuta nel giugno 2021 nel carcere di Santa Maria Capua a Vetere, con i pestaggi dei detenuti, che chiedevano protezione contro la diffusione del Covid-19, da parte delle guardie carcerarie (la domanda se vi è protezione dall'uso illegittimo della forza fisica riceve 3/4)<sup>26</sup>, e, come nel *report* del 2020, è rimarcata la

<sup>25</sup> Vedi <https://freedomhouse.org/country/italy/freedom-world/2022>, 8-9.

<sup>26</sup> Vedi ancora <https://freedomhouse.org/country/italy/freedom-world/2022>, cit., 11.

particolare vulnerabilità dei migranti, accresciuta dal Covid-19, nello sfruttamento del lavoro e nelle complessive condizioni di vita, migranti non sempre oggetto dei programmi di aiuto predisposti dal Governo in risposta alla crisi pandemica (ancora 3/4 di punteggio)<sup>27</sup>.

Quanto al Brasile, considerando come per l'Italia i punteggi dell'ultimo quinquennio, la discesa è stata progressiva: 78 nel 2017, 75 nel 2018 e nel 2019, 74 nel 2020, il primo interessato dalla pandemia, e 73 nel 2021. Il *report* riferito all'anno 2021 evidenzia il già ricordato (dal *Democracy Index*) tentativo di Bolsonaro di modificare la Costituzione per sostituire il voto elettronico con le tradizionali schede cartacee<sup>28</sup> e soprattutto, per quanto riguarda il Covid-19, cita in successione: l'inchiesta aperta dal Senato nell'aprile 2021 sulla gestione assai criticata della pandemia da parte dell'amministrazione Bolsonaro, presentando nel mese di ottobre un rapporto all'ufficio del procuratore generale che accusa il Presidente di aver commesso molti reati, tra cui l'uso improprio di fondi pubblici (punteggio di 2/4 nella domanda riguardante l'esistenza di garanzie forti ed effettive contro la corruzione pubblica)<sup>29</sup>; la continua disinformazione sul virus, propagata e diffusa da parte di Bolsonaro, e in particolare – eravamo nel mese di ottobre – le sue dichiarazioni secondo cui i destinatari del vaccino contro il Covid-19 sarebbero stati suscettibili di contrarre l'AIDS (punteggio di 2/4 nella domanda se il Governo agisce con apertura e trasparenza)<sup>30</sup>; l'indebita pressione esercitata sulla libertà di ricerca e insegnamento e in particolare l'avvertimento all'epidemiologo Pedro Hallal che il suo posto di lavoro sarebbe stato a rischio, dopo aver criticato le modalità con cui l'amministrazione federale aveva agito per fronteggiare il Covid-19 – lo scienziato alla fine è stato costretto a promettere che, per due anni, non

<sup>27</sup> Vedi sempre <https://freedomhouse.org/country/italy/freedom-world/2022>, cit., 13.

<sup>28</sup> Vedi <https://freedomhouse.org/country/brazil/freedom-world/2022>, 4. Sempre *Freedom House* ha dedicato, in vista delle elezioni del 2 ottobre 2022, un apposito approfondimento, fuori dal *report* annuale, alla strategia di Bolsonaro di voler rifiutare il risultato elettorale, qualora a lui sfavorevole, contestando in particolare le modalità di voto elettronico (vedi <https://freedomhouse.org/article/brazils-democracy-confronts-looming-threat-election-denial>).

<sup>29</sup> Vedi <https://freedomhouse.org/country/brazil/freedom-world/2022>, cit., 9.

<sup>30</sup> Vedi <https://freedomhouse.org/country/brazil/freedom-world/2022>, cit., 9.

avrebbe espresso opinioni di apprezzamento o disapprovazione sul tema –, l'ordine ai rettori delle università federali di fermare le attività del personale ritenute “di parte”, poi per fortuna revocato, l'autorizzazione concessa all'amministratore dell'Istituto Chico Mendes per la conservazione della biodiversità di rivedere i lavori dei suoi scienziati prima della loro pubblicazione (punteggio 3/4 nella domanda sulla libertà accademica e sulla libertà del sistema di istruzione nei confronti di un'ampia politica di indottrinamento)<sup>31</sup>; l'aumento della violenza e del numero dei morti nelle operazioni di polizia, durante la pandemia, in particolare nelle favelas di Rio de Janeiro, che aveva portato anche a un intervento della Corte suprema<sup>32</sup>; analogamente al *report* dell'anno precedente, il numero molto alto di persone morte in carcere perché contagiate dalla malattia, tra i detenuti e il personale di custodia (punteggio di 1/4 rispetto alla domanda sull'uso illegittimo della forza da parte del potere pubblico)<sup>33</sup>; la forte diffusione del virus tra le popolazioni indigene, il più alto tasso di mortalità e le condizioni particolarmente difficili di vita della maggioranza della popolazione, gli afro-brasiliani (punteggio di 2/4 nelle domande su come leggi, politiche pubbliche e prassi garantiscano l'uguaglianza di trattamento alle diverse categorie di cittadini e sul godimento di uguali opportunità e libertà contro lo sfruttamento economico)<sup>34</sup>.

Nel *report* 2022 di *V-Dem*, concernente il 2021<sup>35</sup>, l'Italia, nel *Liberal Democracy Index*, è salita di un rango al 20° posto (ma con uno *score* appena appena più basso) e il Brasile è retrocesso di tre (ma con lo stesso *score* dell'anno precedente), ponendosi al 59° posto. In generale, rispetto all'impatto della pandemia sugli standard democratici, il *report* conferma quanto affermato per il 2020 e cioè che la pandemia ha avuto circoscritti effetti diretti sulla tendenza globale al declino della demo-

<sup>31</sup> Vedi <https://freedomhouse.org/country/brazil/freedom-world/2022>, cit., 11.

<sup>32</sup> Vedi <https://freedomhouse.org/country/brazil/freedom-world/2022>, cit., 15. Ma vedi sul punto la relazione di K. KOZICKI, *Racismo estrutural e o papel da jurisdição constitucional no Brasil*, nel Convegno di cui si pubblicano ora gli Atti.

<sup>33</sup> Vedi <https://freedomhouse.org/country/brazil/freedom-world/2022>, cit., 15.

<sup>34</sup> Vedi <https://freedomhouse.org/country/brazil/freedom-world/2022>, cit., 15 e 18.

<sup>35</sup> Vedi V-Dem Institute, *Autocratization Changing Nature. Democracy report 2022*, march 2022, in [https://v-dem.net/media/publications/dr\\_2022.pdf](https://v-dem.net/media/publications/dr_2022.pdf).

crazia. E dove certi leader hanno approfittato della pandemia per consolidare ulteriormente il loro potere, in genere l'autocratizzazione era già in atto<sup>36</sup>. Rispetto alla violazione degli standard internazionali, mediante ciò che i governi sono autorizzati a fare in risposta a una pandemia come quella del Covid-19, il *report* rimanda a due documenti di sintesi allegati da cui emerge che, mentre per l'Italia vi sono state solo violazioni minori di queste norme, per il Brasile le violazioni appartengono alla categoria delle *major violations* (mentre per il 2020, come si è in precedenza ricordato, erano state soltanto *moderate violations*)<sup>37</sup>. Anche il *report* di *V-Dem* menziona, poi, al di fuori della pandemia alcuni passaggi critici dell'amministrazione Bolsonaro, frutto di una forte polarizzazione politica, che ha raggiunto nel caso brasiliano livelli definiti tossici (analogamente a Paesi quali Ungheria, Polonia, Turchia, Serbia): la contrapposizione con la Corte suprema per delegittimare il sistema elettorale vigente, dei cui giudici si chiede la revoca; l'agitare lo spettro di un colpo di stato militare; la chiusura del Congresso, e altro ancora<sup>38</sup>.

In ultimo vanno rapidamente esaminate le schede qualitative, riferite a Italia e Brasile, del *World Report* dello *Human Rights Watch*, concernente il 2021. Per l'Italia, anche visivamente, il problema del Covid-19 resta al primo posto della scheda, ricordandosi tutte le restrizioni determinate dallo stato di emergenza alle diverse libertà fondamentali e soffermandosi in particolare sulle misure riguardanti lo svolgimento dell'attività didattica nei diversi ordini scolastici; la scheda poi si concentra sulla campagna vaccinale, sull'uso obbligatorio del *green pass* e del *green pass* rafforzato e sul problema delle carceri, a partire dal loro sovraffollamento<sup>39</sup>. Per il Brasile, invece, ai primi posti della scheda stanno le minacce al governo democratico portate da Bolsonaro e gli attacchi alla libertà di manifestazione del pensiero e al diritto di informa-

<sup>36</sup> Vedi V-Dem Institute, *Autocratization Changing Nature. Democracy report 2022*, cit., 17.

<sup>37</sup> Vedi <https://www.v-dem.net/pandem.html> e [https://www.v-dem.net/media/publications/pb\\_32.pdf](https://www.v-dem.net/media/publications/pb_32.pdf).

<sup>38</sup> Vedi V-Dem Institute, *Autocratization Changing Nature. Democracy report 2022*, cit., 24, 26, 33.

<sup>39</sup> Human Rights Watch, *World Report 2022. Events of 2021*, 2022, 363 ss., in [https://www.hrw.org/sites/default/files/media\\_2022/01/World%20Report%202022%20web%20pdf\\_0.pdf](https://www.hrw.org/sites/default/files/media_2022/01/World%20Report%202022%20web%20pdf_0.pdf).

zione. Rispetto al Covid-19, si ricordano le altissime cifre di casi e di decessi, provocati in Brasile dal virus (Paese con il secondo più alto numero di morti al mondo per Covid-19); la continua elusione da parte di Bolsonaro delle raccomandazioni dell'Organizzazione mondiale della Sanità e la promozione di terapie inefficaci contro la malattia; il rigetto da parte della Corte suprema delle due diverse istanze con cui il Presidente voleva annullare i decreti dei governatori che stabilivano misure di distanziamento sociale; i comportamenti del tutto irresponsabili tenuti da Bolsonaro, che nel mese di giugno aveva partecipato a manifestazioni senza mascherina, chiedendo a una bambina di toglierla e togliendola lui stesso direttamente a un altro bambino; l'inchiesta, già ricordata, del Congresso sull'inadeguata risposta dell'amministrazione federale al Covid-19, che ha rilevato che il governo federale e i funzionari locali non hanno garantito la fornitura di ossigeno agli ospedali in Amazzonia, causando decine di morti nel gennaio 2021, e che ha fornito le prove di corruzione nell'acquisto dei vaccini; la totale incapacità del governo brasiliano di affrontare l'enorme impatto della pandemia di Covid-19 sull'istruzione, con la chiusura delle scuole per 69 settimane, secondo dati dell'UNESCO, e la mancanza di accesso a dispositivi adeguati e alla connettività Internet necessari per lo svolgimento della didattica a distanza per milioni di bambini, in particolare neri e indigeni, in larga parte a basso reddito, che sono stati sostanzialmente esclusi dalla scuola e dal godimento del diritto fondamentale all'istruzione<sup>40</sup>.

##### *5. Una conclusione provvisoria*

I diversi documenti consultati al fine di predisporre questo scritto hanno fornito indicazioni talora non completamente coincidenti sull'impatto che la crisi pandemica ha avuto in termini di regressione democratica su tutti gli Stati del mondo (nessuno, infatti, è stato escluso dal contagio del virus). Per ciascuno di essi, nella valutazione, hanno poi, ovviamente, contato le condizioni di partenza, le peculiarità storiche e il livello di consolidamento già esistente (o del tutto assente) dal

<sup>40</sup> Human Rights Watch, *World Report 2022. Events of 2021*, cit., 99 ss.

punto di vista democratico, nelle distinte classificazioni che si sono in precedenza ricordate.

Per Italia e Brasile, i due Paesi oggetto di attenzione nel nostro Convegno, il dopo pandemia (o almeno il ritorno a una situazione epidemica di quasi normalità) è conciso con due scadenze elettorali cruciali e ravvicinate (il 25 settembre 2022, per le elezioni politiche che hanno determinato il rinnovo delle due Camere in Italia, con la successiva formazione del Governo guidato da Giorgia Meloni, e il 2 (e il 30) di ottobre di questo stesso anno, per la tornata elettorale brasiliana che ha portato all'elezione di Lula come Presidente, oltre che al rinnovo dell'intera Camera dei deputati e di un terzo del Senato federale).

Facile chiedersi che cosa sarebbe potuto accadere se il ciclo elettorale di entrambi i Paesi si fosse concluso, per il termine delle rispettive legislature, proprio in corrispondenza dei terribili mesi del *look-down* del 2020: solo pensando all'Italia, nell'impossibilità di votare – perché non si sarebbe potuto votare con più di mille morti al giorno per il Covid e quando serviva un'autocertificazione per recarsi sul luogo di lavoro, dove consentito, o per comprare il pane o generi di prima necessità –, si sarebbe dovuto mettere in campo, necessariamente, qualche ardita interpretazione dell'art. 60, comma 2, Costituzione, che definisce l'unica ipotesi costituzionalmente prevista (e ammissibile) di proroga della durata delle Camere, per legge e soltanto in caso di guerra. Del resto, nei *report* qui utilizzati qualche riferimento all'incidenza della pandemia sulla regolarità del momento elettorale si è riscontrato, fuori dall'esperienza italiana e brasiliana (basti citare le situazioni in cui non è stato possibile per gli osservatori internazionali monitorare la regolarità delle elezioni: vedi il *report* per il 2020 di *V-Dem*)<sup>41</sup>.

Ma provando a dare solo una pista di riflessione finale (da irrobustire con un più ampio studio del tema, ben oltre l'ambizione di queste prime note) sembra potersi dire che, almeno per l'Italia, la crisi pandemica non abbia determinato un'influenza decisiva e diretta sul livello democratico del Paese, rimasto infatti ben saldo, nonostante le forti tensioni sopportate dal godimento dei diritti fondamentali, in particolare durante la fase del *look-down* – e respingendo, invece, al mittente ogni pretestuosa contestazione, che pure vi è stata anche tra gli accademici,

<sup>41</sup> Vedi V-Dem Institute, *Autocratization Turns Viral*, cit., 16.

di chi ha ritenuto che il ricorso a strumenti quali il *green pass*, semplice o rafforzato, o la vaccinazione obbligatoria per categorie di lavoratori e oltre una certa fascia di età abbiano eroso il riconoscimento di quei diritti fondamentali<sup>42</sup> –, e la cui solidità democratica resta preziosa nel contesto di un continente europeo nel quale le democrazie come la nostra, pure un po' imperfette, *flawed* secondo la classificazione del *Democracy Index*, sono in lotta per parare i colpi della pressione illiberale che giunge dall'Est Europa<sup>43</sup>.

Quanto al Brasile, scrivendo con tutta la prudenza di chi non vive direttamente l'esperienza di un certo ordinamento costituzionale, è indubbio che la pandemia abbia trovato terreno fertile nell'arretramento democratico che il Paese ha subito nel corso degli ultimi travagliati anni: con una crisi politica senza fine, con uno scontro continuo tra organi politici e organi giurisdizionali, sino a giungere alla vittoria elettorale di Bolsonaro nel 2018 – tutta basata su una campagna elettorale altamente polarizzata e, come si legge nel *report* di *Freedom House* del 2019, riguardante il 2018, “marcata dalla diffusione di *fake news*, teorie cospirative e di una aggressiva retorica sui *social networks* e sui servizi di messaggistica online, in particolare *WhatsApp*”<sup>44</sup> – e alla successiva vera e propria aggressione democratica che il Presidente Bolsonaro, in questi quattro anni, ha portato innanzi contro i diversi contrappesi istituzionali e politici (Congresso, *Supremo Tribunal Federal*, *Tribunal Superior Eleitoral*, tutte le forze politiche diverse da quelle che lo sostenevano e che a lui si opponevano in un Parlamento parcellizzato in cui, prima delle elezioni dell'ottobre 2022, erano rappresentati trenta partiti politici<sup>45</sup>, i

<sup>42</sup> Ma sulla legittimità costituzionale dell'obbligo vaccinale, in particolare per il personale sanitario, si è espressa ora anche, inequivocabilmente, la Corte costituzionale, nella recentissima sentenza discussa nell'udienza pubblica del 30 novembre 2022 e non ancora depositata nel momento in cui si è completata la stesura definitiva di questo scritto (vedi il comunicato stampa al sito Internet: [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC\\_CS\\_20221201194237.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20221201194237.pdf)).

<sup>43</sup> Basti qui citare la relazione di G. CORSO, *L'Europa tra democrazia liberale e democrazia illiberale*, nel Convegno di cui si pubblicano ora gli Atti.

<sup>44</sup> Vedi <https://freedomhouse.org/country/brazil/freedom-world/2019>, 3.

<sup>45</sup> Presso il *Tribunal Superior Eleitoral* sono attualmente registrati 32 partiti politici (vedi il sito Internet: <https://www.tse.jus.br/partidos/partidos-registrados-no-tse/registrados-no-tse>); 23 sono, invece, i partiti politici rappresentanti ora alla Camera

mass-media e molto altro: tutti eventi assai “critici” tracciati anche nei *report* che si sono esaminati). Per riprendere in conclusione il titolo di questo lavoro, tuttavia, quando la crisi pandemica ha mostrato tutti i suoi più nefasti effetti, anche sul fragile ordinamento costituzionale e democratico brasiliano, il detonatore della regressione democratica del Paese era, in realtà, già stato irrimediabilmente innescato.

dei deputati (vedi <https://www.camara.leg.br/Internet/Deputado/bancada.asp>).



FELICE BLANDO

## IL PARTITO NELL'ORDINAMENTO DEMOCRATICO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La Costituzione brasiliana del 1946 e Costituzione italiana del 1948: i diversi approdi dei processi di democratizzazione. – 3. Inserimento del partito nel sistema di governo e trasformazioni costituzionali nell'opera di Pietro Virga. Posizione del Partito rispetto allo Stato. Rilievo normativo del controllo statale e conseguenze. – 4. Gli scritti giuridici di Guido Corso sull'ordine pubblico. Il nesso tra l'art. 21 Cost. e l'art. 49 Cost.: metodo democratico fra i partiti e postulato di neutralità ideologica dell'organizzazione statale. – 5. Natura storicamente condizionata della posizione di Virga sulla regolazione dei partiti e stretta dipendenza della sua qualificazione giuridica del partito dalla soluzione del problema del partito antisistema. Precisazioni critiche. – 6. Il saggio di Marco Mazzamuto su partiti, movimenti, democrazia diretta e divieto di mandato imperativo. – 7. Considerazioni conclusive su ideale democratico e regolamentazione statale dei partiti politici.

### 1. *Premessa*

L'impostazione di questo scritto è semplice da esporre. Festeggiamo nella Sua città e nelle Sue università i settant'anni di Maria Immordino insieme agli amici e ai colleghi italiani e brasiliani che gli sono stati vicini nel suo percorso accademico e di giudice; le Sue università, perché adesso insegna alla LUMSA, ma la Prof. Immordino mantiene le radici accademiche e culturali nella scuola di diritto pubblico dell'Università degli Studi Palermo. Le vengono dedicate diverse onoranze culminate nel convegno italo-brasiliano su *Democrazia, diritti umani e sviluppo sostenibile. Quali sfide in Italia e Brasile?*, un tema stimolante e certamente appropriato alle esperienze scientifiche e professionali della festeggiata. Si spiega così il senso dell'omaggio che chi scrive ha voluto tributarle, ritagliando uno spazio specificamente legato al contributo che la scuola palermitana di diritto pubblico ha dato al tema della regolazione giuridica dei partiti politici, partendo peraltro da uno spunto tratto dalla storia costituzionale del Brasile.

2. *La Costituzione brasiliana del 1946 e Costituzione italiana del 1948: i diversi approdi dei processi di democratizzazione*

Nella seconda metà del secolo scorso, il Brasile segna un punto a proprio favore tra le nazioni che dopo il secondo conflitto mondiale si sono date nuove costituzioni, disciplinando e regolamentando per la prima volta nella propria Costituzione il fenomeno dei partiti politici<sup>1</sup>.

La Costituzione brasiliana del 1946 ha disciplinato il riconoscimento, la registrazione, il controllo dei partiti stabilendo all'art. 141 che: «È vietata l'organizzazione, la registrazione o l'attività di qualsiasi partito politico o associazione il cui programma o azione contrasti col regime democratico basato sulla pluralità dei partiti e sulla garanzia dei diritti fondamentali dell'uomo». L'art. 141 è la più importante fra le disposizioni della Costituzione che facevano del Brasile una «democrazia protetta», ossia provvista di strumenti per difendersi dai suoi «nemici», diversi da partiti politici che si considerino fra loro avversari pur nella condivisione dei principi di libertà e democrazia. La dottrina della «democrazia protetta» è stata utilizzata nelle accuse che il procuratore federale Alceu Barbedo ha sostenuto nel 1946 dinnanzi al Tribunale elettorale supremo contro il partito comunista brasiliano i cui principi, secondo il procuratore federale, sarebbero stati in contrasto con l'ideologia a cui la Costituzione era informata<sup>2</sup>. La fragile democrazia brasiliana era però destinata a essere sopraffatta non da partiti anticostituzionali, ma dalla dittatura militare instaurata nel 1964 e durata sino al 1984<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Lo aveva rilevato per primo P. VIRGA, *Il partito nell'ordinamento giuridico*, Giuffrè, Milano, 1948, 216, nota 43; 223, nota 65.

<sup>2</sup> Il principale argomento di accusa consisteva nel fatto che i principi a cui si ispirava il partito sarebbero stati in contrasto con la pluralità dei partiti e la garanzia dei diritti dell'uomo. Altro argomento dell'accusa che il procuratore ha sostenuto era quello che il partito conduceva una doppia esistenza, perseguendo un programma diverso da quello indicato ufficialmente e possedendo una organizzazione interna diversa da quella contemplata dallo statuto. Secondo Virga, in base al principio della rappresentanza nazionale, essendo i deputati rappresentanti dell'intero popolo, lo scioglimento di un partito non può comunque determinare la decadenza dei mandati parlamentari (*ibidem*, *op. cit.*, 217).

<sup>3</sup> Sulla storia giuridica del Brasile si veda la documentata analisi di M.G. LOSANO, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Laterza, Roma-

Sotto l'aspetto istituzionale anche l'Italia ha segnato un primato a suo favore, per il fatto che per la prima volta si è introdotto in un testo costituzionale europeo il riconoscimento delle funzioni dei partiti politici (art. 49 Cost.). In Italia le vicende della resistenza antifascista e della guerra di liberazione sotto la guida dei partiti antifascisti riuniti nel Comitato di liberazione nazionale hanno portato il Costituente a dare un rilievo costituzionale esplicito ai partiti, trattati in una sede apposita, attenuando – diversamente dalla coeva Costituzione brasiliana – le spinte alla democrazia protetta e inducendo i costituenti a prevedere soltanto il divieto di ricostituzione del partito fascista (XII disp. trans. fin.). La nostra non rientra dunque fra le «democrazie protette», nelle quali sono previste limitazioni a carico dei partiti che si dimostrino avversari della libertà e della democrazia<sup>4</sup>.

Tutto questo si salda con un sistema delle libertà civili improntato anzitutto sulla più ampia fiducia nell'uomo e nel cittadino, nella capacità delle istituzioni democratiche di assorbire i dissensi più radicali all'ordinamento costituzionale, con piena accettazione dei pericoli che dall'esercizio di quelle libertà possono derivare e con una generale esclusione di qualsiasi *prior restraint*: nessun preavviso per le riunioni aperte in luogo aperto al pubblico, alcuna autorizzazione per le associazioni, nessuna autorizzazione o censura preventiva per la stampa (artt. 17, 2° co.; 18; 21, 2° co. Cost.)<sup>5</sup>.

Bari, 2000, 231 ss.

<sup>4</sup> L'art. 21 è la più importante fra le disposizioni della Costituzione tedesca che fanno della Repubblica Federale Tedesca una «democrazia protetta»; ad esempio, si vedano anche in Croazia art. 128; in Repubblica ceca art. 87; in Repubblica slovacca art. 129; in Slovenia art. 160; in Romania art. 146. Disposizioni costituzionali che prevedono limiti alla libertà di associazione politica, con riferimento specifico al fascismo, sono presenti nella costituzione polacca (art. 13) e portoghese (artt. 46 e 188). Su ciò cfr. G.M. SALERNO, *Le garanzie della democrazia*, in AA.VV., AIC - Annuario 2017, *Democrazia, oggi* (Atti del XXXII Convegno annuale. Modena, 10-11 novembre 2017), Editoriale scientifica, Napoli, 2018, 345 ss., 366 ss., spec. 373 nota 75.

<sup>5</sup> Con la consueta esemplare chiarezza questo sistema è descritto in G. CORSO, *Ordine pubblico nel diritto amministrativo*, in *Digesto - disc. pubbl.*, Utet, Torino, 1995, vol. X, 437 ss. Su questa valutazione complessiva, v. ora, C. PINELLI, *Diritto pubblico*, II ed., Il Mulino, Bologna, 2022, 191 ss., 399 ss.

3. *Inserimento del partito nel sistema di governo e trasformazioni costituzionali nell'opera di Pietro Virga. Posizione del Partito rispetto allo Stato. Rilievo normativo del controllo statale e conseguenze*

Nell'Italia democratica e in piena fase costituente il primo contributo sui partiti politici si deve alla pionieristica monografia di Virga intitolata *Il partito nell'ordinamento giuridico*, un'opera di dettaglio e di approfondimento anzitutto attenta a cogliere l'atteggiamento dello Stato, e quindi dell'apparato autoritario, nei confronti dei partiti, dove si è opportunamente sottolineato che certamente le posizioni giuridiche dei partiti muta con il mutare dell'atteggiamento dello Stato nei loro riguardi, ma è anche vero che proprio perché i partiti sono divenuti strumenti della rappresentanza, le meccaniche della rappresentanza risentono dei sistemi partitici e dell'assetto interno dei partiti che li compongono<sup>6</sup>. E si è detto, anticipando l'orientamento metodologico che combina l'inclusione delle caratteristiche di un sistema di partiti fra le varianti istituzionali delle forme di governo, che il mutare di questi determina alterazioni delle forme di governo rispetto alla loro originaria definizione, per cui esse non possono essere classificate dal punto di vista giuridico, senza tener conto, appunto, dell'azione dei partiti, del loro numero e della organizzazione<sup>7</sup>.

Straordinario, per il tempo in cui apparve, è stato il contributo di Virga alla teoria giuridica del partito politico, malgrado che nella dottrina italiana l'impostazione di Virga è spesso citata per essere oggetto di critiche<sup>8</sup> o di sottovalutazioni<sup>9</sup>. È emblematica la indulgente annota-

<sup>6</sup> P. VIRGA, *Il partito nell'ordinamento giuridico*, cit., 31 e il capitolo V «il Partito come elemento del sistema di governo», anche per la chiara distinzione fra forma di Stato, forma di governo e sistema di governo.

<sup>7</sup> Ovvio il riferimento alla storica voce «*Forme di Governo*» di Leopoldo Elia per il volume diciannovesimo dell'«*Enciclopedia del diritto*», venuta fuori nel 1970, e più volte in seguito ripresa e contestualizzata.

<sup>8</sup> V. ad es. A. NEGRI, *Alcune riflessioni sullo "Stato dei partiti"*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1, 1964, ora ripubblicato senza variazioni con il titolo *Lo Stato dei partiti* in ID., *La forma di Stato. Per la critica dell'economia politica della Costituzione*, Baldini Castoldi Dalai, Milano, 2012, 161 ss., spec. 176-177, e nota 32, 512-513. Per Negri, ai fini di una corretta considerazione della natura giuridica dei partiti, la concezione associativa del partito e quella organicistica («i due momenti dell'integrazione e della subordinazione») non sono tra di loro alternative, ma complementari e solo la loro compresenza

zione critica di Vittorio Emanuele Orlando che, nel suo ultimo e incompleto contributo, in riferimento all'opera di Virga osservava come «La monografia poi, dopo alcune generalità introduttive, affronta subito la ripartizione della materia in maniera che corrisponde nelle sue grandi linee alla ripartizione da noi proposta, e cioè con un capitolo II che considera il partito come associazione e lo studia come tale, cui segue il capitolo III sul “partito come organo statale” che è poi la parte centrale e viva dell'argomento [...]. Dal mio pensiero invero divergono gli altri due capitoli: “il Partito come istituzione” e “il Partito come elemento del sistema di governo”, perché a me sembra che siano da considerarsi compresi ambedue nel capitolo che è la sede giuridicamente propria del partito parlamentare come organo dello Stato, per l'appunto, parlamentare»<sup>10</sup>.

Ciò posto, per quando riguarda il discorso circostanziato sopra il tema che costituisce o costituirebbe la parte più viva del nostro scritto, l'evoluzione della disciplina giuridica fra Stato e partiti proposta da Virga si sviluppa su cinque sistemi: a) *Sistema del divieto generale dei partiti*: lo Stato può vietare la costituzione o l'attività di tutte le associazioni politiche o partiti. È la soluzione adottata nello Stato assoluto e nello Stato patrimoniale e, dietro l'influenza della pregiudiziale individualistica, dalla prima legislazione della Francia rivoluzionaria. b) *Sistema della istituzionalità esterna*: lo Stato si disinteressa dell'organizzazione e della vita dei partiti ma vengono punite con sanzioni penali e di polizia le attività di partito ritenute pericolose per l'ordine pubblico (la valutazione della conformità del partito con i principi istituzionali dello Stato viene effettuata solo con riferimento all'attività esterna esplicata dai partiti). È il sistema proprio dei regimi liberali, i partiti possono essere antiliberali nell'organizzazione e nel programma e rimanere ugualmente leciti. c)

rende chiaro il modello generale (*ibidem: op. cit.*, 176-177); una netta critica alla concezione del partito come istituzione è invece compiuta da F. GALGANO, *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, Artt. 36-42, II ed., Zanichelli-Foro Italiano, Bologna-Roma, 1976, 177.

<sup>9</sup> V. ad es. F. LANCHESTER, *La Costituzione tra elasticità e rottura*, Giuffrè, Milano, 2011, 109.

<sup>10</sup> V.E. ORLANDO, *Sui partiti politici. Saggio di una sistemazione scientifica e metodica*, in *Scritti di Sociologia e Politica in onore di L. Sturzo*, 1953, poi in ID., *Scritti giuridici varii (1941-1952)*, Giuffrè, Milano, 1955, 616-617, nota 5.

*Sistema dell'istituzionalità ideologica – programmatica*: l'ordinamento statale si limita a pretendere che i principi programmatici di partito non contrastino con i principi istituzionali dello Stato (aderenza ai principi informatori della istituzione statale), vietando l'esistenza di partiti che possano minacciare la stabilità di un dato assetto istituzionale. d) *Sistema della istituzionalità interna*: lo Stato detta una disciplina pubblicistica dei partiti, sottoponendoli a registrazione e stabilendo regole al fine di controllare la democraticità dell'organizzazione interna, in particolare vengono sottoposte a controllo statale la designazione delle candidature nelle elezioni politiche e le elezioni interne di partito. e) *Sistema dell'incorporazione o dello Stato-partito*: lo Stato-partito riconosce al partito funzioni pubbliche ai fini della determinazione dell'indirizzo politico, il partito unico diventa istituzione dello Stato e gli altri partiti vengono di conseguenza vietati.

In questa impostazione, l'individuazione a grandi linee del succedersi nell'ordine dei momenti di divieto, agnosticismo, riconoscimento giuridico e incorporazione dei partiti sottende un evidente legame con la sistemazione di Triepel sulla trasformazione dello Stato liberale derivante dall'ampliamento della partecipazione politica nella società di massa<sup>11</sup>. Ma la tipologia di Virga, invero, è stata figlia della situazione internazionale e della metabolizzazione dei dibattiti relativi alle ragioni per cui erano collassate le democrazie liberali negli anni Venti-Trenta. Il crollo durante il periodo tra i due conflitti mondiali degli ordinamenti costituzionali europei, per forze politiche che si erano sviluppate all'interno dei singoli paesi, se dimostrava da un lato l'instabilità delle costituzioni su cui erano basate quelle costruzioni, dall'altro spiegava perché nei sistemi continentali l'adeguamento dei partiti all'ordinamento statale veniva risolto colpendo le attività politiche antiistituzionali nelle loro forme più clamorose (uso di divise, formazioni paramilitari), alle volte emanando leggi particolari contro i partiti comunisti e contro i partiti di tipo nazista nei paesi minacciati dalla Germania hitleriana<sup>12</sup>. Nel nostro ordinamento viceversa l'adeguamento dei partiti all'or-

<sup>11</sup> Si tenga conto che proprio la dottrina di lingua tedesca rappresenti per Virga l'interlocutore privilegiato.

<sup>12</sup> Vaste citazioni di leggi e di dottrina in P. VIRGA, *Il partito nell'ordinamento giuridico*, cit., 212, nota 34; 287-289, note 116-121.

ordinamento statale veniva affrontato in sede costituente e i lavori della costituzione non facevano che riprodurre – sia in sede di lavori della prima sottocommissione e sia in sede di discussioni generali – il contrasto fra l'esigenza del riconoscimento e della regolamentazione dei partiti e la avversione alla disciplina, discordia difficilmente conciliata con l'elaborazione dell'art. 47 del progetto della Commissione dei 75: «Tutti i cittadini hanno diritto di riunirsi liberamente in partiti per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale», norma che si limitava alla formulazione dell'attuale art. 49 Cost., usando «riunirsi» anziché «associarsi».

L'art. 47, nell'opinione di Virga, avrebbe concorso fin dal suo apparire a dare una generica enunciazione dell'esistenza e della funzione dei partiti, i quali non incontrerebbero altro limite se non quello del «metodo democratico», espressione questa che avrebbe inteso sancire nel nostro ordinamento il sistema della istituzionalità esterna, in quanto esso si disinteresserebbe degli scopi perseguiti dai partiti e della loro organizzazione interna, esigendo soltanto che la lotta fra i partiti si svolga sul terreno parlamentare e vietando ai partiti il ricorso a metodi violenti per l'affermazione dei propri principi programmatici<sup>13</sup>.

L'opzione per un sistema di istituzionalità esterna, sostanzialmente imposta dalla «anima» liberale della nostra costituzione, non avrebbe escluso che nel tempo potesse essere emanata una legge che prevedesse l'osservanza del metodo democratico da parte dei partiti, la loro registrazione ed un controllo del loro statuto; semmai, il Maestro palermitano metteva subito in guardia sulle difficoltà giuridiche che incontrano gli strumenti normativi che abbiano lo scopo di controllare i fini o gli statuti dei partiti, o la loro democraticità interna. In via di estrema sintesi, intorno alle anzidette forme di controllo, Virga formulava le seguenti osservazioni: a) il sistema della istituzionalità ideologica-programmatica sconta il limite della impossibilità di un'univoca determinazione giuridica del termine «democrazia» e che quindi è difficile parlare in linea generale di una democraticità dei programmi di partito, perché tale democraticità è del tutto relativa: «Un principio programmatico – sottolinea Virga – che può essere considerato democratico alla stregua di un

<sup>13</sup> P. VIRGA, *Il partito nell'ordinamento giuridico*, cit., 210.

dato ordinamento non lo è per un ordinamento diverso»<sup>14</sup>. Le stesse difficoltà, specularmente, incontrerebbe l'opzione normativa di dichiarare illegali partiti i cui programmi si ispirino a determinati principi dichiarati vietati (ad es. ai principi fascisti); b) il sistema dell'istituzionalità interna richiede che la legge sia chiamata a imporre la conformità degli statuti dei partiti ai principi generali valevoli per l'ordinamento positivo al fine di contrastare la tendenza dei partiti ad assumere una struttura oligarchica o autocratica, ma l'efficacia di tale sistema è però assai limitata. La dettagliata analisi degli statuti dei partiti italiani faceva infatti constatare che non viene mai realizzata la aderenza dell'ordinamento partitico all'ordinamento statale, e la vigilanza dello Stato perché le norme statutarie approvate vengano effettivamente osservate in pratica presenta insormontabili difficoltà a causa della «tendenza oligarchica propria delle associazioni politiche»<sup>15</sup>; c) in senso analogo Virga finisce per ammettere la scarsa efficacia delle legislazioni delle primarie sperimentate nella maggior parte degli Stati del Nord-America allo scopo di sottrarre la designazione delle candidature al controllo delle oligarchie dei partiti e renderla aderente alla volontà libera ed effettiva di tutti i cittadini (*open primary*) o degli aderenti al partito (*closed primary*). Egli aggiunge che l'esperienza pratica ha dimostrato che questo sistema non elimina l'influenza decisiva dei capi-partito, inasprisce le lotte intestine entro i partiti, aggrava il disagio dei cittadini, che sono costretti a recarsi due volte alle urne, aumenta le spese di propaganda finendo per favorire i finanziatori delle campagne elettorali. Questi tratti delle elezioni primarie anziché «assicurare la democraticità della funzione di designazione», finivano «con lo scardinare l'organizzazione del partito, gravemente compromessa dal particolarismo delle iniziative e dei programmi dei singoli candidati»<sup>16</sup>. A questa stregua, ai fautori delle virtù del sistema delle primarie che ascrivono a merito del sistema di impedire il costituirsi di una salda organizzazione di partito, si rilevava che i partiti

<sup>14</sup> P. VIRGA, *Il partito nell'ordinamento giuridico*, cit., 222.

<sup>15</sup> P. VIRGA, *Il partito nell'ordinamento giuridico*, cit., 231. L'analisi di Virga comprende gli statuti dei partiti liberale, democratico-cristiano, comunista, socialista, socialista dei lavoratori italiani e repubblicano.

<sup>16</sup> P. VIRGA, *Il partito nell'ordinamento giuridico*, cit., 237. Per l'attualità di questa analisi cfr. la critica al sistema delle elezioni primarie di Y. MÉNY, *Popolo ma non troppo. Il malinteso democratico*, Trad. it. di G. Mocavini, Il Mulino, Bologna, 2019, 204.

non possono assolvere le funzioni costituzionali che sono loro devolute «senza un'adeguata organizzazione»<sup>17</sup>.

A nessuno può sfuggire come le cose sotto questo aspetto – e lasciando da parte altre considerazioni di sistematica generale sulle quali non è possibile indugiare in questa sede – sono cambiate poco, perché i professionisti della politica dominano i partiti politici e quindi le elezioni oggi così come al tempo della costituente in cui l'attentissimo Virga formulava le sue tesi; e al dire il vero sono dei professionisti che non sembrano meritare molto il nostro rispetto, perché la loro opera non si ispira a particolari ideali e sembra astrarsi da ogni realtà; essi sono privi di scrupolo, spesso esponenti di interessi organizzati non chiari ed usano, come di tanto in tanto rivelano le inchieste della magistratura penale, dei mezzi di lotta illegali o poco puliti<sup>18</sup>.

#### 4. *Gli scritti giuridici di Guido Corso sull'ordine pubblico. Il nesso tra l'art. 21 Cost. e l'art. 49 Cost.: metodo democratico fra i partiti e postulato di neutralità ideologica dell'organizzazione statale*

L'ampio ricorso praticato da Virga alle categorie di ordine politico e sociologico per indagare il funzionamento reale dei partiti politici nei sistemi di governo corrisponde solo parzialmente alla sua formazione di studioso. Egli è autore di diritto costituzionale che si distinguerà per la fedeltà all'impiego del metodo dogmatico giuridico. «Poiché il diritto costituzionale studia gli istituti costituzionali sotto il profilo giuridico, – ha scritto Virga in una pagina del *Diritto costituzionale* – il me-

<sup>17</sup> P. VIRGA, *op. loc. cit.*

<sup>18</sup> È opportuno rammentare che quest'anno ricorrono i trent'anni dalla vicenda Tangentopoli. Comunque la si giudichi oggi, dal punto di vista della politica costituzionale è pressoché pacifico che la vicenda Tangentopoli ha dato un contributo decisivo alla uscita di scena dei partiti sino a quel momento al governo del paese. Ad interrogarsi poi, sulle molteplici ragioni che determinarono il successo dell'indagine condotta dai magistrati del pool della procura di Milano e la scomparsa del sistema partitico, si troverebbero convincenti le spiegazioni di chi, per un verso, attribuisce valore paradigmatico all'incapacità dei partiti più coinvolti di reagire con atti politici al loro «annichilimento psicologico e morale»; e, per altro verso, dall'intenzione politica dei magistrati milanesi di «ingaggiare una guerra giudiziaria contro un sistema corrotto» (G. FIANDACA, *Un'impresa non esemplare*, in «Il foglio», inserto del 17 febbraio 2022).

todo non può essere altro che quello dogmatico giuridico, al quale si è ispirata la prevalente dottrina costituzionalistica italiana moderna [...]. Tuttavia lo studioso del diritto costituzionale non può prescindere dal considerare l'effettivo funzionamento delle istituzioni governative, che spesso è influenzato da organi e forze non disciplinate dal testo scritto (ad es., influenza dei partiti e dei sindacati)»<sup>19</sup>. Non si può non ricordare, almeno, l'impegno costante dedicato al diritto amministrativo e documentato in una trattazione generale dell'intera materia<sup>20</sup>, della quale si sono succedute più edizioni, nella quale il metodo giuridico formale viene messo a frutto come mezzo sicuro di sistemazione di una materia sempre magmatica. Nel diritto amministrativo, certo, Virga ha attinto la sua maturità scientifica, consentendogli anche di creare una scuola palermitana che in quella amministrativistica occupa oggi un posto di rilievo. Mi limito a rammentare Guido Corso, allievo rispettoso delle tradizioni ma aperto al nuovo, che a partire dalla trattazione dell'argomento dell'ordine pubblico ha offerto apprezzabili spunti sistematici sulla scelta istituzionale che sta alla base dell'art. 49 della Costituzione<sup>21</sup>. Per Corso, la normativa costituzionale in tema di partiti politici va interpretata alla luce di un ordinamento costituzionale di democrazia pluralista che, a differenza delle democrazie protette, ammette all'art. 21

<sup>19</sup> P. VIRGA, *Diritto costituzionale*, IX ed., Giuffrè, Milano, 1979, 5-6.

<sup>20</sup> Di cui v., in particolare: *I principi*, VI ed., Giuffrè, Milano, 2001; *Atti e ricorsi*, VI ed., Giuffrè, Milano, 2001; *Amministrazione locale*, IV ed., Giuffrè, Milano, 2003. Sullo spostamento dell'interesse di Virga verso i temi di diritto amministrativo, dopo l'intensissima produzione costituzionalistica tra la fine degli anni Quaranta e i primi anni Cinquanta, v. il percorso tracciato nella *Presentazione degli Scritti in onore di Pietro Virga*, t. I, Giuffrè, Milano, 1984, XI-XX, testo sottoscritto da G. Corso, S. Raimondi, A.A. Romano, F. Salvia e F. Teresi, ma redatto dal prof. G. Corso. Nella stessa *Presentazione* si legge che «Nelle scienze giuridiche (e in genere nelle scienze umane) i maggiori studiosi si dividono in due categorie: i grandi innovatori, coloro che aprono nuove strade spezzando schemi e rovesciando dottrine apparentemente consolidate, e i grandi organizzatori del sapere, coloro che mettono in ordine un materiale informe (dottrinale, giurisprudenziale, legislativo) riconducendolo a sistema. Guido Zanobini è un tipico esponente della seconda categoria, nel periodo tra le due guerre; Pietro Virga è un significativo esempio della stessa categoria, in questo dopoguerra».

<sup>21</sup> G. CORSO, *L'ordine pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1979, spec. 133 ss.; ID., *Ordine pubblico (dir. pubbl.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Giuffrè, Milano, 1980, 1057 ss.; ID., *Ordine pubblico nel diritto amministrativo*, in *Digesto - disc. pubbl.*, cit.

Cost. in modo incondizionato il più vasto dissenso di opinioni, e finanche partiti contrari alle sue stesse premesse ideali fino a quando non traducono tale contrarietà in comportamenti o in forme organizzative vietate dall'art. 18 e dalla XII Disposizione transitoria e finale.

Il limite che il concorso dei partiti incontra nel «metodo» democratico non può dunque non essere accomunato che al rispetto delle regole del gioco *esterne* dal partito (coincidenti con la mancanza di violenza e sopraffazione nei rapporti tra l'una e l'altra forza politica), non ad un programma idealmente democratico e meno ancora ad una organizzazione interna democratica: la democrazia vale «non come contenuto ideale o principio organizzativo doveroso per ciascun partito»<sup>22</sup>.

In termini concreti, la possibilità per i partiti, proprio in quanto libere associazioni, di contribuire alla libera circolazione di tutte le idee e convinzioni politiche, anche le più distanti da quelle comuni, vieta limitazioni che un regime illiberale tranquillamente ammette. L'ordine pubblico, sotto questo profilo, conferma tutto il suo rilievo come ordine materiale (stato di fatto caratterizzato da sicurezza o incolumità), non essendo egualmente ipotizzabile nel nostro ordinamento un ordine pubblico ideale o normativo o costituzionale o democratico, «autonomamente operante come complesso di principi inderogabile operante che limitano situazioni soggettive dei privati e dei gruppi»<sup>23</sup>. «Altro è la

<sup>22</sup> G. CORSO, *Ordine pubblico nel diritto amministrativo*, in *Digesto - disc. pubbl.*, cit., 444.

<sup>23</sup> G. CORSO, *L'ordine pubblico*, cit., 143. L'operazione interpretativa compiuta da Corso si muove in analogia con quella avviata da Carlo Lavagna a metà degli anni '60 con il suo saggio su "Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali", nel senso che entrambe sono accomunate dall'esigenza di rispondere al problema sostanziale relativo alla presenza, o meno, nel sistema della Costituzione, del tradizionale, quanto complesso e discusso concetto di ordine pubblico. Come bene mette in luce lo stesso C. LAVAGNA, *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, in *Dem. dir.*, 1967 ed ora in ID., *Ricerche sul sistema normativo*, Giuffrè, Milano, 1984, 125 ss., spec. 139-140, un ordinamento democratico non può proteggere nessun interesse, e nemmeno se stesso attraverso un preteso ordine pubblico ideale: «Per cui ad ogni interesse costituzionalmente protetto, deve corrispondere una precisa normativa ed un preciso meccanismo di tutela, congruamente finalizzati», specie nelle società eterogenee o aperte, come la nostra, «in cui alla base del sistema e degli stessi principi fondamentali sta il metodo democratico, come continua pacifica possibilità di interventi di tutti gli individui nella valutazione e nella determinazione delle strutture politiche e sociali, al

difesa di quest'ordine – sottolinea Corso – contro gli attacchi violenti diretti a sovvertirlo, che è un dovere implicato nella fedeltà alla repubblica e nella osservanza della Costituzione, altro è la pretesa di escludere dal dibattito i principi democratici e di bandire ogni opinione volta ad oppugnarli o a irridarli»<sup>24</sup>.

Ciò significa, in via generale, che fra gli scopi del nostro ordinamento giuridico non può esser posto al di sopra di tutti gli altri il mantenimento di una «pace sociale», che non può essere supposta come già esistente; e significa, in modo particolare, che la garanzia del dissenso deve essere estesa senza timore, fino a tutelare forme e manifestazioni anche fra più radicali e anticonformistiche di esso<sup>25</sup>. Ciò, del resto, dovrebbe essere addirittura ovvio, in un sistema costituzionale come il nostro ove il compromesso iniziale fra le parti stabilisce solo un minimo di regole di comportamento, che implica la autorizzazione a conservare la libertà della espressione e della propaganda ideologica: vale a dire sia dei fini che dei mezzi, attraverso i quali gli obiettivi delle singole formazioni politiche appaiono perseguibili. Un concetto di ordine pubblico che, di fatto, comprime l'espressione del dissenso e ostacoli il mutamento, sia pure in nome della sicurezza, rischia sempre di risolversi, prima o poi, nella tutela dell'ideologia e degli interessi dei gruppi che detengono il potere.

Entro questo ambito rigorosamente rispettoso dell'esercizio dei diritti politici e delle libertà costituzionalmente garantite, la giustapposizione tra ordine pubblico *materiale* e ordine pubblico *ideale* consente quindi di meglio precisare il contenuto dell'art. 49, il quale certamente non permette al legislatore di preventivamente conformare il dispiegarsi dei partiti, anche seppure soltanto indirettamente, elidendo lo spazio

fine di realizzare sistemi di vita sempre più equi e produttivi».

<sup>24</sup> G. CORSO, *L'ordine pubblico*, cit., 142.

<sup>25</sup> Il punto è stato ripetutamente sottolineato: v. per esempio N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco*, Einaudi, Torino, 1984, 53 («in un regime fondato sul consenso non imposto dall'alto, una qualche forma di dissenso è inevitabile, e che soltanto là dove il dissenso è libero di manifestarsi il consenso è reale, e che soltanto là dove il consenso è reale il sistema può dirsi a buon diritto democratico»). Sull'importanza del dissenso ai fini dello sviluppo del costituzionalismo, v. ora T.E. FROSINI, *La dimensione costituzionale del consenso popolare*, in *Rass. parl.*, n. 1, 2022, 26.; ID., *Seduti dalla parte del disaccordo*, in *Percorsi cost.*, n. 1, 2019, 3 ss.

entro il quale essi possono liberamente svilupparsi e quindi altrettanto liberamente determinare la loro struttura interna.

Tutto questo a sua volta trova causa ed effetto in quel punto di partenza che – più e meglio di altri è evidenziato nel discorso di Corso – le società democratiche, per il pieno riconoscimento delle libertà civili, postulano o subiscono un certo grado di «disordine» rispetto a società organizzate autoritariamente o totalitariamente<sup>26</sup>. E, tuttavia, quanto più si fa acuta la conflittualità politica e sociale, tanto più costituisce un'esigenza fondamentale salvaguardare l'ordine pubblico in un quadro d'insieme che non solo sia rigorosamente rispettoso delle garanzie costituzionali, ma capace, altresì di salvaguardare, con la sicurezza della collettività, anche i presupposti dell'evoluzione costituzionale<sup>27</sup>.

*5. Natura storicamente condizionata della posizione di Virga sulla regolazione dei partiti e stretta dipendenza della qualificazione giuridica del partito dalla soluzione del problema del partito antisistema. Precisazioni critiche*

Nella monografia sui partiti politici Virga, come già detto, dopo aver richiamato le difficoltà giuridiche e politiche di un intervento del legislatore nella materia dei partiti, si preoccupa subito di mettere in evidenza come con l'ingresso del nuovo regime repubblicano sarebbe stato opportuno garantire con legge se non la democraticità dei fini, almeno la democraticità della organizzazione interna. Cosa possibile solo con una modificazione strutturale, del genere di quella proposta da Mortati nel periodo di elaborazione della Costituzione (dalla relazione alla commissione «per la riorganizzazione dello Stato», al lavoro intitolato *La Costituente*<sup>28</sup>, agli emendamenti presentati nel corso dei lavori preparatori che precedettero l'approvazione dell'art. 49)<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> G. CORSO, *Ordine pubblico (dir. pubbl.)*, in *Enc. dir.*, cit., 1083.

<sup>27</sup> Cfr. C. LAVAGNA, *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, cit., 140.

<sup>28</sup> C. MORTATI, *La Costituente. La Teoria. La Storia. Il problema italiano*, Darsena, Roma, 1945, ora in ID., *Raccolta di Scritti*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1972, 3 ss.

<sup>29</sup> Sul contributo di Mortati alla Costituente e sulla posizione assunta sulla disciplina giuridica dei partiti politici v., tra i tanti, F. BRUNO, *I giuristi alla Costituente: l'opera*

La positiva regolamentazione dei partiti cercava di risolvere uno dei massimi problemi che le analisi accademiche e le prospettive di innovazione istituzionale del tempo provavano ad affrontare, ottenere cioè che i partiti, elementi nel sistema costituzionale statale, non cerchino di distruggerlo<sup>30</sup>; come lo stesso Virga scrive «il sistema dell'istituzionalità esterna, se è il più conforme ai principi di un assoluto liberalismo ed ha anche fatto buona prova in un'epoca in cui i partiti, dotati come erano di una rudimentale organizzazione avevano scarso rilievo, si appalesa però inefficace contri i partiti antiistituzionali e non più rispondente all'attuale evoluzione dello Stato moderno caratterizzato dall'affermarsi di potenti organizzazioni di partito capaci di compromettere la stabilità del regime»<sup>31</sup>. In aderenza con le impostazioni mortatiane, Virga aveva analizzato, tra gli altri, la somma di esperienze storiche del periodo «fra le due guerre» e gli esperimenti costituzionali di vari paesi europei, lo Stato-partito e lo Stato autoritario, e constatato come il crollo di molti sistemi liberali e democratici provenisse da partiti antisistema ed aveva prospettato prognosi infauste per gli ordinamenti che non avessero riconosciuto e delimitato la sfera dei partiti<sup>32</sup>.

*di Costantino Mortati*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, t. II, Il Mulino, Bologna, 1980, 59 ss., spec. 153-157; ID., *La Costituzione di Weimar e la Costituente italiana*, in F. LANCHESTER e F. BRANCACCIO (a cura di), *Weimar e il problema politico-costituzionale italiano*, Giuffrè, Milano, 2014, 95 ss., spec. 107 ss.; e P. RIDOLA, *Democrazia e rappresentanza nel pensiero di Costantino Mortati*, in M. GALIZIA e P. GROSSI (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milano, 1990, 259-300.

<sup>30</sup> Di qui l'esigenza di una loro disciplina particolareggiata dell'organizzazione interna, nonché della regolamentazione giuridica delle procedure di formazione delle liste nonché della pubblicità dei fonti di finanziamento così che essi possano riuscire ad assumere un compito educativo per la partecipazione dei singoli alla vita politica e di selezione dei dirigenti, e della prescrizione di requisiti minimi di estensione e consistenza, per poter partecipare alla formazione degli organi statali (cfr. C. MORTATI, *Relazione sui diritti pubblici subiettivi, Relazione all'Assemblea Costituente della Commissione per gli studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato istituita presso il Ministero della Costituente*, vol. I (*Problemi costituzionali e organizzazione dello Stato*), Roma, 1946, ora in ID., *Raccolta di Scritti*, vol. I, cit., 603-675, spec. 664-669).

<sup>31</sup> P. VIRGA, *Il partito nell'ordinamento giuridico*, cit., 212-213.

<sup>32</sup> Sul punto, in sintesi, F. LANCHESTER, *Weimar e Bonn viste dall'Italia nell'ultimo novantennio*, in *La Costituzione di Weimar e la Costituente italiana*, cit., 13, che esattamente sottolinea che, durante il periodo costituzionale transitorio, l'esperienza weima-

Si osserva di contro che l'evoluzione del sistema italiano è stata nel senso di accrescere le forze dei partiti di massa; e che ad una regolazione per legge sembrava infatti difettare, allora, sia il presupposto che l'avrebbe resa possibile, e cioè il consenso delle forze politiche presenti nell'ordinamento e il timore di esasperare il rapporto maggioranza-opposizione, sia la condizione che l'avrebbe potuta rendere opportuna, e cioè l'omogeneità dell'ordinamento stesso<sup>33</sup>. E qui è opportuno ricordare come in seguito prevalse per decenni un'opinione del tutto opposta a quella di Virga orientata nel senso di limitare il controllo sulla democraticità dei partiti alla sola attività esterna e fondando questa interpretazione su diversi e validi argomenti (l'interpretazione letterale ed esame dei lavori preparatori dell'art. 49, la comparazione tra quest'ultima norma con l'art. 39, l'incognita di emanare norme inefficaci, i rischi di abusi e interferenze)<sup>34</sup>. Su questa linea, come già si diceva, converge Corso a cui la ricostruzione della figura dell'ordine pubblico offre l'opportunità di illustrare, attraverso una specola significativa, ma circoscritta e, proprio per questo in grado di rinviarne un'immagine particolarmente nitida, i tratti essenziali delle coordinate attraverso le quali l'odierno interprete perviene alla formulazione dei limiti della regolazione statutale del partito. Principi e «spirito» della Repubblica democratica garantiscono ai partiti politici l'eguale libertà di manifestazione dei pensieri politici assicurata ai singoli incondizionatamente, la pari situazione e disciplina dei partiti non subisce alcuna deroga, per un verso, dall'art. 49, e dalla stessa XII disp. trans. fin.

È certo che il giudizio negativo di Virga del 1948, fondato sulla premessa che i costituenti avessero sbagliato a non disciplinare il partito visto l'esistenza di organizzazioni pronte a prevaricarsi, sarebbe stato

riana venne analizzata in Italia come il punto centrale di uno «psicodramma individuale e collettivo», legando, «l'analisi del contesto sociale e politico tedesco al dramma europeo del crollo delle democrazie».

<sup>33</sup> Questa è una spiegazione che storicamente trova argomenti generalmente accettati. In questo senso, già E. CHELI, *Il problema storico della Costituente*, ora in *Costituzione e sviluppo delle istituzioni in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1978 (ma l'anno di prima pubblicazione è il 1973), 56 ss.

<sup>34</sup> Per la posizione della dottrina nel primo decennale della promulgazione della Costituzione v. in modo particolare di E. CHELI, *Intorno al problema della regolazione dei partiti politici*, in *Studi senesi*, 1958, 234 ss.

smentito dalla evoluzione costituzionale successiva. La Costituzione sarebbe riuscita a condurre le forze politiche e la collettività nel suo insieme a uno stadio di convivenza pacifica, ad una piena adesione al sistema, nonostante le frequenti occasioni di dure battaglie che certamente vi sarebbero state. Ha fatto ricorso ad una ripartizione delle funzioni, ad un complicato sistema di pesi e contrappesi, ad una frammentazione delle forze, che avrebbe determinato un mutamento in senso democratico anche dei partiti che all'epoca rispetto al sistema apparivano come antagonisti<sup>35</sup>. E lo stesso sarebbe avvenuto per i sindacati: ricondotti nell'ordine, spuntati di ogni velleità rivoluzionaria, si inseriranno nell'esercizio del potere, assunti formalmente nei procedimenti di normazione pubblica ai vari livelli di contrattazione collettiva, diventeranno interlocutori necessari nelle grandi decisioni di governo che riguardavano lo sviluppo dell'economia del Paese<sup>36</sup>. Altro che forze «sopra» la Costituzione! Partiti politici e sindacati, invece, che la Costituzione, ed il sistema che ne deriva, riconducevano con fermezza e talvolta con rigore al proprio modello. Ebbene, i nostri costituenti meritano che si continui a riconoscere loro questo enorme successo.

<sup>35</sup> «La preoccupazione prevalente di garantire la sopravvivenza di tutte le forze politiche aveva condotto i costituenti ad applicare una costruzione istituzionale a vocazione pluralista e liberaldemocratica su di un ambiente politico scarsamente ricettivo a tale tipo di architettura. Questo ambiente, per le profonde fratture che venivano a caratterizzare le sue basi economiche e sociali, si presentava di fatto in prevalenza orientato, almeno nelle sue componenti dominanti, non verso ipotesi di convivenza ideologica, ma verso sbocchi di natura integralista». In fasi di questo genere, «la tentazione autoritaria tende sempre a mantenersi molto alta e la sopravvivenza di un metodo di gestione pluralista del potere resta in definitiva condizionata alla possibilità di conservare certe condizioni di equilibrio effettivo tra le forze politiche che più si combattono»: così E. CHELLI, *Il problema storico della Costituente*, cit., 60.

<sup>36</sup> A titolo del tutto semplificativo, sulla trasformazione e sul ruolo dei sindacati, vedi il polemico saggio di S. FOIS, *Sindacati e sistema politico: problematica di un rapporto e implicazioni costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1977, *passim*; come pure i saggi di Giuseppe Federico Mancini raccolti in *Costituzione e movimento operaio. L'a.* commentando la celebre sentenza n. 290 del 1974 della Corte costituzionale, in cui si attribuiva un ampio spazio di liceità allo sciopero politico, osservava che a partire da quella pronuncia «la nostra non è più solo una democrazia rappresentativa»: G.F. MANCINI, *Sindacato e Costituzione trent'anni dopo*, in ID., *Costituzione e movimento operaio*, Il Mulino, Bologna, 1976, 180.

6. *Il saggio Mazzamuto su partiti, movimenti, democrazia diretta e divieto di mandato imperativo*

Un apporto alla discussione sul punto è stata fornita più di recente da Marco Mazzamuto che, in un saggio dal titolo *Partiti, movimenti, democrazia diretta e divieto di mandato imperativo* pubblicato all'interno di un volume collettaneo su *La democrazia diretta in Italia, Polonia e Unione europea*<sup>37</sup>, ha posto al centro della sua attenzione il tema del rapporto tra partiti politici e democrazia, anche qui andando oltre il piano della mera suggestione per affrontarlo, viceversa, in tutta la sua complessità e attualità. Nel saggio Mazzamuto si preoccupa subito di mettere in evidenza come la persistente asimmetria tra la rilevanza sostanziale dei partiti politici e la laconicità della loro disciplina formale abbia prodotto profonde difficoltà sia dal punto di vista del modo di essere dell'argomentazione giuridica, dal momento che il giurista si trova davanti a una rigida contrapposizione tra «limitarsi all'analisi degli scarni dati di diritto positivo, con il rischio di cadere in un discorso troppo asfittico, o aprire il ragionamento a considerazioni politologiche e sociologiche, con il rischio questa volta di una dispersione del *logos* giuridico»<sup>38</sup>; sia dal punto di vista dell'interpretazione costituzionale i cui tradizionali criteri interpretativi si rilevano

<sup>37</sup> M. MAZZAMUTO, *Partiti, movimenti, democrazia diretta e divieto di mandato imperativo*, in G.C. DE MARTIN, A. SZMYT, P. GAMBALE, M. SEROWANIEC (a cura di), *La democrazia diretta in Italia, Polonia e Unione europea* (Atti del VII Colloquio italo-polacco sulle trasformazioni istituzionali), Roma, 2020, 91-111. Il saggio è apparso anche sulla rivista «Diritto e società» nel 2018, fasc. 2, 107-126.

<sup>38</sup> M. MAZZAMUTO, *Partiti, movimenti, democrazia diretta*, 91. Preoccupazione che non è mai stata abbandonata dalla nostra scienza giuridica nella trattazione di questioni che involgono i partiti politici. Non è privo di significato che Virga, nel suo contributo del 1948, osservava come: «Una delle principali cause di incertezze e di errori che ha intralciato l'indagine giuridica in questo campo, è da ricercare nel fatto che i giuristi si sono finora limitati, salvo rare eccezioni, ad accettare per le loro costruzioni, le nozioni empiriche che la sociologia offriva in ordine ai partiti, senza approfondire la intima natura giuridica e le funzioni giuridiche che ai partiti stesso vengono dall'ordinamento attribuito» e che le nozioni sociologiche del partito politico possono accogliersi «per delineare una figura della fenomenologia costituzionale, ma non è di per sé indicativa ai fini della natura giuridica del partito» (P. VIRGA, *Il partito nell'ordinamento giuridico*, cit., 14 e 17).

di difficile applicazione a fronte di quella oscurità verbale rappresentata dal riferimento al «metodo democratico» di cui all'art. 49 Cost.

Da qui il problema di ciò che debba intendersi per «metodo democratico» ai fini dell'interpretazione dell'art. 49, se debba essere riferito al versante della vita interna degli stessi partiti ed alle condizioni dei loro iscritti o, viceversa, a quello della loro proiezione esterna riguardo ai rapporti con le altre formazioni politiche. Orbene, ad avviso di Mazzamuto, la corretta interpretazione è nel senso che il «metodo democratico» debba ritenersi confinato al versante esterno dei partiti, appoggiandosi sulla chiara scelta astensionistica in sede di Assemblea costituente rispetto ad un intervento sulla organizzazione dei partiti e dalla forte spinta in questo senso provocata negli ultimi anni dalla giurisprudenza costituzionale, che chiarisce che i partiti sono organizzazioni della società civile che ispirano dall'esterno del cosiddetto stato-persona la politica nazionale e, pur potendo essere individuati dalla legge ordinaria come destinatari di talune funzioni pubbliche, non sono qualificabili come poteri dello Stato, requisito quest'ultimo necessario per la legittimazione a sollevare un conflitto di poteri di fronte al giudice costituzionale.<sup>39</sup>

È vero che le più moderne tendenze dottrinarie sono propense alla regolamentazione giuridica dei partiti, prevalenti rispetto al passato anche a causa della diffusa constatazione di una crisi della rappresentanza politica, ma, come Mazzamuto chiarisce in modo esemplare, per un concetto come «metodo democratico», sia nel genere, che nella specie, «il cui significato e le cui applicazioni sono così controversi ed in assenza di una vincolante definizione costituzionale, non si vede quali possano essere i margini di un'azione legislativa». I concetti di questo tipo possono essere formulati dal legislatore, ma il volere imporre ex-ante un modello di democraticità interna valevole per tutti i partiti politici espone quest'ultimo o al rischio di incorrere in «immediati dubbi di costituzionalità», o a quello di apprestare un intervento del tutto generico, dunque di «valenza soltanto simbolica»<sup>40</sup>. Tanto è vero che il decreto-legge 28 dicembre 2013, n. 149, conv. dalla legge 21 febbraio 2014, n. 13, pur prevedendo una serie di disposizioni per assicurare la democra-

<sup>39</sup> Per un esame della quale v. G. RIVISECCHI, *I partiti nella giurisprudenza costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, 2016.

<sup>40</sup> M. MAZZAMUTO, *Partiti, movimenti, democrazia diretta*, 96.

ticità dei partiti, non ha fornito soluzione normativa al deficit di democrazia che affligge i partiti italiani<sup>41</sup>.

Subito dopo Mazzamuto si misura con il problema della realizzabilità della democrazia diretta nei partiti e di come quest'ultimi possono farsi anche strumenti di democrazia diretta nelle istituzioni, con il superamento, insieme con il costituzionalismo liberale, anche della idea, complementare, del divieto del mandato imperativo<sup>42</sup>. Qui, per ragioni che non potremo affrontare data l'ampiezza del tema, il discorso di Mazzamuto si fa particolarmente polemico ma anche particolarmente ricco di implicazioni filosofiche e politiche più generali. Infatti, come è noto, questa esigenza di democrazia diretta e dell'introduzione del mandato imperativo nei partiti culmina nell'attuale vitalità di partiti e movimenti (come in Italia il Movimento 5 Stelle) di orientamento sovranista o populistico<sup>43</sup>. La rete<sup>44</sup> – attraverso questi partiti – fornisce lo strumento essenziale per inverare la visione di una democrazia «assoluta» in cui ciascuno è costruttore della legge, direttamente, senza mediazioni (e qui l'enfasi della democrazia diretta). Questa circostanza dà nuova attualità a un problema non nuovo nella storia del costituzionalismo: l'insoddisfazione per il funzionamento della democrazia rappresentativa ha portato spesso le forze politiche a delegittimare le istituzio-

<sup>41</sup> La dottrina è pressoché concorde nell'evidenziare lo scarso impatto dell'intervento normativo sulla democrazia interna nei partiti (vedi ad es. F. SCUTO, *La democrazia interna nei partiti: profili costituzionali di una transizione*, Giappichelli, Torino, 2017, 102 ss., 146 ss., 264 ss.).

<sup>42</sup> La letteratura sul punto è sconfinata: sulla «politicizzazione integrale dell'uomo» e la «risoluzione dell'uomo nel cittadino», che discenderebbe da un abuso della democrazia diretta, cfr. comunque N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, cit., 31.

<sup>43</sup> Sulle «mille facce» del populismo cfr. ancora Y. MÉNY, *Popolo ma non troppo. Il malinteso democratico*, cit., 160 ss.

<sup>44</sup> Condivisibilmente, F. POLITI, *Democrazia deliberativa e rappresentanza politica. L'esperienza francese del débat public ed il dibattito sulla democrazia in Europa. Relazione introduttiva*, in ID. (a cura di), *Democrazia deliberativa e Rappresentanza politica. L'esperienza francese del débat public ed il dibattito sulla democrazia in Europa* (Atti del Convegno italo-francese Università degli Studi dell'Aquila, 24 ottobre 2019), Giappichelli, Torino, 2022, 20, osserva che: «La “democrazia digitale” accentua tutti gli aspetti negativi della democrazia diretta, giacché, all'affermazione di una logica meramente binaria, aggiunge l'accantonamento dell'idea del confronto e della possibilità di individuazione e di elaborazioni di soluzioni di sintesi».

ni nel loro complesso e a enfatizzare al massimo grado la democrazia diretta, disdegnando mediazioni e compromessi<sup>45</sup>. Mazzamuto fornisce alcune importanti precisazioni in ordine al modo di essere e di operare dei principi della democrazia costituzionale, evidenziandone le ragioni che depongono in favore della priorità assiologica della democrazia rappresentativa rispetto alla democrazia diretta<sup>46</sup>.

È molto importante sottolineare, ai fini della conclusione del discorso, come per Mazzamuto una delle sfide più importanti con cui il costituzionalismo democratico si deve oggi misurare è costituito non tanto dall'abbandono delle posizioni evidenziate dai teorici dello Stato dei partiti *à la* Leibholz, che poi sono anche quelle contro cui Mazzamuto polemizza, quanto nel superamento di una cultura giuridica che si è «troppo ideologicamente concentrata sulla realizzazione della democrazia e, con un una sorta di riduzionismo, ha finito per leggere ogni istituto in questa chiave, smarrendone o volendone smarrire il più fine significato garantista»<sup>47</sup>.

### *7. Considerazioni conclusive su ideale democratico e regolamentazione statale dei partiti politici*

Concludo il mio scritto chiarendo che la scuola di diritto pubblico di Palermo è senz'altro riconducibile all'opera di un comune capostipite (Virga), ma i giuristi lì nati e cresciuti non sembra siano riconducibili all'opera di un comune metodo scientifico. Tuttavia, i contributi dei tre

<sup>45</sup> La critica alla democrazia rappresentativa si è spesso tradotta nella critica dello «stato parlamentare». Sull'antiparlamentarismo «come una sorta di fiume carsico che attraversa la storia delle istituzioni italiane», v. per altro T.E. FROSINI, *L'antiparlamentarismo e i suoi interpreti*, in ID., *Declinazioni del governare*, Giappichelli, Torino, 2018, 145.

<sup>46</sup> Per la netta affermazione del primato assiologico della democrazia rappresentativa si leggano gli scritti di M. MANETTI, *Costituzione, partecipazione democratica, populismo*, 3 ss.; P. CIARLO, *Democrazia, partecipazione popolare e populismo al tempo della rete*, 41 ss.; G. GEMMA, *Note critiche sulla ideologia radicale della democrazia*, 641 ss., raccolti in AA. VV., AIC - Annuario 2017, *Democrazia, oggi*, cit., e soprattutto v. la relazione conclusiva di A. D'ATENA, *Tensioni e sfide della democrazia*, 683-704, *ivi*, spec. 700, al quale si rinvia anche per altri riferimenti.

<sup>47</sup> M. MAZZAMUTO, *Partiti, movimenti, democrazia diretta*, cit., 103.

giuristi palermitani in tema di partiti e democrazia, pur elaborati in epoche e con metodi diversi, sono accomunati da uno spirito critico immune da dogmatismo eppure attento alle esigenze sistemiche e ricostruttive, ed offrono uno stimolo permanente per aggiornare un sistema concettuale e normativo il cui campo è invaso da equivoci, incertezze, ed approssimazioni, in una certa misura inevitabili, ereditati dal permanere del carattere «ambiguo» delle funzioni e della posizione giuridica del partito politico<sup>48</sup>.

Formulata la sua diagnosi delle difficoltà e contraddizioni tra cui la democrazia nei partiti si dibatte, Virga si prodigava per proteggerla e irrobustirla, ma avvertendo che ciò impone al giurista «un compito estremamente arduo» in quanto per tale opera occorrerebbe, in una prima fase, risalire ai principi generali dell'ordinamento giuridico e successivamente bisognerebbe indagare se le varie norme statutarie dei partiti politici siano conformi ai principi generali<sup>49</sup>. Tutt'altro è l'atteggiamento di Corso e di Mazzamuto. Quest'ultimo critica l'ambizione di attuare l'ideale democratico all'interno dei partiti. Sulla democrazia interna ai partiti non c'è da far conto. La norma dettata in modo espresso dal legislatore costituzionale in questa materia è scarna. L'estrema laconicità del costituente è accompagnata dalla perdurante assenza di una apprezzabile disciplina normativa della vita interna dei partiti, ciò rende meno agevole la risposta alla domanda di democrazia nella vita dei partiti politici che oggi viene avanzata sempre più spesso<sup>50</sup>.

Fondata sull'accettazione senza riserve del pluralismo, e perciò del compromesso, dalla massima espansione delle libertà civili e politiche del cittadino, quella di Corso è un'esemplare illustrazione del paradigma democratico accolto nella metà del Novecento dalla nostra Repubblica. Questa idea della libertà, in particolare in quelle di riunione, di

<sup>48</sup> V. su questo le osservazioni di F. LANCHESTER, *Il problema del partito politico: regolare gli sregolati*, in *Quad. cost.*, n. 3, 1988, 437.

<sup>49</sup> P. VIRGA, *Il partito nell'ordinamento giuridico*, cit., 225.

<sup>50</sup> In questa prospettiva risultano particolarmente significativi i suggerimenti avanzati da Frosini per la regolamentazione interna dei partiti (cfr. T.E. FROSINI, *Regolare i partiti per rilanciare i partiti*, in ID., *Declinazioni del governare*, cit., 112 ss.). V. inoltre F. SCUTO, *La democrazia interna nei partiti*, cit., 129 ss.; G. IORIO, *Profili civilistici dei partiti politici. Statuti, prassi, tecniche legislative*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2018, 313 ss.

associazione, di manifestazione del pensiero e di partecipare a partiti politici, come fondamento della democrazia porta con sé il corollario che l'imposizione di regole ispirate al fine di salvaguardare la democrazia interna possano senza dubbio collidere con la libertà programmatica e organizzativa dei partiti. Si spiega, allora, perché, in questo contesto, il limite che il concorso dei partiti incontra è segnato dal «metodo democratico»: «non nel “programma” (che può essere non democratico) né dell’organizzazione” interna, che può essere antidemocratica, purché venga rispettata la posizione del singolo all’interno della formazione sociale (art. 2)»<sup>51</sup>. Entro questi limiti - e purché i partiti non compiano atti diretti ad imporre con violenza i loro programmi - la nostra Costituzione riconosce la liceità dei partiti non democratici nell’organizzazione e nel programma. Ecco perché una legge che imponga dall’esterno principi democratici ai partiti, magari fissandone la misura e le forme, potrebbe finire essa stessa per intaccare l’autonomia dell’associazione politica, che si concreta nel ripudio del dibattito delle idee e nel monismo politico.

Un discorso non dissimile, nell’impostazione e negli esiti, è compiuto da Corso nel 2020 per la democrazia all’interno del mondo produttivo e della realtà economica<sup>52</sup>. Da teorico della democrazia liberale gli appaiono poco solidi i tentativi di prestigiosi studiosi rivolti a fondare proprio sul testo costituzionale la vigenza di un «governo democratico dell’economia»<sup>53</sup>. Ebbene, di fronte a simili tentativi, Corso non si ritrae

<sup>51</sup> G. CORSO, *L’ordine pubblico*, cit., 142-143.

<sup>52</sup> G. CORSO, *Ideologie e interpretazione giuridica*, in *Ragion pratica*, fasc. I, 2020, 125 ss.

<sup>53</sup> Operazione questa nella quale, come è noto, la dottrina giuridica italiana si è distinta grazie ai contributi di Francesco Galgano. Al riguardo v., almeno, il denso quadro delineato in F. GALGANO, *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA, *Rapporti economici*, II, *Artt. 41-44*, Zanichelli-Foro italiano, Bologna-Roma, 1982, 44-45: «Se la libertà politica è la libertà del cittadino di concorrere attraverso i partiti, alla determinazione della politica nazionale (art. 49), le norme costituzionali sui rapporti economici ne ampliano i tradizionali contenuti: esse fondano il diritto del cittadino a concorrere alla determinazione della politica economica nazionale e, per il tramite di questa, della politica economica delle imprese». Di ciò, secondo l’illustre A., si deve tener conto anche nel ridefinire la libertà economica: «essa non è più una libertà che si esprime in un mondo soltanto suo, separato dal mondo nel quale si esprimono le altre libertà; deve essere ricostruita come *libertà fra le libertà*, come libertà che si realizza dialetticamente,

dall'interrogarsi: «Ci si chiede come un governo democratico dell'economia, quindi una decisione a maggioranza nella determinazione dei fini "sociali" dell'attività economica, si concili con la natura di "libertà" della iniziativa economica privata. Che ne diremo di un governo democratico della libertà di associazione o della libertà religiosa, ossia di una decisione a maggioranza sulle associazioni ammesse o sulle fedi religiose consentite?»<sup>54</sup>. Interrogativi forse senza speranze per i fautori dell'ideale democratico in organismi sociali oltre che dello Stato, ma certo senza illusioni.

nel rapporto con le altre libertà, del cittadino, e anzitutto nel rapporto con la libertà politica».

<sup>54</sup> G. CORSO, *Ideologie e interpretazione giuridica*, cit., 136.



LUCIANA DE GRAZIA

ALCUNE RIFLESSIONI SULL'INDIPENDENZA GIUDIZIARIA  
NEL CONTESTO EUROPEO

SOMMARIO: 1. L'indipendenza del potere giudiziario e la supremazia della legge. – 2. L'indipendenza del potere giudiziario e il ruolo dei giudici nel sistema politico costituzionale ed europeo. – 3. L'indipendenza del potere giudiziario come principio di raccordo tra l'effettività della protezione giudiziaria e il principio di *rule of law*. – 4. L'indipendenza giudiziaria e la tutela multilivello. – 5. L'indipendenza degli organi di garanzia dell'indipendenza giudiziaria nella giurisprudenza europea. – 6. I criteri elaborati a livello europeo per garantire l'indipendenza dei Consigli di giustizia. – 7. Conclusioni.

1. *L'indipendenza del potere giudiziario e la supremazia della legge*

L'indipendenza del potere giudiziario costituisce uno dei capisaldi dello Stato di diritto e la sua effettività concretizza il principio della separazione dei poteri che di questo ne è l'essenza.

L'importanza dell'indipendenza del potere giudiziario è risalente nel tempo e la sua evoluzione va di pari passo con quella del costituzionalismo, essendo strumento indispensabile per il raggiungimento delle finalità a cui questo tende: porre limiti ai pubblici poteri a tutela delle libertà.

La rilevanza di tale principio si era già affermata, infatti, nel costituzionalismo inglese al fine di porre limiti al potere del sovrano e aveva trovato riconoscimento nell'Act of Settlement del 1701, attraverso l'affermazione del principio dell'inamovibilità formale dei giudici. Tale previsione normativa, peraltro, stabilizzava il principio di *rule of law*, utilizzato qualche tempo prima da sir Edward Coke, Chief Justice del King's Bench, per affermare la soggezione del sovrano alla *law of the land*. Neanche il sovrano, infatti, poteva considerarsi *supra legem*, né gli si riconosceva l'autorità a partecipare alle decisioni delle corti<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> U. MATTEI, E. ARIANO, *Il modello di Common Law*, Torino, 2018, 22 ss.; R. SAC-

Il percorso per il riconoscimento dell'indipendenza del potere giudiziario aveva preso le mosse dalla volontà di affermare la supremazia della legge contro le pretese assolutistiche degli Stuart, per la necessità di contenere e limitare i poteri del sovrano che, come tutti gli altri sudditi, non poteva avere altre prerogative se non quelle concesse dalla legge stessa<sup>2</sup>. Essa, peraltro, trovava limiti in un substrato di usi e consuetudini a cui tutti, compresi i pubblici poteri, dovevano restare vincolati. Era poi affidato ai giudici, come è proprio della tradizione di common law, il compito di far vivere e consolidare in modo duraturo il diritto attraverso le proprie decisioni.

Anche nell'esperienza rivoluzionaria francese l'indipendenza del potere giudiziario era collegata alla supremazia della legge, ma ben diverso era il contesto giuridico di riferimento. La centralità della legge derivava, in tal caso, dal fatto di essere espressione della volontà della nazione<sup>3</sup> e, quindi, il potere legislativo che era chiamato a manifestarla doveva agire in autonomia, senza subire ingerenze.

Come è noto, l'idea che la funzione giurisdizionale dovesse essere esercitata da organi distinti rispetto al potere legislativo ed esecutivo è ricondotta all'opera di Montesquieu<sup>4</sup> ed è, poi, con l'art.16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 che si è posto il legame tra il principio della separazione dei poteri e la stessa nozione di Costituzione<sup>5</sup>.

CO, *Modelli notevoli di società. I. Cardozo Lectures in Law*, Padova, 1991, 23.

<sup>2</sup> S. BARTOLE, *Il potere giudiziario*, Bologna, 2008, 8.

<sup>3</sup> R. CARRÉ DE MALBERG, *La Loi, expression de la volonté générale*, Paris, 16.

<sup>4</sup> C.L. DE MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, Libro IX, Milano, 1989. È altresì noto come il pensiero espresso nell'*Esprit de lois* abbia dato origine a teorie distinte, volte ora a rafforzare una rigida separazione dei poteri ora a privilegiarne l'interferenza e il reciproco controllo attraverso l'uso dei cd. *checks and balances* vd. F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1965, 1, 36 ss. L'ambiguità espressa da tale duplice significato è stata, però, superata dal riconoscimento della finalità principale che il principio della separazione dei poteri esprime, «ossia quella di tutelare la libertà dalla tirannia che entrambe le tipologie di teorie sono volte a garantire», cfr. L. SPADACINI, *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale. L'esperienza nordamericana e il divergente approccio delle democrazie europee*, Brescia, 2012, 35.

<sup>5</sup> E. BETTI-SCHIAVONI, *Il principio di separazione dei poteri nei dibattiti parlamentari della Rivoluzione francese: dagli Stati Generali all'Assemblea Nazionale Costituente*, in *Giornale di Storia Costituzionale*, 2006, 14, 75-100; M. TROPER, *La separazione dei poteri*

Nell'epoca della Rivoluzione francese i tre poteri dello Stato erano però ben lungi dall'essere considerati sullo stesso piano. Lo stesso articolo 16 della Dichiarazione del 1789 era interpretato in modo da salvaguardare il potere legislativo da interferenze derivanti dalla giurisdizione<sup>6</sup>. La superiorità della legge costituiva, infatti, il perno di tutto il sistema della separazione dei poteri, che era inteso come una necessità per evitare sconfinamenti del potere giudiziario negli altri poteri<sup>7</sup>. I giudici, invero, dovevano limitarsi ad applicare la legge, senza operare le ampie interpretazioni proprie dei Parlamenti del vecchio regime<sup>8</sup>. È alla luce di tali considerazioni che va letta la previsione di un titolo separato dedicato al potere giudiziario, il titolo III, cap. V della Costituzione del 1791<sup>9</sup>.

La ratio del *référé législatif*, introdotto nella stessa Costituzione del 1791<sup>10</sup>, fu proprio quella di consentire al legislatore di mantenere la propria posizione di predominio sul potere giudiziario, attraverso il monopolio interpretativo delle leggi<sup>11</sup>. Il giudice, pertanto, era tenuto,

*e la storia costituzionale francese*, Napoli, 1973, 171 ss., G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, Milano, 1984, 51 ss.

<sup>6</sup> P. ALVAZZI DEL FRATE, *Appunti di storia degli ordinamenti giudiziari*, Roma, 2009, 101.

<sup>7</sup> Sull'idea che il giudice non dovesse partecipare in alcuna misura né al potere dell'esecutivo né a quello del legislativo, cfr. J.J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, 1762, tr. it., Bari, 1992, 192.

<sup>8</sup> P. ALVAZZI DEL FRATE, *Appunti di storia* cit., 32-34. Sull'idea che anche per Montesquieu il potere giudiziario fosse un semplice potere di applicazione, cfr. D. ROUSSEAU, *Consiglio superiore e indipendenza della magistratura in Francia*, in *Magistratura e Consiglio superiore in Francia e in Italia*, Torino, 2010, 13.

<sup>9</sup> G. VEDEL, *La loi des 16-24 août 1790: Texte? Prétexte? Contexte?*, in *Revue française de droit administratif*, 1990, VI, 698. La scelta nel 1791 fu quella di utilizzare l'espressione potere giudiziario e non di ordine giudiziario, nonostante si aprì un articolato dibattito sul punto, distinto in chi riteneva che il potere giudiziario fosse un'emanazione del potere esecutivo e chi, invece, sosteneva che anch'esso era emanazione della nazione e che, quindi, i tre poteri dovessero rimanere ben distinti.

<sup>10</sup> Art. 21, cap. V, Costituzione del 1791.

<sup>11</sup> È con l'art. 21, co. 2 della legge del 27 novembre - 1° dicembre 1790 che si attribuisce all'organo legislativo il diritto di interpretare le leggi, nel rispetto di certe condizioni e in occasione di una lite. L'art. 21, capitolo V, titolo III della Costituzione del 1791 prevedeva che: «Qualora la sentenza sia stata cassata due volte, e un terzo tribunale abbia giudicato in ultima istanza nella stessa maniera degli altri due, la questione non potrà più essere discussa dal tribunale di Cassazione se non sia stata sottoposta al Corpo

in caso di conflitti nell'applicazione della legge, a rimettere all'Assemblea legislativa il testo legislativo affinché ne chiarisse l'interpretazione.

Per garantire l'indipendenza del potere giudiziario la Costituzione del 1791 aveva introdotto l'inamovibilità dei giudici, così come era stato riconfermato il principio del giudice naturale, già previsto dall'art. 17 della legge 16-24 agosto 1790<sup>12</sup>.

Il principio di inamovibilità del giudice è stato mantenuto sia in epoca napoleonica, sia nelle Costituzioni del XIX secolo, ma svilito del suo significato garantistico. La trasformazione del giudice da organo elettivo non professionale<sup>13</sup> a burocrate esperto di diritto lo aveva incasellato all'interno delle maglie organizzative verticistiche tipiche dell'esperienza burocratica francese, al cui apice il Ministro della giustizia manteneva il pieno controllo su nomine, trasferimenti, promozioni e sanzioni relative ai giudici<sup>14</sup>. Con la magistratura requirente il rapporto con l'Esecutivo era ancora più stringente, configurandosi nei termini di una vera e propria dipendenza.

Nell'epoca napoleonica, tuttavia, si realizza una trasformazione del ruolo del giudice che, non più confinato nell'alveo della mera applicazione della legge, era tenuto a rendere giustizia anche in caso di silenzio, oscurità o assenza di essa. L'art. 4 del Codice napoleonico introduceva, infatti, come lo stesso Calamandrei evidenziava<sup>15</sup>, un obbligo di giudica-

legislativo, il quale, in questo caso, emetterà un decreto declaratorio della legge; e allorché questo decreto sia stato approvato dal Re, il tribunale di cassazione dovrà ad esso conformarsi nel suo giudizio». In M. TROPER, *La separazione dei poteri* cit., 62 ss.

<sup>12</sup> Nella Costituzione del 1791 l'indipendenza del potere giudiziario era garantita nell'art. 1, Titolo III, Capitolo V, intitolato «Du pouvoir judiciaire», in base al quale «Le pouvoir judiciaire ne peut, en aucun cas, être exercé par le Corps législatif ni par le roi», cfr. F. CHAUDAUD., J. PETIT., J.J. YVOREL, *Histoire de la Justice de la révolution à nos jours*, Rennes, 2007.

<sup>13</sup> L'originaria elettività dei giudici, giustificata dall'idea che tutti i poteri dovessero emanare dalla nazione, venne progressivamente abbandonata a partire dal periodo del Direttorio fino all'Impero, a favore della nomina dei magistrati da parte dell'Esecutivo e della cooptazione. Cfr. P. ALVAZZI DEL FRATE, *Appunti di storia* cit., 34.

<sup>14</sup> Descrive l'ordine giudiziario dell'epoca napoleonica simile a quella di un corpo militare J. FOYER, *La justice: histoire d'un pouvoir refusé*, in *Pouvoirs*, n. 16, 1981, 22.

<sup>15</sup> P. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, I, *Storia e legislazione*, Torino, 1920 (ora in ID., *Opere giuridiche*, a cura di M. CAPPELLETTI, VI, Napoli, 1976), I, 466.

re che avrebbe determinato la definitiva scomparsa del sistema del *référé législatif*<sup>16</sup>. Lungi, pertanto, dal sospendere i processi per attendere dal legislatore chiarimenti, ai giudici era consentito di ampliare il ridotto ambito della funzione giurisdizionale attraverso un'attività interpretativa capace, in caso di silenzio della legge, anche di supplire a lacune legislative creando diritto giudiziario, purché valevole solo nel caso concreto<sup>17</sup>.

Anche nel costituzionalismo americano l'indipendenza del potere giudiziario era collegata alla superiorità della legge, anche se questa esperienza si arricchiva di un elemento nuovo, ossia la supremazia della Costituzione che, in seguito alla sentenza *Marbury v. Madison*, avrebbe consentito a tutti i giudici di disapplicare la legge in contrasto con la Costituzione. Ai giudici statunitensi, pertanto, era consentito, attraverso il sindacato diffuso della costituzionalità delle leggi, di interferire nella volontà parlamentare, ben diversamente da quanto era permesso ai giudici francesi dopo l'esperienza rivoluzionaria. Il potere giudiziario, concepito come indipendente, era garantito a livello federale attraverso la permanenza in carica dei giudici *during good behaviour*.

Sulla base di queste prime considerazioni si ricava che l'indipendenza giudiziaria nel corso del XIX secolo resta collegata a due profili differenti che derivano dalle caratteristiche diverse dei sistemi di *common law* e di *civil law*.

Se, infatti, nel Regno Unito si opta per l'investitura politica dei giudici, negli Stati Uniti si decide di affiancare a tale procedura quella dell'elezione popolare. I profili inerenti all'indipendenza giudiziaria si concentreranno, pertanto, sui procedimenti di nomina, sulla permanenza in carica, sullo statuto personale dei giudici. In Europa continentale,

<sup>16</sup> Il testo del Titolo preliminare del *Code Napoléon* nella sua formulazione definitiva stabiliva all'art. 4 che «Il giudice che rifiuterà di giudicare con il pretesto del silenzio, dell'oscurità o dell'insufficienza della legge, potrà essere perseguito quale colpevole di diniego di giustizia». Il *référé législatif* è stato formalmente abrogato nel 1837. Si evidenzia come in seguito alla legge del 1837 la dottrina francese abbia parlato del «ritorno alla teoria della separazione dei poteri», poiché mettendo fine al *référé législatif* si rimetteva alla Corte di cassazione il potere di cassare, a camere riunite. Sul tema dell'interpretazione delle leggi, cfr. M. TROPER, *La separazione dei poteri* cit., 61; P. ALVAZZI DEL FRATE, *Appunti di storia* cit., 65.

<sup>17</sup> L'art. 5 del Codice napoleonico stabiliva, infatti, il divieto di estendere *erga omnes* l'efficacia delle decisioni giudiziarie.

invece, il giudice diventa un burocrate che svolge una carriera pubblica. Il tema dell'indipendenza del potere giudiziario resta collegato allo statuto giuridico dei giudici, tralasciando i profili riguardanti la carriera che resteranno sotto l'egida del potere esecutivo<sup>18</sup>.

Le differenze tra le due famiglie giuridiche di civil law e di common law si riverberano anche nel ruolo attribuito ai giudici europei, che è del tutto coerente con il concetto di Stato di diritto che si elabora nel corso del XIX secolo, volto a garantire in via prioritaria la certezza del diritto. La legge generale, astratta, non retroattiva conferisce un ruolo centrale allo Stato e al suo monopolio nella produzione del diritto. A sua volta lo Stato esprime la sovranità anche nella propria organizzazione amministrativa centralizzata e gerarchica. In tale contesto i giudici sono configurati all'interno della burocrazia statale, ben diversamente dal sistema inglese che deve ai giudici itineranti del sovrano e al loro judge-make law, la costruzione di un sistema giuridico improntato sul principio di rule of law e sui limiti vincolanti per tutti i poteri, non perché necessariamente frutto dell'attività legislativa, ma perché consolidati nel tempo e custoditi dai precedenti giudiziari.

In Europa continentale, la sovranità dello Stato si esplica, pertanto, lungo due direttrici: la primazia della legge nel sistema delle fonti e la centralità dell'amministrazione, concorrenti entrambi alla costruzione del concetto dello Stato di diritto.

L'esperienza italiana ha indubbiamente risentito di quella francese. Lo Statuto albertino, pur prevedendo diverse garanzie a favore dell'indipendenza del potere giudiziario<sup>19</sup>, non ha posto argini alla forte ingerenza dell'Esecutivo sulla magistratura per quanto attiene alle nomine, alla carriera, ai trasferimenti e ai poteri disciplinari nei confronti dei giudici. L'organizzazione verticistica con a capo il Ministero della giustizia, accompagnata da un accesso alla magistratura burocratico o per nomina dell'Esecutivo, è rimasta una caratteristica confermata dopo

<sup>18</sup> S. BARTOLE, *Il potere* cit., 10 ss.

<sup>19</sup> Lo Statuto albertino prevedeva, infatti che la giustizia, emanata dal Re, fosse amministrata in suo nome. Introduceva l'inaffidabilità dei giudici dopo tre anni di servizio, ad eccezione di quelli di mandamento, art.69; la riserva di legge relativa in materia di ordinamento giudiziario, art. 70; il principio del giudice naturale, art. 7; l'obbligo della pubblicità delle udienze, art. 72.

la riunificazione dell'Italia<sup>20</sup> e, di fatto, non modificata neanche nel 1880 con l'istituzione di una commissione, composta da magistrati e presieduta dallo stesso Ministro, con compiti consultivi in materia di promozione e di trasferimento dei magistrati<sup>21</sup>. Al Ministro della giustizia restava, infatti, attribuito ogni potere di decisione finale.

La previsione di organi collegiali competenti sulla carriera e sui procedimenti disciplinari nei confronti dei magistrati si accompagna sia in Francia sia in Italia alla loro posizione di dipendenza rispetto al potere esecutivo. Il Ministro della giustizia manteneva saldo il controllo sulla carriera dei giudici e, anche dopo l'istituzione del *Conseil supérieur de la magistrature* e del Consiglio superiore della magistratura, la centralità del ruolo dell'Esecutivo non venne meno.

## 2. *L'indipendenza del potere giudiziario e il ruolo dei giudici nel sistema politico costituzionale ed europeo*

Nel continente europeo, l'avvento dello Stato democratico sociale, avvenuto in seguito alle transizioni costituzionali successive alla caduta dei regimi autoritari dopo i conflitti bellici e alla fine degli anni '70, ha comportato un ripensamento in sede costituente dell'articolazione dei poteri dello Stato.

L'integrazione dello Stato nella società e la diffusione della funzione normativa nei diversi centri di potere, conseguente ad una diversa concezione della sovranità dello Stato, hanno comportato il venir meno della stretta corrispondenza tra i poteri-funzioni e i corrispettivi poteri-organi. Rispetto all'esperienza liberale, non solo il concetto della sovranità dello Stato si è dissolto in senso policentrico, ma anche il principio della separazione dei poteri si è evoluto: la separazione dei poteri come congegnata in epoca liberale, basata sulla distribuzione delle funzioni secondo i loro caratteri materiali, è stata, infatti, sostituita da un sistema connotato da reciproche incidenze tra i poteri.

<sup>20</sup> R.D. 6 dicembre 1865, n. 2626

<sup>21</sup> R.D. 4 gennaio 1880, n. 5230. La commissione era composta da quattro consiglieri della Corte di cassazione e un Sostituto Procuratore della stessa Corte. Tutti erano eletti dalla Corte di cassazione di Roma, cfr. P. ALVAZZI DEL FRATE, *Appunti di storia* cit., 79.

In questo contesto il potere giudiziario ha assunto un ruolo primario e ai giudici è stata attribuita una pluralità di compiti di diversa natura, tra i quali emerge il controllo nei confronti del potere politico. Si tratta di una funzione già nota nel costituzionalismo americano dove era chiaro, come dicevano Hamilton e Madison, che «the judiciary is positioned to serve as a check against the majoritarian forces of the executive and legislative branches»<sup>22</sup>. Nello Stato costituzionale, modello delle democrazie pluraliste, il potere politico si esprime, infatti, nella sovranità, ma nei limiti stabiliti dal diritto. Ai giudici è, pertanto, attribuito non più solo il potere di controllare l'operato dell'amministrazione, ma anche quello del potere legislativo<sup>23</sup>. Diventa, quindi, importante distinguere il piano politico fondato sulla sovranità popolare, all'interno del quale trovano compimento le attività di una pluralità di attori - istituzionali e non - chiamati a partecipare alla produzione della legge, e il piano del diritto in cui operano l'interpretazione e l'applicazione delle norme affidate ai giudici nella risoluzione delle controversie.

Si delinea, quindi, un nuovo ruolo del giudice chiamato a interpretazioni complesse<sup>24</sup>. Al giudice spetta, infatti, determinare il contenuto della legge, applicandolo nel caso concreto, scegliendo tra diverse opzioni ognuna conforme alla legge<sup>25</sup>, partecipando così ad un'attività creativa del diritto. Allo stesso modo egli è chiamato ad operare un necessario bilanciamento tra le esigenze contrapposte, divenute, nella società democratica fondata sul suffragio universale, ben più articolate di quanto non potessero essere nella società monoclasse liberale.

A ciò si deve aggiungere che il giudice è anche tenuto a valutare la rilevanza e la non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità laddove sia previsto un sindacato incidentale delle leggi, è tenuto a ricercare interpretazioni conformi alla Costituzione e alla giurispru-

<sup>22</sup> THE FEDERALIST n. 78, 470.

<sup>23</sup> A. DI GIOVINE, A. MASTROMARINO, *Il potere giudiziario nella democrazia costituzionale*, in R. TONIATTI, M. MAGRASSI (a cura di), *Magistratura, giurisdizione ed equilibri istituzionali. Dinamiche e confronti europei e comparati*, Milano, 2011, 21.

<sup>24</sup> Il giudice non è più definito "bocca della legge", ma "bocca del diritto" ossia dell'intero sistema normativo, cfr. A. DI GIOVINE, A. MASTROMARINO, *Il potere giudiziario* cit., 27 ss.

<sup>25</sup> Sulla discrezionalità del giudice, A. BARAK, *La natura della discrezionalità giudiziaria e il suo significato per l'amministrazione della giustizia*, in *Politica del diritto*, 2003, 1, 3 ss.

denza sovranazionale in materia di diritti e a disapplicare le norme nazionali se in contrasto con il diritto europeo. Ai giudici nazionali viene, pertanto, attribuita una funzione *costituzionale*<sup>26</sup> nel rispetto di una *legalità complessa*<sup>27</sup>, che esprime a livello del sistema delle fonti un carattere composito, derivante anche dell'appartenenza alla dimensione sovranazionale europea.

In questa prospettiva l'attribuzione ai giudici di compiti di diversa natura trova la sua ragione «nella garanzia che offre di provvedervi in modo adeguato e imparziale»<sup>28</sup>. È qui, pertanto, che assume centralità la particolare posizione di indipendenza che gli organi giudiziari devono avere nel sistema politico costituzionale, indipendenza che, quindi, qualifica la funzione giurisdizionale<sup>29</sup>. Infatti, la legittimazione dei giudici, che non sono sottoposti a nessuna responsabilità democratica, deriva proprio dalla loro indipendenza e imparzialità<sup>30</sup> e su di esse deve poggiare la funzione interpretativa loro affidata perché non sia percepita come conseguenza di un'attività arbitraria, ma come corretto esercizio dell'attività giurisdizionale, che ha nella competenza e nella professionalità dei giudici la sua premessa indispensabile<sup>31</sup>.

Ai giudici è, inoltre, attribuita una funzione *europea*, secondo quanto disposto dall'art.19 TUE che attribuisce ai giudici nazionali il compito di garantire la protezione giudiziaria dei diritti riconosciuti dal diritto dell'Unione<sup>32</sup>. Tale funzione si esplica anche nella cooperazione richie-

<sup>26</sup> A. DI GIOVINE, A. MASTROMARINO, *Il potere giudiziario* cit., pp. 27; M. VOLPI, *I Consigli di giustizia in Europa: un quadro comparativo*, in E. ALBAMONTE, P. FILIPPI (a cura di), *Ordinamento giudiziario. Leggi, regolamenti e procedimenti*, Milano, 2009, 43.

<sup>27</sup> R.L. BLANCO VALDÉS, *I giudici: "bocca della legge" o potere dello Stato*, in S. GAMBINO (a cura di), *La magistratura nello Stato costituzionale. Teoria ed esperienze a confronto*, Milano, 2004, 153-154.

<sup>28</sup> G. SILVESTRI, *La separazione* cit., p. 211, richiamando A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, Torino, 1982, 9.

<sup>29</sup> G. SILVESTRI, *La separazione* cit. 214 ss.

<sup>30</sup> Indipendenza e imparzialità sono considerate entrambe precondizioni essenziali per l'adeguato funzionamento della giustizia, cfr. Magna Carta dei giudici, elaborata dal Consiglio d'Europa, e dal Consiglio consultivo dei giudici europei, art.2

<sup>31</sup> G. PITRUZZELLA, O. POLLICINO, M. BASSINI, *Corti europee e democrazia. Rule of law, indipendenza e accountability*, Milano, 2019, 5 ss.

<sup>32</sup> La Corte di giustizia ha dichiarato che dall'art. 19 TUE, nella parte in cui dispone un obbligo per gli Stati membri «to provide remedies sufficient to ensure effective legal protection in the fields covered by Union law» discendono effetti diretti, cfr. Corte di

sta tra i giudici nazionali e la Corte di giustizia attraverso il rinvio pregiudiziale<sup>33</sup>, che, permettendo l'instaurazione di un dialogo tra le Corti, consente di garantire l'efficacia del diritto europeo. Inoltre, ad essi è richiesto, per far funzionare l'Area di libertà, sicurezza e giustizia, di alimentare una fiducia reciproca sul loro impegno di assicurare una protezione giudiziaria effettiva dei diritti dell'Unione<sup>34</sup>.

Anche l'effettività della protezione giudiziaria trova, pertanto, il suo fondamento nel principio dell'indipendenza del potere giudiziario nel suo complesso e del singolo giudice in particolare, indipendenza tutelata anche attraverso l'art. 47 della Carta dei diritti dell'UE, da cui discende il diritto ad un «ricorso effettivo e a un giudice imparziale»<sup>35</sup>. Emerge qui l'esistenza di un nesso inscindibile tra rimedi effettivi e indipendenza dei giudici<sup>36</sup>. Dall'art. 19 TUE, il cui campo di applicazione differentemente dall'art. 47 della Carta dei diritti non dipende

giustizia, Causa C-824/18, *A.B. and Others v Krajowa Rada Sądownictwa and Others*, ECLI:EU:C:2021:153, par. 142; Corte di giustizia, Causa C-430/21, *RS*, ECLI:EU:C:2022:99, par. 58, cfr. L.B. LARSEN, *Rule of Law and Independence of National Judges*, in B. CAROTTI (a cura di), *Identità nazionale degli Stati membri, primato del diritto dell'Unione europea, Stato di diritto e indipendenza dei giudici nazionali*, Roma, 2022, 100.

<sup>33</sup> La Corte di giustizia ha inserito all'interno della tutela del principio di indipendenza giudiziaria la discrezionalità del giudice di promuovere un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, considerando lesive del diritto dell'Unione misure nazionali volte a limitare tale discrezionalità, cfr. Corte di giustizia Causa C-558/18, *Miasto Łowicz e Prokurator Generalny zastępowany przez Prokuraturę Krajową, initialement Prokuratura Okręgowa w Płocku c. Skarb Państwa – Wojewoda Łódzki e altri*, ECLI:EU:C:2020:234, par. 59. Cfr. G. PITRUZZELLA, *L'integrazione tramite il valore dello "Stato di diritto"*, in B. CAROTTI (a cura di), *Identità nazionale* cit., 135. Sul rinvio pregiudiziale si rinvia a C. IANNONE (a cura di), *Il Rinvio Pregiudiziale*, Torino, 2020.

<sup>34</sup> G. PITRUZZELLA, *L'integrazione tramite il valore* cit., 133.

<sup>35</sup> Sulla differenza rispetto l'applicazione tra l'art. 47 della Carta dei diritti e l'art. 19 TUE cfr. G. PITRUZZELLA, *L'integrazione tramite il valore* cit., 14. Si sottolinea che le applicazioni della Carta dei diritti dell'Ue sono condizionate alla circostanza che si possa avere un'implementazione del diritto dell'Ue, in base a quanto disposto dall'art. 51, par. 1 della Carta, mentre l'art. 19 TUE si applica per ogni autorità che abbia giurisdizione sull'interpretazione e l'applicazione del diritto dell'Unione. cfr. G. PITRUZZELLA, *L'integrazione tramite il valore* cit., 134. La Corte di giustizia ha però aggiunto che l'art. 19 TUE deve interpretarsi alla luce di quanto disposto dall'art. 47 della Carta, con la sentenza C-619/18 del 24 giugno 2019.

<sup>36</sup> G. PITRUZZELLA, *L'integrazione tramite il valore* cit., 130.

dall'implementazione del diritto dell'UE, discende, pertanto, un obbligo per gli Stati membri di proteggere l'indipendenza delle proprie corti<sup>37</sup>. L'importanza che sia preservata l'indipendenza degli organi giudiziari, in modo che sia assicurato il principio della tutela giurisdizionale effettiva dei diritti garantiti dall'Unione ha trovato accoglimento nella giurisprudenza della Corte di giustizia<sup>38</sup>. Secondo la Corte, infatti, l'art. 19 TUE concretizza il principio di rule of law, imponendo agli Stati membri di prevedere rimedi giurisdizionali effettivi nell'ambito del diritto europeo<sup>39</sup>.

Peraltro, la Corte di giustizia, pur di assicurare comunque l'effettività della tutela giurisdizionale tramite il rinvio pregiudiziale, ha preferito avviare comunque un dialogo con le corti nazionali che, anche solo in via presuntiva, abbiano i requisiti del giudice al fine del procedimento pregiudiziale. I giudici europei, infatti, nel dichiarare ricevibile una domanda pregiudiziale sollevata da un giudice nazionale la cui nomina era messa in discussione per carenza di indipendenza, hanno affermato di presumerne «l'origine legale dell'organo considerato, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, il fatto che il suo procedimento si svolga in contraddittorio, l'applicazione, da parte di detto organo, delle norme giuridiche, nonché la sua indipendenza», in tal modo consentendo ampio accesso alla giustizia europea e garantendo la massima apertura ai fini dell'effettività della tutela<sup>40</sup>.

### 3. *L'indipendenza del potere giudiziario come principio di raccordo tra l'effettività della protezione giudiziaria e il principio di rule of law*

Si può affermare che il principio dell'indipendenza del potere giudi-

<sup>37</sup> Corte di giustizia, Causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses v Tribunal de Contas*, ECLI:EU:C:2018:117, par. 42-46. Corte di giustizia, Cause riunite C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 e C-840/19, *Euro Box Promotion and Others (Criminal Proceeding against PM and Others)*, ECLI:EU:C:2021:1034.

<sup>38</sup> Corte di giustizia, Causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* cit.

<sup>39</sup> Corte di giustizia, Causa C-216/18, *LM*, ECLI:EU:C:2018:586 ; Corte di giustizia, Causa C-192/18, *Commissione europea c. Repubblica di Polonia*, ECLI:EU:C:2019:924.

<sup>40</sup> Corte di giustizia, Causa C-132/20, *BN e a. contro Getin Noble Bank S.A.*, ECLI:EU:C:2022:235, par. 66.

ziario dia forma al concetto di rule of law come richiamato nell'art. 2 TUE, che costituisce uno dei valori su cui si fonda l'Unione europea<sup>41</sup>. In tal senso il regolamento sulla condizionalità dello Stato di diritto<sup>42</sup>, nel definire il nucleo che costituisce l'essenza del rule of law contempla oltre il principio di legalità, la certezza del diritto, il divieto di arbitrariezza del potere esecutivo, la separazione dei poteri, la non discriminazione e l'uguaglianza di fronte alla legge anche la tutela giurisdizionale effettiva, compreso l'accesso alla giustizia, da parte di organi giurisdizionali indipendenti e imparziali.

Nel tempo, infatti, il concetto di rule of law ha acquisito all'interno dell'Unione europea un significato sempre maggiore; la sua evoluzione da principio a valore fondante dell'Unione<sup>43</sup> è stata accompagnata anche dall'acquisizione di un significato semanticamente non del tutto coincidente rispetto a quello di Stato di diritto elaborato all'interno degli Stati membri, a sua volta distinguibile nelle diverse realtà nazionali<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> Art. 2 TUE: «L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto (*rule of law*) e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini».

<sup>42</sup> Regolamento 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2020, in GUUE L 433 del 22.12.2020. I principi giuridici che costituiscono l'essenza del principio di rule of law europeo erano già stati indicati nella Comunicazione della Commissione “*A new EU Framework to strengthen the Rule of Law*”, COM (2014) 158 e nella Comunicazione “*Further strengthening the Rule of Law within the Union. State of Play and possible next steps*”, COM(2019) 163.

<sup>43</sup> W. SCHROEDER, *The Rule of Law as a Value in the Sense of Art. 2 TUE: What does it mean and imply*, in A.V. BOGDANDY ET AL. (a cura di), *Defending Checks and Balances in EU Member States. Taking Stock of Europe's Actions*, ebook, 2021, 105. Criticamente, l'Autore sostiene che “*The idea that Article 2 TEU orders and supervises a federal statetype constitutional homogeneity—vertically as well as horizontally—is not compatible with such a model of constitutional pluralism as it is after all laid down explicitly in the Treaty*”, 110.

<sup>44</sup> Anche i concetti di Stato di diritto, État de droit, Rechtsstaat non sono semanticamente equivalenti, rinviando ad un diverso equilibrio tra l'autorità e la libertà, cfr. E. SANTORO, *Lo Stato di diritto nell'era della globalizzazione*, Torino, 2008, 3. Sulle differenze tra rule of law e Rechtsstaat cfr. R. BIN, *Stato di diritto*, in *Enciclopedia giuridica*, Annali IV, 2011, 1152-1153; ID, *Lo Stato di diritto*, Bologna, 2017, 7. Sulla distinzione tra rule of law e Stato di diritto, G.M. SALERNO, *European Rule of Law: un principio in cer-*

Vi è, invero, da rilevare che, anche se nelle traduzioni ufficiali dei documenti europei il *rule of law* è definito come Stato di diritto, le due espressioni non sono giuridicamente coincidenti e, in tal senso, il riferimento al *rule of law* appare più coerente all'ordinamento europeo rispetto al concetto di Stato di diritto, per il particolare rilievo che questo attribuisce sia allo Stato, inteso come protagonista nella produzione del diritto, sia alla legge, come atto dotato di una propria legittimità perché espressione della sovranità popolare e, in quanto tale, considerata come strumento privilegiato per assumere decisioni autoritative. Come è stato sottolineato, «while the reality of a Stato di diritto is the self-subordination of the state by its own law, in the case of the rule of law the state is subordinated to a law which is not its own product»<sup>45</sup>. Il principio di *rule of law* esprime, infatti, un diverso modo di concepire il rapporto tra diritto e democrazia<sup>46</sup>, assoggettando ogni potere non necessariamente alla legge, ma anche a vincoli eteronomi volti a tutelare la comunità. Esso risulta, pertanto, più funzionale all'assetto istituzionale dell'ordinamento europeo, che non presenta i medesimi tratti di democraticità e di separazione dei poteri che contraddistinguono gli Stati membri<sup>47</sup>.

Il concetto di *rule of law* europeo comprende le fattezze più significative dell'originaria concezione del principio di *rule of law*, formatosi nel *common law* britannico<sup>48</sup>. Dell'elaborazione di Dicey<sup>49</sup> resta, infatti,

ca d'autore, in *federalismi.it*, n.19, 2020, 2 ss.

<sup>45</sup> G. PALOMBELLA, *The Rule of Law and its Core*, in G. PALOMBELLA, N. WALKER, *Relocating the Rule Law*, Oxford, 2009, 26.

<sup>46</sup> E. SANTORO, *Lo Stato di diritto* cit., 9.

<sup>47</sup> G.M. SALERNO, *European Rule of Law: un principio in cerca d'autore*, in *federalismi.it*, n.19, 2020, 5 ss.

<sup>48</sup> Sul diverso significato del *rule of law* cfr. A. PIN, *Il rule of law come problema. Le sfide dell'Europa centro-orientale, della Brexit e del Medio Oriente*, Napoli, 2021, 27.

<sup>49</sup> A.V. DICEY, *An introduction to the study of the Law of the Constitution*, Indianapolis, 1885, ristampa 1984. Secondo Dicey il primo significato da attribuire al principio di *rule of law* è che «no man is punishable or can be lawfully made to suffer in body or goods except for a distinct breach of law established in the ordinary legal manner before the ordinary Courts of the land»; il secondo attiene al fatto che «no man is above the law, but (what is a different thing) that here every man, whatever be his rank or condition, is subject to the ordinary law of the realm and amenable to the jurisdiction of the ordinary tribunals»; il terzo, infine, premette di definire il *rule of law* «as a special attribute of English institutions». In particolare, secondo Dicey: «We may say that the

confermata la centralità della tutela giurisdizionale, del principio di eguaglianza, del riconoscimento di un insieme di diritti/principi che si sono evoluti acquisendo la loro specificità nel contesto europeo, mantenendo in comune con gli Stati membri e includendo in sé molti dei principi generali dello Stato di diritto elaborati nei singoli ordinamenti.

In questo contesto, l'indipendenza giudiziaria acquisisce un significato fondamentale, poiché rappresenta il punto di raccordo tra l'effettività della protezione giudiziaria dei diritti previsti nel diritto europeo e il rule of law<sup>50</sup>, il cui rispetto costituisce la clausola di omogeneità costituzionale e valoriale degli Stati membri, oltre che dell'Unione stessa<sup>51</sup>.

Questo stesso orientamento è espresso anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti quando afferma che «judicial independence is a prerequisite to the rule of law»<sup>52</sup>, collegando l'attuazione della Convenzione con le garanzie dell'indipendenza da attuarsi sul piano nazionale<sup>53</sup>.

Le garanzie poste a tutela dell'indipendenza giudiziaria costituisco-

constitution is pervaded by the rule of law on the ground that the general principles of the constitution (as for example the right to personal liberty, or the right of public meeting) are with us the result of judicial decisions determining the rights of private persons in particular cases brought before the Courts», 107 ss.

<sup>50</sup> B. NASCIBENE, *Stato di diritto, bilancio e Corte di giustizia*, in *rivista.eurojus.it*, 2022, 2, 115; ID, *Il rispetto della rule of law e lo strumento finanziario. La "condizionalità"*, in *rivista.eurojus.it*, 2021, 3, 174 ss. L'art. 2 TUE codifica i principi comuni degli Stati membri già previsti nell'art. 6 TUE e che, dal Trattato di Maastricht (1992), passando per quello di Amsterdam (1997), sono giunti fino al Trattato di Lisbona (2007). I valori previsti dall'art. 2 TUE sono il rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto, il rispetto dei diritti umani compresi i diritti appartenenti a minoranze.

<sup>51</sup> A. PIN, *Il rule of law come problema* cit., p. 63. La lettura dell'art. 2 TUE va unita con quella dell'art. 7 TUE, norma che ha assunto un preciso rilievo per le procedure avviate dal Parlamento e dalla Commissione nei confronti, rispettivamente, dell'Ungheria e della Polonia e che sono state oggetto di esame nelle sentenze della Corte di giustizia, Causa C-157/21, *Polonia c. Parlamento e Consiglio dell'Unione europea*, ECLI:EU:C:2022:98.

<sup>52</sup> Corte EDU, *Grzęda v. Poland* [GC], 2022, § 298.

<sup>53</sup> Corte EDU, *Grzęda v. Poland* cit., § 264: «Judges cannot uphold the rule of law and give effect to the Convention if domestic law deprives them of the guarantees enshrined in the Convention on matters directly touching upon their independence and impartiality».

no, pertanto, un limite a quelle politiche nazionali volte a pregiudicare gli standard di tutela e a determinarne, quindi, una *regressione* a scapito dell'indipendenza dei giudici e del principio del *rule of law*<sup>54</sup>: l'appartenenza all'Unione comporta, infatti, un'adesione ai valori su cui essa si fonda che va mantenuta e garantita nel tempo<sup>55</sup>, valori che, come affermato recentemente dalla stessa Corte di giustizia, «sono una parte integrante dell'identità dell'UE come ordine giuridico comune, valori che hanno una concreta espressione in principi, comprese delle obbligazioni vincolanti per gli Stati»<sup>56</sup>.

#### 4. *L'indipendenza giudiziaria e la tutela multilivello*

Se il ruolo dei giudici ha acquisito una dimensione complessa ed una proiezione multilivello, anche le garanzie previste per la loro indipendenza devono operare a livelli diversi. La conformità ai valori

<sup>54</sup> Corte di giustizia, Causa C-896/19, *Repubblica c. Il-Prim Ministru*, ECLI:EU:C:2021:311, par. 63, in merito al divieto per gli Stati membri di porre modifiche alla propria legislazione che possano ridurre il livello di protezione del *rule of law*. Cfr. anche la proposta di risoluzione del 19 ottobre 2021, presentata dal Parlamento europeo sulla crisi dello Stato di diritto. La risoluzione fa seguito alla vicenda definita dalla sentenza della Corte di giustizia del 3 giugno 2021, con cui si è rigettato un ricorso proposto dall'Ungheria nei confronti della procedura avviata dal Parlamento europeo ai sensi dell'art. 7 TUE e alla decisione del Tribunale costituzionale polacco del 14 luglio 2021 con cui si è rivendicato il primato del diritto nazionale sul diritto dell'Unione con riferimento all'adozione di una legge istitutiva di un nuovo regime disciplinare per i giudici, in opposizione ad una ordinanza cautelare dell'8 marzo 2020 con cui la Corte di giustizia aveva disposto l'immediata sospensione della legge, sul presupposto che le competenze esercitate dal giudice europeo erano ritenute *ultra vires* ed in contrasto con la Costituzione polacca, cfr. G. DE AMICIS, *Stato di diritto, garanzie europee di indipendenza della magistratura e cooperazione giudiziaria penale: quadri di un'esposizione in fieri*, in *Sistema penale*, 2022, 11.

<sup>55</sup> Corte di giustizia, Causa C-156/21, *Ungheria c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, ECLI:EU:C:2021:97; Corte di giustizia, Causa C-157/21, *Polonia c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, cit.

<sup>56</sup> Corte di giustizia, C-156/21, *Ungheria c. Parlamento europeo* cit.; Corte di giustizia, Causa C-157/21, *Polonia c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, cit.; Corte di giustizia, Causa C-132/20, *BN e a. contro Getin Noble Bank S.A.*, ECLI:EU:C:2022:235.

dell'Unione, in particolare al rule of law, assume, in questo senso, un particolare rilievo perché consente di definire un quadro di riferimento comune tra gli Stati membri e a livello europeo<sup>57</sup>.

Si deve, peraltro, considerare che non sussiste un contrasto tra la tutela dell'indipendenza a livello europeo e la competenza degli Stati membri sulla disciplina del proprio ordinamento giudiziario. Il rule of law europeo richiede, infatti, l'indipendenza della magistratura per garantire una protezione giudiziaria effettiva ai fini dell'attuazione dell'art. 19 TUE, lasciando, però, ampio margine agli Stati membri riguardo al modo in cui implementarne la tutela, in base alle proprie tradizioni costituzionali e ai propri modelli di separazione dei poteri, purché nel rispetto dei contenuti dell'art. 2 TUE<sup>58</sup>.

Gli Stati membri devono, pertanto, prevedere disposizioni relative alla composizione degli organi giurisdizionali, alla nomina dei loro componenti, alla durata del servizio, così come alle cause di astensione, di riconsiliazione e di revoca dei membri<sup>59</sup>, elementi questi che qualificano il concetto di tribunale istituito per legge<sup>60</sup> e che devono essere presenti al fine di garantire entrambi i profili dell'indipendenza giudiziaria, tanto quella interna quanto quella esterna.

<sup>57</sup> Raccomandazione CM/Rec (2010)12 of the Committee of Ministers to member states on judges: independence, efficiency and responsibilities.

<sup>58</sup> Nello stesso senso anche la Corte europea dei diritti dell'uomo ha sottolineato come né l'art. 6 né altre disposizioni della CEDU, impongono agli Stati un determinato modello costituzionale che delinea le relazioni e l'interazione tra i diversi poteri statali, né obbligano tali Stati a conformarsi all'una o all'altra nozione costituzionale teorica riguardante i limiti ammissibili a un'interazione del genere, cfr. Corte EDU, 6 maggio 2003, *Kleyn e altri c. Paesi Bassi*, 2006, § 193; *Sacilor Lormines c. Francia*, 2018, § 59; *Thiam c. Francia*, 2018, § 62. Cfr. Corte di giustizia, Cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *A.K. cit.*, par. 130.

<sup>59</sup> Corte di giustizia, Causa C-109/07, *Pilato*, ECLI:EU:C:2008:274, par. 24; Corte di giustizia, Causa C-175/11, *D. e A.*, ECLI:EU:C:2013:45, par. 97; Corte di giustizia, Causa C-222/13, *TDC*, ECLI:EU:C:2014:2265, par. 32; Corte di giustizia, Causa C-506/04, *Graham J. Wilson v Ordre des avocats du barreau de Luxembourg*, ECLI:EU:C:2006:587, par. 49-53.

<sup>60</sup> Corte di giustizia, Cause riunite C-562/21 PPU e C-563/21 PPU, *X e Y*, ECLI:EU:C:2022:100, par. 57. Cfr. A. ROSANÒ, *La nozione di tribunale costituito per legge nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia dell'Unione europea: considerazioni alla luce di alcune recenti sentenze*, in *rivista.eurojus.it*, 2021, 3, 49.

Per valutare l'aspetto interno dell'indipendenza si richiede che l'autorità competente si trovi in posizione di terzietà rispetto alle parti della controversia, concretizzandosi in tal modo la tutela dell'imparzialità del giudice, intesa come equidistanza dalle parti della controversia e dai loro interessi circa l'oggetto del contendere<sup>61</sup>.

Sotto questo profilo, la Corte di giustizia richiama la giurisprudenza della Corte EDU sull'imparzialità, tutelata dall'art. 6, par. 1 CEDU<sup>62</sup>, in cui si provvede a distinguere un approccio soggettivo o oggettivo dell'imparzialità dei giudici<sup>63</sup>. Nel primo caso si tiene conto della convinzione personale e del comportamento del giudice, esaminando se abbia dato prova di parzialità o di pregiudizi personali nel caso di specie<sup>64</sup>. Secondo un approccio oggettivo si valuta, invece, se il tribunale abbia offerto attraverso la sua composizione, garanzie sufficienti per escludere qualsiasi legittimo dubbio sulla sua imparzialità; questa consiste «nel chiedersi se, indipendentemente dalla condotta personale del giudice, taluni fatti verificabili autorizzino a sospettare l'imparzialità di

<sup>61</sup> Corte di giustizia, Causa C-274/14, *Banco di Santander SA*, ECLI:EU:C:2020:17.

<sup>62</sup> L'art. 6 § 1 CEDU richiede che ogni causa sia esaminata da un «independent and impartial tribunal», secondo la Giurisprudenza della Corte Edu «The concepts of “independence” and “impartiality” are closely linked and, depending on the circumstances, may require joint examination» cfr. Corte EDU, *Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugal* [GC], 2018, §§ 150- 152; *Denisov v. Ukraine* [GC], 2018, §§ 61-64.

<sup>63</sup> Corte EDU, *Kleyn e altri c. Paesi Bassi* cit., § 191; Corte EDU *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portogallo* cit., §§ 145, 147 e 149.

<sup>64</sup> Secondo la Corte EDU, l'imparzialità soggettiva di un giudice deve essere presunta fino a prova contraria, cfr. Corte EDU, *Previti c. Italia* (n. 2), 2013; *Micallef v. Malta* [GC], 2009, § 94; *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium*, 1981, § 58; *Kyprianou v. Cyprus* [GC], 2005, § 119; *Hauschildt v. Denmark*, 1989, § 47. Ai fini dell'imparzialità, i giudici sono tenuti alla massima discrezione sulle vicende oggetto del giudizio, cfr. Corte EDU, [GC], *Morice c. Francia*, 2015, § 72 ss.; inoltre, secondo la Corte un giudizio negativo in merito all'imparzialità soggettiva non può essere dedotta dal mero contenuto delle decisioni pronunciate contro il ricorrente o dalla presenza di errori di fatto o di diritto o in caso di annullamento di una sentenza da parte di una giurisdizione di grado superiore, cfr. Corte EDU, *Bracci c. Italia*, 2018 § 52; *Sofri e altri c. Italia*, 2003. Secondo la Corte la «mere expression of sentiments of courtesy or sympathy towards a civil party could not be seen in itself as a reflection of bias against the defendant but, on the contrary, could be said to show the “human face” of the justice system» cfr. Corte EDU, *Karrar v. Belgium*, 2021, § 35. Cfr. G. CANESCHI, *L'imparzialità del giudice nel prisma della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e le ricadute sull'ordinamento interno*, in *Archivio Penale*, 2022, 2, 4 ss.

quest'ultimo»<sup>65</sup>. Si evidenzia, inoltre, che sotto questo profilo «anche le apparenze possono avere importanza»<sup>66</sup>.

Queste indicazioni della giurisprudenza della Corte EDU introducono nella configurazione dell'imparzialità un elemento ulteriore e importante relativo alla percezione dell'indipendenza del giudice, che deve essere tenuta in considerazione alla stregua degli altri fattori. Anche la Corte di giustizia si mostra attenta alla mancanza di apparenza d'indipendenza o di imparzialità degli organi giudiziari, che ritiene possa essere «tale da ledere la fiducia che la giustizia deve ispirare [...] in una società democratica»<sup>67</sup>.

In particolare, nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo si riconduce nel profilo interno dell'indipendenza giudiziaria anche il caso di indebite pressioni provenienti dall'interno dello stesso sistema giudiziario. Si tratta di cause relative soprattutto a paesi dell'Est europeo, in cui le modalità organizzative del potere giudiziario non sempre sono idonee a preservare l'indipendenza dei giudici<sup>68</sup>.

Nella Raccomandazione Independence, Efficiency and Responsibilities del 2010<sup>69</sup> si condivide questa accezione di indipendenza interna,

<sup>65</sup> Secondo la Corte EDU «it is decisive is whether the fear can be held to be objectively justified», cfr. *Ferrantelli and Santangelo v. Italy*, 1996, § 58; *Padovani v. Italy*, 1993, § 27.

<sup>66</sup> Corte EDU, *Castillo Algar v. Spain*, 1998, § 45; *Morice v. France* cit., § 78; *Škrlj v. Croatia*, 2019, § 43. Corte di giustizia, Cause riunite C-585/18, C-624/18 e C625/18, A.K. cit., par. 128. Secondo la Corte di giustizia, l'imparzialità oggettiva e l'indipendenza devono essere esaminate insieme.

<sup>67</sup> Corte di giustizia, (Grande Sezione), Causa C-192/18, p. 153. La Corte si sofferma nell'evidenziare se la Sezione disciplinare della Corte suprema polacca avrebbe potuto generare dubbi nei singoli in merito alla propria indipendenza sia con riferimento alla propria impermeabilità rispetto a elementi esterni quali influenze dirette o indirette dei poteri legislativo ed esecutivo sia con riferimento alla propria neutralità rispetto agli interessi contrapposti. La Corte afferma l'importanza che venga dato rilievo alla «fiducia stessa che ogni giudice deve ispirare ai singoli in una società democratica» par. 127.

<sup>68</sup> Corte EDU, *Agrokompleks v. Ukraine*, 2011, § 137; *Parlov-Tkalčić v. Croatia*, 2009, § 86; *Daktaras v. Lithuania*, 2000, § 36; *Moiseyev v. Russia*, 2008, § 184. G. PI-TRUZZELLA O. POLLICINO, M. BASSINI, *Corti europee* cit., XIX.

<sup>69</sup> Recommendation CM/Rec(2010)12 of the Committee of Ministers to member states on judges: independence, efficiency and responsibilities La Raccomandazione, atto di soft law, adottata il 17 novembre 2010 dal Comitato dei Ministri degli Stati membri intitolata Indipendenza, Efficacia, Responsabilità, aggiorna la precedente del

definendola per la prima volta in un testo sovranazionale<sup>70</sup>, come la condizione di ogni singolo giudice che non deve essere sottoposto a «any restriction, improper influence, pressure, threat or interference, direct or indirect, from any authority, including authorities internal to the judiciary». Si specifica, inoltre, che «Hierarchical judicial organisation should not undermine individual independence»<sup>71</sup>.

L'indipendenza esterna mira, invece, a garantire l'autorità giudiziaria dall'assenza di indebite pressioni provenienti da terzi, frequentemente dal potere esecutivo<sup>72</sup>. Anche in questo caso, nella Raccomandazione del 2010 si sottolinea che non si tratta di un «privilege granted in judges' own interest», ma di una prerogativa «in the interest of the rule of law and of persons seeking and expecting impartial justice»<sup>73</sup>. La Corte di giustizia ha, infatti, affermato come «conformemente al principio della separazione dei poteri che caratterizza il funzionamento di uno Stato

1994 e nel recepire i principi già espressi nei precedenti pareri del CCEJ, dedica il capitolo IV *Councils for the Judiciary*. Definisce i Consigli di giustizia quali organi indipendenti, previsti dalla Costituzione o dalla legge ordinaria, con la funzione di salvaguardare l'indipendenza dell'ordine giudiziario e dei singoli giudici e di promuovere l'efficiente funzionamento del sistema giudiziario. Nel 2010 il CCJE ha adottato la Magna Carta of Judges, un documento che riassume le principali conclusioni dei vari pareri in materia di giustizia e codifica i principi fondamentali, primo tra tutti quello dell'indipendenza del potere giudiziario; in particolare il principio n. 13 è dedicato proprio ai Councils for the Judiciary: «To ensure independence of judges, each State shall create a Council for the Judiciary or another specific body, itself independent from legislative and executive powers, endowed with broad competences for all questions concerning their status as well as the organization, the functioning and the image of judicial institutions. The Council shall be composed either of judges exclusively or of a substantial majority of judges elected by their peers. The Council for the Judiciary shall be accountable for its activities and decisions».

<sup>70</sup> P. ORTEGO GIL, *Breves reflexiones sobre la división de poderes y la administración de justicia en España durante el siglo XIX*, in *Revista de Historia Constitucional*, 2019, 499-544.

<sup>71</sup> Recommendation CM/Rec(2010)12, art. 22.

<sup>72</sup> Corte di giustizia, Cause riunite C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 e C-397/19, *Asociația «Forumul Judecătorilor din România» e altri c. Inspecția Judiciară e altri*, ECLI:EU:C:2021:393; Corte di giustizia, Causa C-109/07, *Jonathan Pilato v Jean-Claude Bourgault*, ECLI:EU:C:2008:274.

<sup>73</sup> Recommendation CM/Rec(2010)12, art. 11.

di diritto, l'indipendenza dei giudici dai poteri legislativo ed esecutivo deve essere garantita»<sup>74</sup>.

Sempre riguardo al profilo dell'indipendenza, la Corte EDU, per valutare se un organo giurisdizionale possa essere considerato indipendente ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1 CEDU, pone l'attenzione sulle modalità di nomina e sulla durata del mandato dei suoi membri, sull'esistenza di garanzie contro il rischio di pressioni esterne e sulla verifica se l'organo di cui trattasi appaia indipendente<sup>75</sup>.

Nello stesso senso la giurisprudenza della Corte di giustizia afferma che l'indipendenza esterna «presuppone che l'organo interessato eserciti le sue funzioni in piena autonomia, senza essere oggetto ad alcun vincolo gerarchico o di subordinazione nei confronti di alcuno e senza ricevere ordini o istruzioni da alcuna fonte, con la conseguenza di essere quindi tutelato dagli interventi o dalle pressioni esterne idonei a compromettere l'indipendenza del giudizio dei suoi membri e a influenzare le sue decisioni»<sup>76</sup>. Al fine di garantire questo aspetto sono prese in considerazione la presenza di talune garanzie, come l'inaffidabilità e l'adeguatezza della retribuzione<sup>77</sup>.

La Corte di giustizia preme a sottolineare, però, come sia indispensabile l'esame del contesto nazionale legale e fattuale<sup>78</sup>. La nomina da

<sup>74</sup> Corte di giustizia, (Grande sezione), Cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *A.K. cit.*, par. 174, Sull'importanza di garantire la separazione del potere giudiziario da quello esecutivo e legislativo cfr. anche Corte EDU, *Svilengacánin and Others v. Serbia*, 2021, § 64; *Dolińska-Ficek and Ozimek v. Poland*, 2021, §§ 349-353; *Grzęda v. Poland* [GC], 2022 §§ 298 e 301-303; *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portugal* [GC], 2018, § 196.

<sup>75</sup> Corte EDU *Kleyn and Others v. the Netherlands* [GC], 2003, § 190; *Langborger v. Sweden*, 1989, § 32; *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portogallo cit.*, §§ 153-156 par. 144 e giurisprudenza ivi richiamata: *Findlay v. the United Kingdom*, 1997, § 73, *Reports of Judgments and Decisions* 1997, *Tsanova-Gecheva*, § 106; Corte di giustizia (Grande sezione), Cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *A.K. cit.*, CGUE (Grande sezione), *A.K.*, cit., par. 127

<sup>76</sup> Corte di giustizia, Causa C-192/18, *Commissione europea c. Polonia*, ECLI:EU:C:2019:924 CGUE, Corte di giustizia, Causa C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality c. LM*, ECLI:EU:C:2018:586, par. 63. Cfr. G. PITRUZZELLA, O. POLLICINO, M. BASSINI, *Corti europee cit.*, XVII.

<sup>77</sup> G. PITRUZZELLA, *Stato di diritto cit.*, 13

<sup>78</sup> Corte di giustizia, Causa C-824/18, *A.B. e altri c. Krajowa Rada Sądownictwa e altri*, ECLI:EU:C:2021:153, par.187 e 188.

parte dell'Esecutivo può non essere di per sé sufficiente per ledere il principio dell'indipendenza giudiziaria; va, infatti, valutato se i giudici mantengono la libertà di svolgere le proprie funzioni senza subirne influenze<sup>79</sup>. Medesima argomentazione si riscontra nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che non reputa sufficiente la mera nomina da parte dell'autorità politica per considerare lesa l'indipendenza dell'autorità giudicante, richiedendo la necessaria verifica della sussistenza di tutte le garanzie previste all'interno dell'ordinamento<sup>80</sup>.

Risulta quindi imprescindibile un'analisi che si soffermi sul contesto nazionale per accertare l'effettiva presenza di ingerenze e pressioni tali da ledere l'indipendenza del giudice.

##### 5. *L'indipendenza degli organi di garanzia dell'indipendenza giudiziaria nella giurisprudenza europea*

Il tema dell'indipendenza giudiziaria pone numerose questioni connesse anche all'indipendenza dei Consigli di giustizia, cioè facendo riferimento a quegli organi, variamente denominati, che sono istituiti nei singoli ordinamenti a garanzia dell'indipendenza giudiziaria<sup>81</sup>.

<sup>79</sup> Corte di giustizia, Cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *A.K. contro Krajowa Rada Sądownictwa e CP e DO contro Sąd Najwyższy*, ECLI:EU:C:2019:982); Corte di giustizia, Causa C-824/18. *A.B. e altri c. Krajowa Rada Sądownictwa e altri* cit.; Corte di giustizia, Causa C-896/19, *Repubblica v. Il-Prim Ministru*, ECLI:EU:C:2021:311, par. 63-65.

<sup>80</sup> Corte EDU, *Campbell e Fell v. the United Kingdom*, § 79. Tra le decisioni che si soffermano sull'indipendenza dall'Esecutivo cfr. Corte EDU, *Clarke v. the United Kingdom* 2005; *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland* [GC], 2020, §§ 207 ss.; *Flux v. Moldova (no. 2)*, 2007, § 27; *Zolotas v. Greece*, 2005, § 24; *Henryk Urban and Ryszard Urban v. Poland*, 2010, § 49; *Campbell and Fell v. the United Kingdom*, 1984, § 79; *Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina* [GC], 2013, § 49. Tra le decisioni che si occupano dell'indipendenza dal Parlamento cfr. Corte EDU, *Sacilor Lormines v. France*, 2006, § 67; *Pabla Ky v. Finland*, 2004, §§ 31-35; *Filippini v. San Marino* 2003; *Ninn-Hansen v. Denmark* 1999.

<sup>81</sup> Anche se le esperienze straniere mostrano una grande varietà di organi di garanzia e di governo della magistratura, la dottrina ha provveduto ad elaborare alcuni modelli. M. VOLPI, *I Consigli di giustizia* cit., 15 ss. In merito al governo del potere giudiziario sono stati elaborati diversi modelli rinvenibili nelle esperienze dello Stato di diritto; si distingue il modello esterno in cui le principali decisioni sullo statuto della magistra-

Si tratta di un profilo che è stato oggetto di attenzione recentemente anche da parte del Parlamento europeo nella proposta di risoluzione sullo Stato di diritto 2021, in cui, nell'affermare l'importanza del ruolo dei Consigli di giustizia nella salvaguardia dell'indipendenza della magistratura, si è sottolineato come il tema della loro composizione, così come quello della nomina dei giudici, costituisca frequentemente un aspetto problematico<sup>82</sup>.

Nella giurisprudenza europea si trova conferma dell'importanza attribuita al ruolo degli organi di garanzia dell'indipendenza della magistratura, con un'attenzione particolare alla composizione, alle condizioni e alle modalità che hanno presieduto alla nomina dei membri, al fine di valutare il loro grado di indipendenza.

Sotto questo aspetto, si è pronunciata la Corte EDU nel 2022, affermando che «there is a clear link between the guarantee of judicial independence and the integrity of the judicial appointment process and the requirement of judicial independence and the autonomy of the national body with responsibility for safeguarding the independence of the courts and judges»<sup>83</sup>.

La Corte EDU si è espressa in merito alla necessità di tutelare i componenti degli organi giudiziari contro ogni misura che potenzial-

tura sono decise da organi esterni al potere giudiziario, come negli Stati Uniti; il modello interno in cui si affida tale compito ad organi interni al potere giudiziario, come l'esperienza francese del 1883 che affidava il potere disciplinare alle sezioni unite della Corte di cassazione e, infine, il modello istituzionale che prevede la creazione di organi ad hoc come l'esperienza francese dalla IV Repubblica in poi, seguita dall'esperienza italiana, portoghese e spagnola, cfr. P.L. MURILLO DE LA CUEVA, *El gobierno del Poder Judicial: los modelos y el caso español*, in *Revista de las Cortes Generales*, n. 35, 1995, 167 ss.

<sup>82</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 19 maggio 2022 sulla relazione sullo Stato di diritto 2021 della Commissione (2021/2180(INI)), art. 17.

<sup>83</sup> Corte EDU, *Grzęda v. Poland* [GC], 2022, §§ 300-303 e 345-346, riguardanti il National Council of the Judiciary in Polonia. Afferma la Corte che «It is equally necessary to protect the autonomy of judicial councils (the body with responsibility for safeguarding judicial independence) from encroachment by the legislative and executive powers, notably in matters concerning judicial appointments, and to preserve their role as a bulwark against political influence over the judiciary (§ 346). Moreover, while the Convention does not prevent States from taking legitimate and necessary decisions to reform the judiciary, any reform should not result in undermining the independence of the judiciary and its governing bodies» (§ 323).

mente possa minarne l'indipendenza, con riferimento anche ai membri dei Consigli di giustizia<sup>84</sup>, valutando «the manner of appointment of its members and their term of office, the existence of safeguards against external pressure and the question whether the body presents an appearance of independence»<sup>85</sup>. Le modalità di composizione di tali Consigli sono, infatti, considerate un criterio importante al fine di accertarne l'indipendenza dagli organi politici<sup>86</sup>.

In occasione di un procedimento relativo ad una decisione di revoca di un giudice della Corte suprema, adottata dall'High Council of Justice ucraina, organo di garanzia dell'indipendenza della magistratura e oggetto di numerose riforme nel corso di questi ultimi anni, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha, infatti, considerato in modo negativo che la maggioranza dei componenti di tale organo fosse eletta o nominata direttamente dal potere esecutivo e legislativo e che nei procedimenti disciplinari i componenti togati fossero in numero estremamente esiguo, circostanza valutata negativamente anche dalla Commissione di Venezia<sup>87</sup>. Nel caso specifico, peraltro, la decisione sulla revoca era stata assunta da sedici membri dell'High Council of Justice, di cui solo tre togati eletti da pari<sup>88</sup>.

La decisione ha dato occasione alla Corte europea dei diritti dell'uomo per esprimere le proprie considerazioni anche sulla presenza, tra i componenti dei Consigli di giustizia, di membri di diritto. Nel caso dell'High Council of Justice ucraina erano il Ministro della giustizia e il

<sup>84</sup> Corte EDU, *Grzęda v. Poland* cit., §§ 303-307; *Bilgen v. Turkey*, 2021, § 58; *Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugal* cit., § 196.

<sup>85</sup> Corte EDU, *Findlay v. the United Kingdom* cit., 1997 § 73; *Brudnicka and Others v. Poland* cit., § 38.

<sup>86</sup> Corte EDU, *Oleksandr Volkov v. Ukraine* cit., 2013, § 112.

<sup>87</sup> Venice Commission, 15-16 ottobre 2010, CDL-AD(2010)029), par. 29: «Nonetheless, the composition of the High Council of Justice of Ukraine still does not correspond to European standards because out of 20 members only three are judges elected by their peers (...)». È stato solo con gli emendamenti approvati il 7 luglio 2010 che l'HJC Act 1998 è stato modificato prevedendo che dieci membri togati fossero nominati dai loro pari. Le valutazioni svolte dalla Corte Edu nel caso dell'High Council of Justice ucraina sono state usate come criterio comparativo nel caso riguardante il Consiglio portoghese cfr. *Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugal* cit., §§ 157-160.

<sup>88</sup> Corte EDU, *Oleksandr Volkov v. Ukraine*, cit., §111.

Procuratore generale<sup>89</sup>. Nella vicenda la Corte ha, in generale, reputato inopportuna la presenza all'interno dei Consigli di giustizia di membri di diritto che occupano posizioni apicali nella struttura organizzativa amministrativa o giudiziaria, per il rapporto di dipendenza che permane in virtù della propria posizione, rapporto che potrebbe inficiare l'imparzialità dell'organo di garanzia e l'attività di coloro che sono ad essi subordinati.

A conferma di ciò anche nel caso del Consiglio superiore della magistratura ceco la Corte europea dei diritti dell'uomo ha evidenziato il forte controllo esercitato sui componenti laici dal Ministro della giustizia, competente, tra l'altro, a dare avvio ai procedimenti disciplinari nei confronti dei giudici<sup>90</sup>.

Sempre la Corte EDU, inoltre, ha sottolineato che nel caso dei procedimenti disciplinari rivolti ai giudici è necessario che venga garantita loro una forte rappresentanza attraverso un adeguato numero di componenti togati, in conformità con la European Charter on the statute for judges<sup>91</sup>.

La prevalenza all'interno dei Consigli di giustizia di componenti provenienti o eletti dal potere politico è stata oggetto di esame anche da parte della Corte di giustizia, che l'ha ritenuta un elemento significativo per valutare l'indipendenza di tali organi. La Corte, infatti, pur esprimendosi positivamente sull'intervento dei Consigli di giustizia nelle procedure di nomina dei giudici, ha ribadito la necessità che essi stessi siano indipendenti dal potere politico.

<sup>89</sup> A giudizio della Corte EDU, infatti, «The Prosecutor General is a party to many cases which the judges have to decide, and his presence on a body concerned with the appointment, disciplining and removal of judges creates a risk that judges will not act impartially in such cases or that the Prosecutor General will not act impartially towards judges», *Oleksandr Volkov v. Ukraine*, cit., § 114. La scelta di inserire tra i componenti dell'High Council of Justice il Procuratore generale, posto all'apice della gerarchia dei procuratori, così come di prevedere che una parte dei componenti fosse espressa dal collegio nazionale dei procuratori sono stati valutati in modo negativo anche dalla Commissione di Venezia; cfr. Commissione di Venezia, 15-16 ottobre 2010, CDL-AD(2010)029. La Commissione di Venezia si è espresso anche successivamente alla riforma del 1998 dell'High Council of Justice ucraina, cfr. Commissione di Venezia Commission, 2-3 Luglio 2021, CDL-AD(2021)018.

<sup>90</sup> Corte EDU, *Grosam v. the Czech Republic* cit., §§135–139.

<sup>91</sup> Corte EDU, *Oleksandr Volkov v. Ukraine* cit., §109.

In particolare, la Corte di giustizia, in riferimento alla partecipazione del Krajowa Rada Sądownictwa (KRS), organo di garanzia dell'indipendenza degli organi giurisdizionali e dei giudici polacco, nelle procedure di nomina dei membri della Sezione disciplinare<sup>92</sup>, ha affermato che «l'intervento di un organo siffatto, nel contesto di un processo di nomina dei giudici, può, in linea di principio, certamente essere idoneo a contribuire a rendere obiettivo tale processo»<sup>93</sup>. Alla luce di tale affermazione, la proposta di nomina di un giudice alla Corte suprema formulata dal KRS al Presidente della Repubblica può essere valutata come una misura idonea a delimitarne il margine di discrezionalità, purchè lo stesso KRS sia indipendente sia dal potere legislativo sia da quello esecutivo sia dallo stesso Capo dello Stato.

La Corte ha provveduto, ancora, ad individuare alcuni elementi da considerare ai fini dell'indipendenza dell'organo quali la durata del mandato, la composizione, con riferimento al carattere elettivo dei componenti e, in particolare, se direttamente provenienti dal potere politico o eletti da quest'ultimo, oltre che l'analisi di eventuali irregolarità nel procedimento di nomina dei membri<sup>94</sup>.

Si è, pertanto, ribadita la necessità di verificare la sussistenza di legami con l'Esecutivo e il Legislativo, invitando il giudice di rinvio a tener conto del modo in cui il KRS deve adempiere il proprio compito costituzionale di garante dell'indipendenza degli organi giurisdizionali e dei giudici, in base anche alle competenze che gli sono attribuite<sup>95</sup>.

<sup>92</sup> Corte di giustizia, Cause C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *A.K. and Others v Sąd Najwyższy, CP v Sąd Najwyższy and DO v Sąd Najwyższy*, ECLI:EU:C:2019:982. La Corte di giustizia ha sottolineato la necessità che le Camere disciplinari siano composte in modo da rispettare le regole a salvaguardia dell'imparzialità e dell'indipendenza della Camera stessa e dei suoi membri, cfr. Corte di giustizia Corte di giustizia, Cause C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19 e C-397/19, *Asociația 'Forumul Judecătorilor din România' and Others v Inspekția Judiciară and Others*, ECLI:EU:C:2021:393.

<sup>93</sup> Corte di giustizia, Cause C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *A.K. and Others v Sąd Najwyższy*, cit., par. 137.

<sup>94</sup> Corte di giustizia, Cause C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *A.K. and Others v Sąd Najwyższy* cit., par. 141-142.

<sup>95</sup> Corte di giustizia, Cause C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *A.K. and Others v Sąd Najwyższy* cit. par. 143-144 e 148. Nel caso di specie la Corte ha considerato l'attribuzione alla Sezione disciplinare della competenza esclusiva a conoscere delle cause in materia di diritto del lavoro e della previdenza sociale e di collocamento a riposo

Ancora, la Corte di giustizia richiede un'analisi dei «requisiti sostanziali e delle modalità procedurali che presiedono all'adozione delle decisioni di nomina,» per evitare «di suscitare nei singoli dubbi legittimi in merito all'impermeabilità dei giudici interessati rispetto a elementi esterni»<sup>96</sup>. Il rispetto di tali requisiti costituisce in tal modo una garanzia per l'indipendenza dei giudici e al contempo per l'imparzialità del loro giudizio.

L'aspetto della fiducia che l'organo giurisdizionale deve suscitare nella società è stato oggetto dell'attenzione della Corte EDU, che si è soffermata sul profilo dell'apparenza di un pregiudizio all'indipendenza dell'organo<sup>97</sup>. Da ciò discende, secondo la Corte, la necessità che siano garantite procedure trasparenti per le nomine dei componenti laici dei Consigli, senza le quali resta il pericolo di pressioni esterne<sup>98</sup>. Sotto que-

riguardanti i giudici della Corte suprema, cause che sino ad allora erano state di competenza dei giudici ordinari. Tale assegnazione alla Sezione disciplinare era avvenuta contemporaneamente all'adozione della nuova legge che aveva introdotto un abbassamento dell'età per il pensionamento dei giudici della Corte suprema, conferendo al Presidente della Repubblica il potere discrezionale di prorogare l'esercizio della funzione giudiziaria di tali giudici al di là dell'età per il pensionamento fissata. Cfr. Corte di giustizia, *A.B. and Others v Krajowa Rada Sądownictwa and Others* cit., par. 135-137. La riforma polacca che ha ridotto i termini per il ritiro dei giudici è stata considerata in contrasto con l'art. 19, par. 1, TUE, cfr. CGUE, sentenza del 5 novembre 2019, *European Commission v. Republic of Poland*, case C-192/18, EU:C:2019:924. Cfr. E. CECCHERINI, *L'indipendenza del potere giudiziario come elemento essenziale dello stato di diritto. La Corte di giustizia dell'Unione europea esprime un severo monito alla Polonia*, in *DPCE online*, 2019, 3, pp. 2197 ss.

<sup>96</sup> Corte di giustizia, *A.B. and Others v Krajowa Rada Sądownictwa and Others* cit., par. 123.

<sup>97</sup> La Corte dei diritti presta attenzione anche all'apparenza di un pregiudizio. Osserva che i membri del Consiglio ucraino che hanno iniziato l'inchiesta preliminare nei riguardi del ricorrente e che hanno inviato la richiesta per il congedo hanno anche preso parte alla decisione sulla rimozione. Afferma la Corte che l'intervento successivo del Parlamento, lungi dall'offrire garanzie per l'indipendenza, contribuito a politicizzare la procedura, ponendosi in contrasto con il principio della separazione dei poteri, *Oleksandr Volkov v. Ukraine* cit., §118. La Corte è ritornata a valutare la composizione dell'High Council of Justice ucraina nel 2018 e, considerando l'ampiezza delle competenze attribuitegli in materia di nomina, revoca e disciplina e lo specifico contesto del sistema ucraino, ha giudicato non dimostrata l'imparzialità e l'indipendenza previste dall'art. 6 CEDU, cfr. Corte EDU, *Denisov V. Ukraine* cit.

<sup>98</sup>Corte EDU *Grosam v. the Czech Republic* cit., §§ 129-139.

sto profilo, essa ha reputato non sufficienti i requisiti della durata della copertura dell'ufficio e del soddisfacimento della condizione di buona condotta, laddove manchi la predeterminazione di altri criteri oggettivi idonei a delimitare la discrezionalità delle nomine<sup>99</sup>.

Un altro elemento considerato rilevante ai fini dell'indipendenza dei Consigli di giustizia è l'indipendenza economica dei propri componenti. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha valutato se i componenti del Consiglio lavorino a tempo pieno presso l'organo e, di conseguenza, se siano retribuiti in modo esclusivo. L'erogazione di uno stipendio da parte di altri organi o enti infatti può determinare, a giudizio della Corte, in modo inevitabile, una «material, hierarchical and administrative dependence on their primary employers and endangers both their independence and impartiality»<sup>100</sup>. Anche la Corte di giustizia dell'UE collega il principio di indipendenza della magistratura con l'adeguatezza della retribuzione percepita dai giudici<sup>101</sup>.

Nella giurisprudenza della Corte dei diritti dell'uomo si è anche valutata la presenza o meno di garanzie nel caso di rimozione anticipata di un componente togato dal Consiglio di giustizia. Qui l'esclusione della possibilità di accesso ad una corte per sindacare la prematura rimozione dall'incarico è stata esaminata guardando alla presenza di una giustificazione «on objective grounds in the State's interest»<sup>102</sup>. Altrettanta attenzione è stata prestata alla possibilità di ricorrere in appello contro le

<sup>99</sup> Corte EDU *Grosam v. the Czech Republic* cit., § 130. Va comunque precisato che a giudizio della Corte «The participation of lay judges in a case is not, as such, contrary to Article 6 § 1 (*Grosam v. the Czech Republic*, 2022, § 126, concerning a disciplinary chamber, the majority of whose members were “lay assessors”, that is, representatives of specifically chosen legal professions; cfr. Corte EDU, *Cooper v. the United Kingdom* [GC], 2003, § 123».

<sup>100</sup> Corte EDU, *Oleksandr Volkov v. Ukraine* cit., §113; *Grosam v. the Czech Republic* cit., § 134.

<sup>101</sup> Corte di giustizia, Causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses v Tribunal de Contas* cit., par. 42-46.

<sup>102</sup> Corte EDU, *Grzęda v. Poland* cit., §§ 325-326. La Corte applica il test elaborato in occasione del caso *Vilho Eskelinen and Others v. Finland* [GC], 2007. La Corte ha, peraltro, evidenziato come «The removal, or threat of removal, of a judicial member of the National Council of the Judiciary during his or her term of office has the potential to affect the personal independence of that member in the exercise of his or her duties» §§ 300-309.

decisioni relative a procedimenti disciplinari o inerenti alle promozioni e alle carriere<sup>103</sup>.

Anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia si riscontra un'analoga verifica sui meccanismi di tutela avverso le decisioni dei Consigli di giustizia. In tal senso, la Corte ha valutato negativamente il fatto che le decisioni del Presidente della Repubblica polacco, riguardanti la nomina di giudici della Corte suprema, non potessero essere oggetto di alcun sindacato giurisdizionale<sup>104</sup>.

In questa direzione si è, invece, considerato un elemento positivo il riconoscimento del diritto a ricorrere avverso le decisioni del Conseil supérieur de la magistrature (CSM) francese innanzi al Consiglio di Stato, così permettendo ai giudici nazionali di valutare le doglianze presentate dalla parte del giudizio, giungendo ad escludere un coinvolgimento politico del Capo dello Stato che potesse inficiare l'indipendenza del giudizio. Così la Corte europea dei diritti dell'uomo, nel caso *Thiam v. France*, ha configurato non giustificato il timore del ricorrente relativo all'assenza di indipendenza del tribunale chiamato a giudicarlo per la commissione di un reato a danno del Capo dello Stato, costituito parte civile nel procedimento, per il solo fatto che egli facesse parte del CSM e che, quindi, fosse coinvolto nelle nomine e nelle promozioni dei giudici<sup>105</sup>.

Per le Corti europee, pertanto, l'adeguata rappresentanza di componenti togati scelti da pari, le garanzie relative alle nomine dei membri laici, la tipologia dei membri di diritto, l'adeguatezza delle retribuzioni, il diritto a ricorrere avverso le decisioni in tema di nomine, trasferimenti, promozioni, sanzioni disciplinari sono tutti elementi che contribuiscono a delineare l'effettiva indipendenza dei Consigli di giustizia, elementi considerati importanti anche al fine di alimentare nella società una percezione positiva del ruolo del potere giudiziario.

<sup>103</sup> Corte EDU, *Denisov v. Ukraine* cit., § 79; *Oleksandr Volkov v. Ukraine* cit., § 130.

<sup>104</sup> Corte di giustizia, Cause C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *A.K. and Others* cit.

<sup>105</sup> Corte EDU, *Thiam v. France* cit., § 75-85.

## 6. I criteri elaborati a livello europeo per garantire l'indipendenza dei Consigli di giustizia

Accanto alla giurisprudenza elaborata dalle Corti europee, esistono molteplici atti approvati negli ultimi anni a livello europeo che hanno riguardato i Consigli di giustizia, il loro ruolo e i profili inerenti alla loro indipendenza.

Già nella Raccomandazione del 2010 era stato riservato ai Consigli di giustizia un capitolo, in cui venivano definiti come «independent bodies, established by law or under the constitution»<sup>106</sup>, senza che si fornisse ulteriore specificazione relativa alla loro indipendenza. Se ne individuavano, però, le finalità – cioè salvaguardare l'indipendenza della magistratura e dei singoli giudici e promuovere l'efficiente funzionamento del sistema giudiziario - dato non privo di rilevanza, perché utile ai fini classificatori. Le altre disposizioni dedicate ai Consigli suggerivano una composizione che garantisse un'adeguata rappresentanza dei giudici – almeno la metà dei componenti avrebbero dovuto essere giudici eletti dai pari tenendo conto di tutti i gradi di giudizio - e si richiedeva che nel proprio operato venisse garantito il più elevato grado di trasparenza verso la società e i giudici, nei cui confronti il Consiglio stesso doveva impegnarsi a non interferire al fine di salvaguardarne l'indipendenza.

Si tratta di poche disposizioni – quattro – ma che toccano punti centrali: in base alla Raccomandazione i Consigli di giustizia sono organi indipendenti e di salvaguardia dell'indipendenza della magistratura<sup>107</sup>, composti in modo da dar voce al pluralismo del sistema giudiziario<sup>108</sup>; al contempo devono essere garanti dell'indipendenza dei giudici anche rispetto al proprio operato<sup>109</sup>, agendo con la massima trasparenza nei confronti dei giudici e della stessa società<sup>110</sup>.

<sup>106</sup> Recommendation CM/Rec(2010)12 of the Committee of Ministers to member states on judges: independence, efficiency and Recommendation CM/Rec(2010)12 responsibilities, art.26-29.

<sup>107</sup> Art. 26 Recommendation CM/Rec(2010)12.

<sup>108</sup> Art. 27 Recommendation CM/Rec(2010)12.

<sup>109</sup> Art. 29 Recommendation CM/Rec(2010)12.

<sup>110</sup> Art. 28 Recommendation CM/Rec(2010)12.

Il riferimento alla società appare importante, perché crea un rilevante legame tra il tema dell'indipendenza giudiziaria e la percezione che la società civile può averne. Da ciò consegue che i Consigli di giustizia, anche al fine di garantire la propria indipendenza, devono prestare attenzione non solo a come configurare i rapporti con i poteri dello Stato, ma anche alla relazione con la società stessa. Va, infatti, evidenziato, come il grado di cultura politica democratica di un ordinamento si misura anche in base a come la società percepisce, tra l'altro, l'indipendenza della magistratura e degli organi deputati alla garanzia della sua indipendenza<sup>111</sup>.

Sotto questo profilo, il parere reso dal Consiglio Consultivo dei Giudici Europei (CCEJ)<sup>112</sup> nel 2021<sup>113</sup> si sofferma sulla cura che i Consigli devono prestare ai rapporti con i poteri dello Stato, le associazioni dei giudici e la società civile. Si tratta di un atto con cui l'organo istituito dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha provveduto a delineare, integrando il precedente parere del 2007, alcuni principi in meri-

<sup>111</sup> L'Economist Intelligence elabora annualmente dal 2006 una valutazione sullo stato di democrazia di 165 paesi indipendenti, utilizzando i punteggi ricavati da alcuni indicatori che misurano cinque distinte categorie: il processo elettorale e il pluralismo, il funzionamento del governo, la partecipazione politica, la cultura politica e i diritti e le libertà civili. Sulla base del risultato ottenuto gli ordinamenti sono classificati come "full democracy", "flawed democracy", "hybrid regime" or "authoritarian regime". In base allo studio fatto emerge un elevato grado di disaffezione della società rispetto al sistema politico; cfr. ECONOMIST INTELLIGENCE, EIU, *The China Challenge, Democracy Index 2021*, specificamente p. 28, consultabile al seguente link: <https://www.eiu.com/n/campaigns/democracy-index-2021/>.

<sup>112</sup> Il Consiglio, istituito nel 2000 dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, è composto da giudici delegati dai Paesi membri del Consiglio d'Europa, con il principale compito di elaborare pareri per il Comitato dei Ministri su questioni inerenti all'indipendenza, imparzialità e professionalità dei giudici.

<sup>113</sup> Opinion n. 24 (2021) of the Consultative Council of European Judges (CCJE): Evolution of the Councils for the Judiciary and their role in independent and impartial judicial systems. Strasburgo, 5 novembre 2021. Nel parere del 2021 si specifica che lo scopo principale dei Consigli di giustizia è la salvaguardia dell'indipendenza del potere giudiziario nel suo complesso e dei giudici singolarmente; indipendenza intesa non già quale privilegio, ma quale garanzia, per ogni cittadino, di verità, libertà, rispetto dei diritti umani ed esercizio imparziale della giustizia. Ai Consigli di giustizia è attribuito il compito di promuovere l'efficienza e la qualità della giustizia e di rafforzare la fiducia dei cittadini nel sistema giudiziario.

to alla funzione, alla composizione, alle competenze di tali organi, al fine di armonizzare le esperienze degli Stati membri<sup>114</sup>.

Il CCEJ, infatti, nell'affermare che «the legitimacy of all Councils is of the utmost importance in upholding the rule of law»<sup>115</sup>, ha distinto due diverse fonti di legittimazione. La prima è definita “formal or constitutional legitimacy” e deriva dal rispetto delle regole stabilite nella Costituzione e nella legge in merito alla nomina dei giudici. Nella consapevolezza delle differenze esistenti negli Stati membri – nomina da parte dei Consigli di giustizia o di un altro organo indipendente, elezione da parte del Parlamento o nomina da parte dell'Esecutivo<sup>116</sup> – il CCJE raccomanda che ogni decisione relativa alle nomine o alla carriera dei giudici sia effettuata sulla base di criteri oggettivi da autorità indipendenti o, se affidata ad altri organi, sia comunque soggetta alle medesime garanzie<sup>117</sup>. La seconda fonte di legittimazione è definita “functional legitimacy” e si basa, a sua volta, sulla fiducia della società e si costruisce attraverso l'eccellenza del lavoro, la trasparenza, l'accountability<sup>118</sup>. A giudizio del CCJE, infatti, «public confidence in and respect for the judiciary are the guarantees of the effectiveness of a judicial system»<sup>119</sup>.

Vi è da sottolineare che il CCJE, già nel parere del 2007, aveva specificato l'importanza della tutela dell'immagine della magistratura, sol-

<sup>114</sup> Opinion n. 10 (2007) of the Consultative Council of European Judges (CCJE) to the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the Council for the Judiciary at the Service of society, Strasburgo, 21-23 novembre 2007.

<sup>115</sup> Opinion n. 24 (2021) of the Consultative Council of European Judges, par. 9.

<sup>116</sup> Sui vantaggi e svantaggi di ogni procedura cfr. CCJE Opinion No. 1(2001), para 33.: «it may be argued that election confers a more direct democratic legitimacy, but it involves a candidate in a campaign, in politics and in the temptation to buy or give favours. Co-option by the existing judiciary may produce technically qualified candidates, but risks conservatism and cronyism (or “cloning”) – and would be regarded as positively undemocratic in some constitutional thinking. Appointment by the executive or legislature may also be argued to reinforce legitimacy but carries a risk of dependence on those other powers. Another method involves nomination by an independent body».

<sup>117</sup> Si afferma, infatti, come «the constitutional legitimacy of individual judges who have security of tenure must not be undermined by legislative or executive measures brought about as a result of changes in political power». Cfr. Opinion n. 18 (2015) of the Consultative Council of European Judges, par. 15.

<sup>118</sup> Opinion n. 24 (2021) of the Consultative Council of European Judges, par. 9.

<sup>119</sup> Opinion n. 18 (2015) of the Consultative Council of European Judges, par. 16.

lecitando i Consigli di giustizia a promuovere iniziative per incrementare il livello di conoscenza e di fiducia della società nel sistema giudiziario ed invitandoli a gestire la comunicazione e i rapporti con i media<sup>120</sup>. Medesimi consigli sono stati ribaditi nel parere del 2021, in cui si afferma, inoltre, che la procedura di selezione dei componenti dei Consigli deve essere trasparente, per evitare che possa determinarsi la *percezione* di influenze politiche<sup>121</sup>, di interessi personali o di clientelismo<sup>122</sup>.

Dai suggerimenti resi dal CCJE emerge una sensibilità verso una composizione dei Consigli di giustizia che sia adeguatamente rappresentativa del pluralismo che oggi connota le società e, quindi, negli ordinamenti democratici, le stesse istituzioni.

Nell'esprimere una preferenza verso una composizione mista dei Consigli, formati da una maggioranza di membri togati eletti dai propri pari<sup>123</sup> e da componenti laici, il CCJE richiede anche che nella selezione dei primi sia garantita la più ampia rappresentanza possibile di tribunali e gradi di giudizio, la parità di genere e la ripartizione tra le regioni<sup>124</sup>; nella selezione dei secondi richiede che questi, possibilmente non espressione delle professioni legali, assicurino una rappresentanza diversificata della società<sup>125</sup>.

Coerentemente con questo approccio, non si predilige la presenza di componenti di diritto, salvo in un numero molto ristretto di casi, evidenziando l'inappropriatezza di membri o rappresentanti del potere legislativo o esecutivo che, comunque, dovrebbero restare esclusi dalla partecipazione ai procedimenti disciplinari<sup>126</sup>.

La predilezione per un carattere ampiamente rappresentativo dei Consigli trova conferma anche nel suggerimento di richiedere, nel caso

<sup>120</sup> Opinion n. 10 (2007) of the Consultative Council of European Judges par. 80-86.

<sup>121</sup> Opinion n. 24 (2021) of the Consultative Council of European Judges, par. 27

<sup>122</sup> Opinion n. 24 (2021) of the Consultative Council of European Judges par.29, 31, 34.

<sup>123</sup> Il CCJE sconsiglia, infatti, che i componenti togati siano selezionati dall'Esecutivo o eletti dal Parlamento, ammettendo però la possibilità di un'elezione o una nomina da parte di istituzioni quali gli ordini degli avvocati o da parte delle ONG (Opinion n. 24 (2021) of the Consultative Council of European Judges par. 31).

<sup>124</sup> Opinion n. 24 (2021) of the Consultative Council of European Judges par.29-30.

<sup>125</sup> Opinion n. 24 (2021) of the Consultative Council of European Judges par.29

<sup>126</sup> Opinion n. 24 (2021) of the Consultative Council of European Judges par.28.

di un'elezione parlamentare dei componenti, la maggioranza qualificata, in modo da garantire un'ampia collaborazione tra le forze politiche nella scelta. Inoltre, per non vanificare il coinvolgimento delle opposizioni, si sconsiglia di prevedere la riduzione del quorum dopo un certo numero di scrutini, per superare eventuali impasse<sup>127</sup>.

L'indipendenza dei Consigli, poi, passa anche da alcune caratteristiche concernenti i singoli componenti, quali la non appartenenza partitica o l'assenza di ruoli ufficiali nel Governo e nel Parlamento<sup>128</sup>, e l'attenzione alla *qualità* del lavoro che deve essere da loro prestato in seno al Consiglio, qui la qualità viene ricollegata a un'adeguata compatibilità tra le attività da svolgere per il Consiglio e il loro personale carico di lavoro<sup>129</sup>.

Inoltre, a garanzia dei componenti viene richiesta l'inamovibilità, in modo da assicurarne l'imparzialità e l'indipendenza rispetto a pressioni interne ed esterne. Essi, pertanto, dovrebbero essere rimossi dal loro incarico solo per comprovata colpa grave, nell'ambito di una procedura che garantisca il loro diritto ad un equo processo<sup>130</sup>.

Infine, vi è da aggiungere che, al fine di garantire un adeguato svolgimento delle funzioni assegnate, il parere raccomanda che i Consigli di giustizia abbiano copertura costituzionale e dispongano degli strumenti e delle risorse, anche finanziarie, necessarie.

Dalla lettura dei documenti citati emerge, pertanto, un insieme di criteri per la selezione dei componenti dei Consigli di giustizia, che si intrecciano in un'unica trama con quelli delineati dalla giurisprudenza delle Corti europee, consegnando agli Stati membri dei punti di riferimento per la costruzione di un sistema giudiziario che possa definirsi indipendente.

<sup>127</sup> Opinion n. 24 (2021) of the Consultative Council of European Judges par. 33.

<sup>128</sup> Opinion n. 24 (2021) of the Consultative Council of European Judges par. 32

<sup>129</sup> Opinion n. 24 (2021) of the Consultative Council of European Judges par. 30.

<sup>130</sup> Opinion n. 24 (2021) of the Consultative Council of European Judges par. 36-38.

In merito al mandato, se ne raccomanda la temporaneità, specificando che questo dovrebbe terminare solo al momento di una regolare elezione di un successore.

## 7. Conclusioni

Da quanto esposto emerge come le garanzie all'indipendenza giudiziaria non siano limitabili al solo contesto nazionale, ma si sviluppano, attraverso il ruolo dei giudici, in un dialogo tra le corti sovranazionali e i giudici dei singoli ordinamenti, in una osmosi che contribuisce a delineare un quadro di riferimento comune, all'interno del quale è possibile implementarne la tutela.

In tal senso, la normativa elaborata a livello europeo e la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE e della Corte europea dei diritti dell'uomo fungono da parametro di riferimento, promuovendo una armonizzazione tra le normative dei singoli Stati, anche al fine di preservare i meccanismi di cooperazione giudiziaria nello spazio giuridico europeo<sup>131</sup>. A questo scopo la giurisprudenza della Corte di giustizia ha delineato un concetto di autorità giudiziaria caratterizzata da un insieme di requisiti, tra i quali emerge l'indipendenza giudiziaria, oltre a fare riferimento al proprio fondamento giuridico, al carattere permanente, all'obbligatorietà della propria giurisdizione, alla natura contraddittoria della procedura e, al rispetto delle regole stabilite dalla legge<sup>132</sup>.

Partendo dalla premessa del carattere indispensabile del diritto alla protezione giurisdizionale effettiva e del ruolo che incombe sui giudici nazionali e sulla stessa Corte per garantirla<sup>133</sup>, i giudici europei hanno affermato come l'indipendenza giudiziaria, che attiene al contenuto essenziale del diritto fondamentale ad un equo processo, assurge a requi-

<sup>131</sup> Corte di giustizia, Causa C-477/16 PPU, *Kovalkovas*, ECLI:EU:C:2016:861 par. 41; Corte di giustizia, Causa C-509/18, *PF*, ECLI:EU:C:2019:457 par. 43; Corte di giustizia, GC, Cause riunite C-508/18 e C-82/19 PPU, *OG et PI (Parquets de Lübeck et de Zwickau)*, ECLI:EU:C:2019:456, par. 65; Corte di giustizia, Causa C-489/19 PPU, *NJ (Parquet de Vienne)*, ECLI:EU:C:2019:849, par. 32. La Corte, infatti, deve preservare i meccanismi di cooperazione giudiziaria in modo da «instaurare un sistema semplificato di consegna direttamente tra autorità giudiziarie, destinato a sostituire un sistema di cooperazione classico tra Stati sovrani, il quale implica l'intervento e la valutazione del potere politico, al fine di garantire la libera circolazione delle decisioni giudiziarie in materia penale, nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia».

<sup>132</sup> Conclusioni dell'AG, M. BOBEK presentate il 27 ottobre 2016, Causa C-551/15, *Pula Parking*, ECLI:EU:C:2016:825, par. da 101 a 107.

<sup>133</sup> Corte di giustizia, GC, Causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses v Tribunal de Contas* cit., par.31-32 e 36.

sito fondamentale non solo quale garanzia della tutela dei diritti derivanti al singolo dal diritto dell'Unione e della salvaguardia dei valori comuni agli Stati membri di cui all'art. 2 TUE<sup>134</sup>, ma anche al fine della realizzazione della cooperazione europea<sup>135</sup>. Essa presuppone un mutuo riconoscimento tra gli Stati membri che non può, quindi, prescindere dalle garanzie relative all'indipendenza giudiziaria. L'obiettivo, quindi, è il rispetto di uno standard di garanzie che rendano possibile l'effettività della tutela dei diritti e delle libertà.

<sup>134</sup> Corte di giustizia, Causa C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality c. LM*, cit., par.48.

<sup>135</sup> Corte di giustizia, Causa C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality c. LM* cit., par.55.



BRUNO MERCURIO

CRISI DELLA RAPPRESENTANZA ED EMERSIONE  
DI NUOVI MODELLI DI DEMOCRAZIA DELIBERATIVA.  
IL RUOLO STRATEGICO DELLE ATTIVITÀ  
DI PIANIFICAZIONE E PROGRAMMAZIONE

SOMMARIO: 1. La democrazia deliberativa come modello per una riforma sistemica dell'amministrazione nel perimetro della democrazia rappresentativa. – 2. La dimensione molteplice del modello deliberativo in ambito amministrativo. Valenza e stato attuale nell'amministrazione unilaterale. – 3. *Segue*: Valenza e stato attuale nell'attività di interesse generale. – 4. La centralità delle attività di pianificazione e programmazione nel metodo deliberativo. – 5. Il peculiare regime giuridico degli atti di pianificazione e programmazione e il valore intrinseco della partecipazione come elemento necessario dell'attività di formazione degli stessi. – 6. La riforma delle attività di pianificazione e programmazione come crocevia per una nuova amministrazione. Riflessioni conclusive.

*1. La democrazia deliberativa come modello per una riforma sistemica dell'amministrazione nel perimetro della democrazia rappresentativa*

Il concetto di democrazia deliberativa si innesta nel più ampio dibattito sulla crisi di fiducia, diffusa nelle democrazie contemporanee fra società e istituzioni<sup>1</sup>. Come la democrazia partecipativa<sup>2</sup>, di cui costitui-

<sup>1</sup> Sul punto vd. U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa un contributo alla democratizzazione della democrazia*, in U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa, esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze, 2010, 2.

<sup>2</sup> R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa e democrazia partecipativa, Relazione al Convegno "La democrazia partecipativa in Italia e in Europa: esperienze e prospettive"*, Firenze, aprile 2009, in Astrid Rassegna, 2009, 1. Secondo l'ultimo rapporto ISTAT relativo alla fiducia nelle istituzioni nel periodo 2012/2022 è emerso che «L'Italia si distingue per livelli di fiducia istituzionale relativamente bassi. (...) La fiducia nelle istituzioni della democrazia è sotto la sufficienza. Si tratta di caratteristiche di lungo periodo, stabili attraverso tutto il decennio analizzato» in [www.istat.it/it/files/2022/05/Fiducia-cittadiniistituzioni2021.pdf](http://www.istat.it/it/files/2022/05/Fiducia-cittadiniistituzioni2021.pdf).

sce una evoluzione<sup>3</sup>, il modello deliberativo si muove, infatti, all'interno del perimetro della democrazia rappresentativa con il fine di ristabilire il rapporto fra governanti e governanti.

In questo senso, la democrazia deliberativa si pone in continuità con le principali tradizioni costituzionali occidentali mutate come principi generali dall'Unione Europea<sup>4</sup> che si reggono sul principio rappresentativo, affermato e riconosciuto come cardine e forma concreta della democrazia<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> La distinzione fra gli istituti di democrazia partecipativa e deliberativa non attiene al modello di riferimento che resta per entrambi i modelli quello rappresentativo, ma alla forma e all'intensità della partecipazione che nel primo caso ha valore formalmente e sostanzialmente collaborativo (in taluni casi rafforzato) e nel secondo caso, invece, si propone di incidere sull'indirizzo politico e quindi di contribuire ad orientare le scelte di interesse generale delle istituzioni competenti ad assumerle. G. PEPE, *Il modello della democrazia partecipativa fra teorici e profili applicativi*, Milano, 2020, S. MIRATE, *La democrazia partecipativa*, in *Il procedimento amministrativo nei diritti europei e nel diritto comunitario*, a cura di G. FALCON, Padova, 2008, 5 ss. In senso difforme, Bifulco sostiene che fra i due modelli sussista un rapporto di genere a specie, in quanto la democrazia deliberativa costituirebbe un modello generale condiviso anche da altri poteri come quello giudiziario, mentre quello partecipativo caratterizzerebbe la sola funzione amministrativa. Cfr. R. BIFULCO, voce *Democrazia deliberativa*, in *Annali IV*, Milano 2011, 276. Diversamente, i sostenitori della tesi contraria, cui si aderisce, ritengono che la democrazia deliberativa costituisca una forma particolare, caratterizzata da strumenti più incisivi, di democrazia partecipativa come attesterebbe la circostanza che tali strumenti siano contemplati nella sezione dedicata alla partecipazione nella gran parte degli statuti regionali Cfr. L. BOBBIO, *Dilemmi della democrazia partecipativa in Democrazia e diritto*, 4, 2006, 14.

<sup>4</sup> L'articolo 6 TUE, considera democratica la società in cui le decisioni pubbliche sono prese da rappresentanti del popolo scelti attraverso elezioni libere e informate che sono sollecitati nella giurisprudenza della Corte EDU a «soppesare ragioni pro e contra, mantenere aperti i canali di comunicazione con l'opinione pubblica. Così facendo, proponendosi come custode di regole procedurali». In proposito M. STARITA, *Democrazia deliberativa e Convenzione europea dei diritti umani in Diritti umani e diritto internazionale*, 4 (2010), 245-278.

<sup>5</sup> L'art. 10 del TUE fonda il funzionamento dell'Unione sulla democrazia rappresentativa (comma 1) in cui i cittadini sono rappresentati nel Parlamento Europeo (comma 2). Cfr. Corte giustizia UE, 19 dicembre 2019, n. 418. Il principio rappresentativo viene affiancato da quello partecipativo che ha, comunque, ampio risalto nel medesimo articolo del Trattato. Il terzo comma dell'art. 10, infatti, dichiara il diritto di ogni cittadino a partecipare alla vita democratica dell'Unione, prescrivendo che le decisioni siano prese nella maniera il più possibile aperta e vicina ai cittadini. Attraverso la partecipazione, in particolare, le decisioni delle istituzioni europee trovano una legittimazione dal basso

In ambito amministrativo, essa punta a sostituire l'amministrazione unilaterale con forme di esercizio delle funzioni spettanti ai pubblici poteri in cui è favorita l'elaborazione condivisa fra istituzioni e consociati di scelte di portata generale<sup>6</sup>.

Secondo il modello deliberativo, partendo dal fenomeno che richiede di essere amministrato (regolato, gestito, curato), istituzioni pubbliche e privati, confrontandosi, attingono al patrimonio comune di conoscenze ed esperienze per la individuazione *dei bisogni da soddisfare, degli interventi a tal fine necessari, delle modalità di realizzazione degli stessi e delle risorse disponibili*<sup>7</sup> e così generano diverse opzioni suscettibili di essere sussunte nell'atto finale che, pur restando formalmente pubblico, discende da un processo condiviso di costruzione della scelta<sup>8</sup>.

Si riconosce, così, ai membri di una comunità *uti cives*, ossia a prescindere dal collegamento diretto con un bene della vita che possa essere inciso, «di influire sulla gestione dei pubblici poteri»<sup>9</sup>, valorizzando attraverso gli istituti partecipativi, l'apporto del corpo sociale alla definizione di atti, come quelli di regolazione e programmazione, con cui l'amministrazione definisce a monte finalità e presupposti della propria attività<sup>10</sup>.

che mira a superare il cosiddetto deficit democratico nell'ordinamento unitario. Tale deficit è dovuto alla inesistenza di una compiuta cittadinanza europea, che si realizza in forma mediata con il possesso della cittadinanza di uno Stato membro.

<sup>6</sup> Per un inquadramento generale del tema G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003. Sullo specifico, F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in *Dir. Amm.*, 2014, 45; F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa. Cura dell'interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione*, Padova, 2000.

<sup>7</sup> In questi termini si esprime l'art. 55 comma 2 del Decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 (Codice del Terzo settore) il quale prevede l'obbligo per le amministrazioni pubbliche di assicurare nell'esercizio delle loro funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi in settori di attività specificati dal precedente articolo 5 (sociali, culturali, ambientali, turistiche etc.).

<sup>8</sup> N. PODESTÀ, *Scelte di metodo: lo strumento della "agorà deliberativa" e la formazione dei facilitatori*, in *Discutere e agire. Una sperimentazione di democrazia deliberativa a Novara*, a cura di G. BALUZZI - D. SERVETTI, Novara, 2014, 30.

A. PIZZORUSSO, *Democrazia partecipativa e attività parlamentare*, in *Parlamento, Istituzioni, democrazia*, Milano, 1980.

<sup>10</sup> Nel modello dell'amministrazione condivisa infatti «l'ipotesi è che cittadini e

Il ruolo della comunità assume, così, valore co-legittimante andandosi ad affiancare, irrobustendola<sup>11</sup>, alla legittimazione impressa alle istituzioni dalla rappresentanza<sup>12</sup>. Partendo da fatti, informazioni e dati da elaborare e non da schemi già predeterminati<sup>13</sup>, viene, infatti, favorita una negoziazione non condizionata per giungere ad una decisione sostanzialmente e proceduralmente condivisa «uno slittamento del potere decisionale da dentro le gerarchie al dialogo fra pari fra istituzioni e cittadini»<sup>14</sup>.

In definitiva, nel metodo deliberativo viene in rilievo il dialogo come

amministrazione condividessero non l'esercizio del potere bensì della funzione amministrativa, condividendo risorse e responsabilità, per risolvere insieme problemi di interesse generale». G. ARENA, *Un approccio sistemico all'amministrazione condivisa*, in G. ARENA, M. BOMBARDELLI, *L'amministrazione condivisa*, Napoli, 2022, 3.

<sup>11</sup> Già nel 1909, Santi Romano osservava, a proposito del nuovo corporativismo di inizio secolo che aveva fatto emergere il fenomeno sindacale e aveva trovato nella enciclica "*Rerum novarum*", l'avallo della Chiesa Cattolica che: «l'odierna organizzazione statale, del fatto che si sente il bisogno di organizzazioni nuove, complementari ad essa, se pure non contrarie, si dimostra per ciò stesso insufficiente», giungendo alla conclusione comunque che «Maggiori saranno i contrasti che dalla specificazione delle forze sociali e dalla loro cresciuta e organizzata potenza deriveranno, più indispensabile apparirà l'affermazione del principio, che il potere pubblico non potrà considerarsi che come indivisibile nella sua spettanza, per quanto più larga e più confacente possa rendersi la partecipazione delle varie classi sociali al suo esercizio». Cfr. S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Pisa, 1909, in <https://core.ac.uk/download/pdf/212098063.pdf>. 15 -32.

<sup>12</sup> Individuando l'interesse stesso da perseguire. M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Milano, 1939, 78.

<sup>13</sup> Come accade, ad esempio, nel procedimento partecipato di approvazione degli atti di regolazione della autorità amministrative indipendenti, condotto su uno schema predisposto dall'amministrazione e aperto alle osservazioni attraverso il metodo informativo ed emendativo del "*notice and comment*". A. CONTIERI, *Deficit di rappresentatività delle Autorità Indipendenti e legalità procedurale* in AA. VV., *Le autorità amministrative indipendenti tra garanzia e regolazione*, a cura di A. CONTIERI, M. IMMORDINO, F. ZAMMARTINO, volume monografico di Nuove Autonomie, Napoli, 2020, 101 ss.

<sup>13</sup> Sull'importanza della partecipazione anche nei procedimenti di adozione di atti generali, M.R. SPASIANO, *La partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione dell'esercizio del potere: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Dir. amm.*, 2, 2002, 283 ss.

<sup>14</sup> M. SCLAVI, *Amministrazione condivisa come innesco al necessario cambiamento*, in *L'amministrazione condivisa*, a cura di G. ARENA, M. BOMBARDELLI, cit., 150.

momento ideativo delle scelte pubbliche generali attraverso un rapporto biunivoco, in cui «la responsabilità della loro effettiva attuazione finisce, senza soluzione di continuità dalle amministrazioni pubbliche ai privati e viceversa»<sup>15</sup>.

## *2. La dimensione molteplice del modello deliberativo in ambito amministrativo. Valenza e stato attuale nell'amministrazione unilaterale*

Per esprimere le sue potenzialità in ambito amministrativo, la democrazia deliberativa così come brevemente delineata, dovrebbe connotare soprattutto l'esercizio delle funzioni pubbliche finalizzate alla approvazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione<sup>16</sup>, di quegli atti cioè che costituiscono i presupposti delle successive attività esecutive, attuative o erogative di prestazioni e servizi<sup>17</sup> il cui assetto non è interamente predeterminato dalla legge, ma è rimesso alle scelte e alla cura delle amministrazioni pubbliche<sup>18</sup>.

Il valore aggiunto del modello deliberativo, infatti, sta nella possibilità riconosciuta alla società civile di contribuire a disegnare lo spazio (fatto di obiettivi, regole, modelli organizzativi, modalità e mezzi di esecuzione) entro cui l'amministrazione opererà successivamente, su schemi differenti, a seconda della natura dell'attività da svolgere.<sup>19</sup>

Del resto, se la partecipazione interviene solo nella fase successiva, in cui l'amministrazione esegue indirizzi generali assunti altrove, essa sarà strumentale all'adozione di provvedimenti puntuali e incisivi della

<sup>15</sup> F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in *Dir. Amm.*, 2014, 62.

<sup>16</sup> E. ROSSI, *Costituzione, pluralismo solidaristico e terzo settore*, Modena, 2019.

<sup>17</sup> Individuando l'interesse stesso da perseguire. M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Milano, 1939, 78.

<sup>18</sup> Per una ricostruzione evolutiva ed una prospettiva come «paradigma di approccio al benessere collettivo alternativo alle modalità attraverso le quali oggi questo è, di norma, perseguito da istituzioni, società e mercato». A. PIOGGIA, *La cura nella costituzione, prospettive per una amministrazione della cura in L'amministrazione condivisa*, cit. 43.

<sup>3</sup> Sul percorso evolutivo che ha condotto alla definizione di democrazia deliberativa nell'accezione descritta sia consentito un rinvio a B. MERCURIO, *Società e decisioni amministrative, processi evolutivi verso una democrazia deliberativa*, Napoli, 2021.

sfera giuridica degli interessati<sup>20</sup>, (di tipo dispositivo, autorizzatorio, concessorio, sanzionatorio, etc.) e, quindi, finalizzata secondo gli articoli 7 e 9 della legge 7 agosto 1990 n.241<sup>21</sup> sul procedimento amministrativo e le altre norme speciali prevedenti forme di contraddittorio, a rappresentare in modo sostanzialmente “difensivo” soluzioni alternative al provvedimento che l’amministrazione intende adottare<sup>22</sup>.

È pur vero che anche nell’assumere scelte puntuali, l’amministrazione deve svolgere un’istruttoria «preordinata all’apprezzamento e alla sintesi delle plurime istanze coinvolte»<sup>23</sup> esercitando la discrezionalità in modo che «mai un interesse diventi aprioristicamente da perseguire e dunque tiranno»<sup>24</sup>.

Il privato, dal canto suo, in questo tipo di procedimenti, è tenuto a rappresentare la propria situazione mettendola in relazione, non alla utilità individuale effettivamente perseguita o potenzialmente compromessa dal provvedimento in adozione, ma al soddisfacimento dell’interesse pubblico, dovendo evidenziare nelle sue osservazioni o la contrarietà della scelta a lui sfavorevole a norme che disciplinano la materia

<sup>20</sup> Nelle modalità di esercizio della funzione si assiste, inoltre, ad una evidente apertura metodologica, prevedendosi al comma 1-*bis* del medesimo articolo la possibilità di predisporre un calendario di incontri contestuali o separati con i destinatari e i controinteressati volti a favorire la conclusione dell’accordo. A. PUBUSA, *L’attività amministrativa in trasformazione. Studi sulla L. 7 agosto 1990 n. 241*, Milano, 19993, p. 18. S. FANTINI, *La partecipazione al procedimento e le pretese partecipative*, in *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, a cura di B. CAVALLO, Torino, 2000, 86.

<sup>21</sup> Che consentono la partecipazione o l’intervento esclusivamente ai destinatari del provvedimento e a coloro, ivi compresi i titolari di interessi diffusi, che da esso possano subire un pregiudizio pur non essendone i destinatari diretti.

<sup>22</sup> La giurisprudenza ha affermato la responsabilità dell’Amministrazione per i danni conseguenti all’esercizio della funzione amministrativa quando la violazione risulti commessa in un contesto di circostanze di fatto ed in un quadro di riferimento normativo tali da palesare negligenza e imperizia dell’organo nel garantire il contraddittorio. Consiglio di Stato sez. III, 24/05/2018, n.3134 in [giustiziaamministrativa.it](http://giustiziaamministrativa.it).

<sup>23</sup> Corte costituzionale, 28 febbraio 2019 n. 28, in <https://www.cortecostituzionale.it>

<sup>24</sup> F. ROVERSI MONACO, *Discrezionalità amministrativa e utilità generale (brevi considerazioni ordinarie)* in *Discrezionalità e amministrazione, Atti del convegno annuale AIPDA 7-8 ottobre 2022*, Napoli, 2023, X.

oggetto del provvedimento<sup>25</sup> o, nel merito, rappresentare un'alternativa tecnicamente e socialmente più valida in termini generali sotto il profilo dei principi che reggono l'azione amministrativa, e quindi in termini di imparzialità, efficienza, efficacia ed economicità, rispetto a quella prospettata dall'amministrazione e difesa dai controinteressati, lesiva o comunque limitativa, della sua sfera giuridica<sup>26</sup>.

In questo limitato senso, è stato ritenuto che la partecipazione procedimentale, sebbene abbia lo scopo di garantire il privato nei confronti del pubblico potere è idonea anche a «contribuire al processo di assunzione di decisioni pubbliche»<sup>27</sup>, introducendo soluzioni alternative «nel quadro delle possibilità all'interno del quale l'amministrazione opererà la sua scelta»<sup>28</sup>.

Siffatta forma di partecipazione, però, se può essere qualificata come espressione del principio di leale collaborazione fra privati ed am-

<sup>25</sup> Come magistralmente evidenziato «L'interesse individuale, dunque, che chiede la correzione, è rapporto alla legge un interesse pubblico, e non un interesse particolare e opposto al pubblico, che la legge volle proteggere». S. SPAVENTA, *Per l'inaugurazione della IV sezione del Consiglio di Stato*.

<sup>26</sup> Di tal che i motivi che spingono il privato a partecipare ossia i suoi interessi, bisogni o scopi individuali, non sono per sé stessi idonei a legittimare la scelta finale, stante la natura pubblica della causa di questa particolare forma di negozi, individuata nella determinazione del contenuto di un dato provvedimento amministrativo, funzionale alla realizzazione di un interesse che è pur sempre pubblico. Tale aspetto è bene evidenziato in M. OCCHIENA, *Il procedimento in AA.VV. Procedimento amministrativo e partecipazione. Problemi, prospettive e esperienze* (a cura di A. CROSETTI, F. FRACCHIA), Milano 2002, 167 ss.

Così l'interessato per avere maggiori chance di accoglimento deve necessariamente compiere uno sforzo che superi la sua posizione soggettiva o per meglio dire che la collochi nella dimensione generale, dimostrando con riferimento a quest'ultima che il contenuto del provvedimento, determinato secondo i suoi desiderata, assicuri il miglior raggiungimento del risultato pubblico con il minor sacrificio (nel caso di interesse oppositivo) o a prescindere dal vantaggio (nel caso di interesse pretensivo) che all'interesse privato possa derivarne. Cfr. U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, 228.

<sup>27</sup> M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 225. Per una recente ed accurata ricostruzione sul tema S. SERGIO, *L'azione amministrativa: partecipazione, trasparenza e accesso*, Bari, 2020.

<sup>28</sup> E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo* (a cura di F. FRACCHIA), Milano 2020, 433.

ministrazione<sup>29</sup>, oggi espressamente sancito nella legge sul procedimento dall'art. 2 *bis* introdotto nel 2020<sup>30</sup>, da cui discende l'obbligo per il titolare del potere discrezionale di dare conto nella motivazione del provvedimento del mancato accoglimento delle ragioni e soluzioni prospettate dagli interessati in sede di partecipazione al procedimento<sup>31</sup>, è lontana dalla portata del dibattito deliberativo, quale strumento attraverso cui coinvolgere il privato nell'amministrazione condivisa<sup>32</sup>.

Ed invero, un diverso e più aperto approccio era stato prefigurato fin negli studi della Commissione Nigro che aveva proposto l'inserimento, già nella legge generale sul procedimento 7 agosto 1990 n. 241, di strumenti di democrazia partecipativa prima dell'approvazione di atti generali, quali l'inchiesta pubblica<sup>33</sup>.

Nella migliore dottrina, infatti, è sempre stata forte la convinzione che l'esercizio della funzione amministrativa non dovesse avvenire in via esclusiva né prevalente in modo autoritativo, ma attraverso il coinvolgimento dei privati in tutti quei casi in cui il loro apporto potesse garantire una migliore rappresentazione delle istanze pluraliste provenienti dalla comunità di riferimento. In tali ipotesi, infatti, il confronto attivo

<sup>29</sup> Sul ruolo della partecipazione G. BERTI, *Diritto e stato, riflessioni sul cambiamento*, Padova 1986; M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo tra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1989; per una ricostruzione sistematica, G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, 219 ss.

<sup>30</sup> Dall'art. 12, comma 1, lettera a) della Legge 11 settembre 2020, n. 120.

<sup>31</sup> Il principio di leale collaborazione fra amministrazione e cittadino viene inteso come corollario del più generale principio del giusto procedimento, rendendo il procedimento amministrativo la sede deputata a chiarire le rispettive posizioni fra le parti, ma imponendo anche in relazione all'obbligo previsto dall'art. 3, l. n. 241/1990, l'esame del materiale istruttorio introdotto dai privati e la necessità di poter comprendere le ragioni poste a fondamento del giudizio di irrilevanza eventualmente formulato al riguardo dall'Amministrazione attraverso una motivazione dell'atto conclusivo che renda percepibile le ragioni del mancato adeguamento dell'azione amministrativa alle deduzioni partecipative. Tar Napoli, sez. VIII, 10/06/2021, n. 3924. Per il principio, Cons. St., sez. VI, 8.4.2003, n. 1882; Cons. St., sez. IV, 13.12.2001, n. 6238.

<sup>32</sup> M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, cit., 227; S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1; F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993.

<sup>33</sup> R. CHIEPPA, *Mario Nigro e la disciplina del procedimento amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3/2010, 667-683.

con la comunità, avrebbe facilitato l'assunzione della decisione migliore per il contesto <sup>34</sup>.

Tuttavia, la scelta del legislatore del '90 fu, come visto, di limitare la partecipazione alle sole esigenze sostanzialmente difensive di garanzia e deflazione del contenzioso nei procedimenti.

Essa è stata solo temperata dalla previsione nella medesima legge degli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento disciplinati dall'articolo 11, in cui la partecipazione assume un rilievo maggiore, sebbene riferita ai medesimi soggetti titolari del diritto ad essere informati e di partecipare al procedimento di cui sopra, potendosi attraverso detti strumenti determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero sostituirlo con un atto negoziale <sup>35</sup>.

Siffatti accordi non fuoriescono, quanto alla natura del potere esercitato, dal perimetro definito delle attribuzioni pubbliche; ciò è testimoniato dal potere di recesso unilaterale, salvo indennizzo, riconosciuto all'amministrazione. Tuttavia, come più volte ribadito dalla giurisprudenza, tale facoltà, pur non potendosi ritenere vincolata in termini assoluti in quanto riguarda pur sempre l'esercizio di pubbliche potestà <sup>36</sup>, in-

<sup>34</sup> S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio*, in *Riv. Trim. dir. Comp. di diritto comparato*, 2007, 13.

<sup>35</sup> Ad essa fa da corollario il diritto di accesso procedimentale disciplinato dall'art. 22 della medesima legge riservato proprio a chi sia titolare di un interesse diretto, concreto e attuale alla conoscenza.

In questa chiave devono essere letti anche gli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento disciplinati dall'articolo 11, in cui la partecipazione assume un rilievo maggiore, sebbene riferita ai medesimi soggetti titolari del diritto ad essere informati e di partecipare al procedimento di cui sopra, potendosi attraverso detti strumenti determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero sostituirlo con un atto negoziale. Sulla natura di tali accordi e sulla configurabilità nel nostro ordinamento della possibilità di negoziare l'esercizio del pubblico potere F. LEDDA, *Il problema del contratto di diritto amministrativo*, Torino, 1964; R. FERRARA, *Gli accordi fra i privati e la pubblica amministrazione*, Torino, 1985; F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo*, Padova 1998. G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, 1; G. MIELE, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931, 32. F. TIGANO, *Gli accordi procedimentali*, Torino 2002; N. AICARDI, *La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi: fondamenti e caratteri*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, Vol. 1, 1997, 33.

<sup>36</sup> Secondo il Consiglio di Stato, sez. VI - 24/12/2018 n. 7212 «Deve ritenersi ammissibile l'esercizio di un potere pubblicistico di autotutela che, per la imprescindibile

contra il limite del principio *di buona fede* e quindi del rispetto dell'affidamento del privato sulla stabilità del rapporto sorto con l'accordo<sup>37</sup>. Pertanto, sebbene il potere di recesso non sia ritenuto necessariamente ancorato a "circostanze sopravvenute" in senso strettamente fattuale<sup>38</sup> ma alla sopravvenienza di motivi di interesse pubblico<sup>39</sup>, detti motivi devono sussistere; essere esplicitati nel provvedimento ed essere tali da prevalere sull'assetto determinato dall'accordo<sup>40</sup>.

La forma di partecipazione più incisiva, attraverso il coinvolgimento del corpo sociale nella fase di elaborazione degli indirizzi è invece, in generale, limitata dall'art. 13 della legge generale sul procedimento che, come noto, esclude l'applicazione delle norme sulla partecipazione nei procedimenti volti alla emanazione di atti amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione.

Tant'è che il progressivo riconoscimento di forme di partecipazione più ampie rispetto a quelle previste dalla legge n. 241/90 è avvenuto all'interno di discipline speciali che hanno introdotto modelli decisiona-

funzionalizzazione degli accordi in discorso, non può ritenersi paralizzato dall'assimilazione dell'accordo al contratto. Al riguardo, la stessa norma, art. 11 comma 2, richiama (solo) i "principi" in materia di "obbligazioni e contratti" ritenendoli, oltretutto, applicabili solo "in quanto compatibili».

<sup>37</sup> Secondo tale orientamento, il potere deve essere esercitato – nel rispetto del limite derivante dalla sua espressa correlazione con la cura dell'interesse pubblico – per motivi "sopravvenuti", e dunque non conosciuti né conoscibili al momento della stipula dell'accordo, vista l'incidenza che detta decisione ha inevitabilmente sugli interessi della controparte e sull'affidamento da essa riposto. Non sarebbe consentito un ripensamento *tout court* inteso come *ius poenitendi* in senso stretto ma il ripensamento deve discendere da un contrasto con la tutela degli interessi generali che rende incompatibile la sopravvivenza del rapporto instaurato (T.A.R. Lazio Roma, sez. II-*quater* - 13/11/2019 n. 13010, che ha affermato che l'accordo sottoscritto "non può ritenersi che ... abbia determinato una cristallizzazione degli interessi pubblici coinvolti tale da renderlo impermeabile alla possibile sopravvenienza di nuovi (e contrastanti) interessi pubblici a norma dell'art. 11, comma 4, della L. n. 241 del 1990"). In tal senso anche T.A.R. Bologna, sez. II, 6.7.2020, n. 459.

<sup>38</sup> Tali sono considerati, ad esempio quelli di tipo finanziario. *Cfr. Consiglio di Stato* sez. III, 19.6.2018, n. 3748.

<sup>39</sup> *Consiglio di Stato* sez. VI, 23 novembre 2011, n. 6162.

<sup>40</sup> Quale corollario del principio di inesauribilità del potere pubblico, che caratterizza l'esercizio delle funzioni pubbliche *Consiglio di Stato* sez. V, 12.9.2017, n. 4304.

li in cui l'apporto del privato è apparso più penetrante, sia con riferimento all'oggetto della partecipazione, che al momento in cui essa si svolge.

Tale tendenza è evidente in alcuni istituti di amministrazione "concertata" attraverso cui la pubblica amministrazione, con riferimento a materie di particolare delicatezza o capaci di incidere sul tessuto economico, agisce secondo uno schema negoziale che si sostituisce all'esercizio del potere autoritativo, in favore di soluzioni condivise tra più enti pubblici e con i privati<sup>41</sup>.

Alcune di queste forme di collaborazione, come l'accordo di programma introdotto dall'art. 27 della legge n. 142/90 sulle autonomie e successivamente ripreso dall'art. 34 del D. lgs. 267/00, si collocano nell'ambito pubblicistico, attuandosi attraverso strumenti concertativi che seguono uno schema non dissimile dagli accordi fra pubbliche amministrazioni previsti dall'art. 15 della Legge 241/90<sup>42</sup>. La partecipazione dei

<sup>41</sup> Sull'argomento, A. CONTIERI, *La programmazione negoziata. La consensualità per lo sviluppo. I principi*, Napoli, 2005. Il fenomeno ha coinciso con il processo di valorizzazione delle autonomie locali, avviatosi nella seconda metà degli anni Novanta per poi approdare alla nota riforma del Titolo V della parte seconda della Costituzione, con l'introduzione del principio di sussidiarietà nella sua accezione verticale come criterio di attribuzione delle funzioni amministrative. In particolare, la moltiplicazione e la nuova distribuzione dei centri decisionali ha fatto emergere l'esigenza di creare convergenze su fini comuni di crescita, soprattutto nello sfruttamento di misure economiche volte a favorire lo sviluppo locale V. MANZELLA, *Vicende di un istituto di programmazione negoziata: i patti territoriali* in *Riv. Giur. Mezzogiorno*, 1997, 789 ss.

<sup>42</sup> Il tema della natura giuridica dell'accordo di programma si inserisce nel più risalente dibattito sulla natura dei contratti di diritto pubblico ossia sulla possibilità di utilizzare schemi dell'autonomia negoziale per l'esercizio della funzione amministrativa, nel caso in cui l'amministrazione sia chiamata a svolgere valutazioni discrezionali (F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, s.d., ma 1965; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997). Tale è stato lungamente ed ampiamente dibattuto fra coloro che hanno attribuito valore caratterizzante all'elemento negoziale (cfr. G. MANFREDI, *Modelli contrattuali dell'azione amministrativa: gli accordi di programma*, in *Le Regioni*, 1992, 349 ss.) coloro che invece hanno posto l'accento sull'oggetto pubblico e il fine di coordinamento delle amministrazioni partecipanti (cfr. G. PERICU, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 1998, 1635 ss.) e coloro che, infine, hanno riconosciuto una natura peculiare e diversa sia dal

privati, quindi, è inizialmente esclusa dall'istituto generale e quando è prevista, come in alcune varianti disciplinate da leggi settoriali o regionali<sup>43</sup>, non è maggiore di quella garantita negli accordi procedimentali, essendo riservate alla sfera pubblica le scelte fondamentali in ordine alla definizione e all'attuazione delle modalità di azione integrata e coordinata per il raggiungimento del fine pubblico<sup>44</sup>.

Su tale modello, si inseriscono però gli istituti di sostegno all'occupazione e allo sviluppo, introdotti nell'ambito delle misure di razionalizzazione della finanza pubblica dalla legge n. 662 /1996. Tali strumenti, genericamente ricondotti in dottrina alla categoria della "programmazione negoziata"<sup>45</sup>, pur differenziando in base alle finalità i soggetti ammessi a partecipare, producono tutti l'effetto di anticipare il contributo del privato alla fase della proposta o della scelta delle modalità di realizzazione di interventi e programmi diretti alla creazione di sviluppo

contratto di diritto privato che dal provvedimento amministrativo (cfr. A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1994, 146). Di recente, il Consiglio di Stato ha ricondotto tali accordi alla categoria generale degli accordi con i privati art. 11 e fra amministrazioni di cui all'art. 15 della L. n. 241/1990, ritenendo che ad essi non fosse da applicare integralmente la disciplina civilistica in tema di obbligazioni e contratti ma i soli i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili" (art. 11, comma 2), valorizzando « la spendita del potere amministrativo e la preordinazione del medesimo al perseguimento dell'interesse pubblico primario allo sfruttamento del complesso immobiliare per finalità culturali, ricreative e turistiche di comune apprezzamento». (Consiglio di Stato, Sez. IV, nella sentenza 9 marzo 2021, n. 1948).

<sup>43</sup> E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992. Fra le leggi regionali dell'epoca, si segnalano: l'art. 28 della legge regionale Sardegna n. 45; l'art. 13 della l.r. Veneto n. 40 del 1990 l'art. 3 della legge regionale Toscana n. 76 del 1996; l'art. 58 della legge regionale Liguria n. 36 del 1997; l'art. 11 della legge regionale Calabria n. 19/01.

<sup>44</sup> Il coinvolgimento si svolge, infatti, su un piano ancora prevalentemente collaborativo nella esecuzione di previsioni già ben definite costituendo, in questo caso, un modulo alternativo all'esercizio per atti della funzione amministrativa attuativa di scelte programmatiche già assunte da soggetti pubblici. In tal senso, Cass., Sez. un., 4 gennaio 1995, n. 91 che ha escluso la partecipazione dei privati agli accordi di programma, ritenendone possibile il coinvolgimento solo in fase attuativa.

<sup>45</sup> La più organica ricostruzione degli istituti in questione è, ancora oggi quella della richiamata opera di Contieri. Per una ricostruzione più recente, C. RENZO, *La programmazione negoziata nell'ordinamento giuridico*, Milano 2007,

ed occupazione, in particolare in zone economicamente depresse del paese<sup>46</sup>.

Così, sebbene il fine generale individuato dalla legge o dall'amministrazione implichi l'adozione di decisioni istituzionali a monte circa la allocazione di risorse finanziarie destinate alla programmazione negoziata, tale attività vede coinvolti, in egual misura, soggetti pubblici e privati, superando il limite partecipativo dell'accordo di programma che, peraltro, viene utilizzato come strumento nelle procedure di attuazione di queste nuove misure, sia nella forma generale prevista dalla legge sulle autonomie che nella peculiare forma dell'accordo di programma quadro prevista dalla legge n. 662/96.<sup>47</sup>

Nello stesso periodo, la partecipazione attiva del privato negli accordi di programma in materia ambientale viene espressamente prevista nel D. lgs. n. 152/99, poi riproposto dalle norme in materia ambientale del D.lgs. n. 152/06 (cosiddetto codice dell'ambiente)<sup>48</sup>.

Si tratta di disposizioni che si rivolgono non ai singoli ma alle associazioni imprenditoriali rappresentative sul piano nazionale, alle imprese e agli organismi intermedi come i consorzi privati senza fine di lucro, attraverso cui gli imprenditori associati, garantiscono il raggiungimento degli obiettivi previsti dalla legge.

<sup>46</sup> F. MANGANARO, *Strumenti giuridici alternativi alla tutela giurisdizionale nell'ordinamento amministrativo italiano*, in "Dereito", *Articolo in rivista*, 2007, 57; B. CIVILLA, *Gli accordi della P.A.: l'azione amministrativa tra consenso e collaborazione*, in *Il nuovo diritto amministrativo*, 4, 2013, 40.

<sup>47</sup> Si determinano così le condizioni per una interpretazione evolutiva dell'istituto nell'ordinamento «in virtù delle grandi trasformazioni che si sono avute nel rapporto amministrazione società nell'ultimo decennio, interpretazione che deve far leva sulla non esplicita esclusione da parte della norma della veste del privato come parte dell'accordo». A. CONTIERI, op. cit., 130. ID., *Accordo di programma e semplificazione*, in *Nuove autonomie*, 3-4, 2008, 595 ss.

<sup>48</sup> Recante "Disposizioni sulla tutela delle acque dall'inquinamento e recepimento della direttiva 91/271/CEE concernente il trattamento delle acque reflue urbane e della direttiva 91/676/CEE relativa alla protezione delle acque dall'inquinamento provocato dai nitrati provenienti da fonti agricole". Successivamente l'istituto è stato recepito nel D.lgs. n. 152/06 ed esteso nel settore dei rifiuti: alla organizzazione del "circuito organizzato di raccolta (art. 183); alla gestione degli imballaggi (art. 224); allo smaltimento degli pneumatici (art. 228); alle bonifiche dei siti contaminati (art. 248) e per la riconversione industriale (art. 252 bis).

L'iter di formazione degli atti resta sotto la direzione pubblica e il processo decisionale dà per presupposte la persistenza e prevalenza del potere amministrativo, quale garanzia della preminenza degli interessi pubblici in rilievo rispetto alla platea differenziata di quelli privati<sup>49</sup>.

Tale approccio è stato fortemente influenzato dal dibattito sull'amministrazione di risultato cui già negli anni ottanta autorevole dottrina faceva riferimento ponendola in contrapposizione alla amministrazione per atti<sup>50</sup> in base alla quale i criteri di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa, positivizzati nella legge sul procedimento come corollari del principio di buon andamento,<sup>51</sup> fossero indici di ragionevolezza e logicità delle scelte amministrative e nella loro adozione non dovesse essere considerata come esclusiva la modalità unilaterale di esercizio della funzione pubblica<sup>52</sup>.

Attraverso gli istituti di programmazione negoziata, dunque, la partecipazione è anticipata alla fase di determinazione delle scelte attuative anche rilevanti, ma resta mite.

Essa non appare, infatti, finalizzata a realizzare una stabile e generalizzata interazione fra attori istituzionali e popolazione di riferimento sulla individuazione dei bisogni da soddisfare attraverso l'attività amministrativa<sup>53</sup>.

<sup>49</sup> In tale assetto, la tutela sul corretto esercizio è affidata al giudice amministrativo entro i limiti del sindacato di legittimità dell'attività di ponderazione comparativa degli interessi valutati che gli consente, però, di svolgere un controllo intrinseco avvalendosi delle conoscenze tecniche «appartenenti alla medesima scienza applicata dalla amministrazione. Cfr. Cons Stato, sez, VI, n. 2302/2014.

<sup>50</sup> M.S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi dell'Amministrazione dello Stato*, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1982, pp. 722 ss.; L. IANNOTTA, *Economia, diritto e politica nell'amministrazione del risultato*, in *Scuola Superiore dell'Economia e delle Finanze (rivista on line)*, anno III, 5, 2006, 1.

<sup>51</sup> A. MASSERA, *I criteri di economicità, efficacia ed efficienza*, in *Codice dell'azione amministrativa* (a cura di M.A. SANDULLI), Milano, 2017, 40 ss.

<sup>52</sup> A. ANDREANI, *Funzione amministrativa, procedimento partecipazione nella l. 241/90 A quarant'anni dalla prolusione di Feliciano Benvenuti*, in AA.VV. *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Modena, 1996, 662: «la legge stessa recepisce più o meno esplicitamente i tre tipi di procedimento enucleati, legittimando sul piano positivo i diversi modi di intendere il procedimento stesso e cioè procedimento/istruzione, procedimento/contraddittorio e procedimento collaborazione».

<sup>53</sup> Per una attenta analisi degli aspetti teorici del modello relazionale V. MOLASCHI, *Economia collaborativa e beni comuni in Il diritto dell'economia*, 2, 2020, 345-372.

Il coinvolgimento avviene piuttosto secondo schemi importati al modello aziendalistico<sup>54</sup> per cui su un obiettivo complesso ma specifico da raggiungere che ha sempre contenuto economico (di recupero e sviluppo di aree economicamente depresse), è ricercato l'apporto collaborativo anche attraverso l'iniziativa progettuale, dei cosiddetti *stakeholder*, ossia di quei privati, costituiti essenzialmente da operatori economici portatori di un capitale finanziario e di professionalità utili alla realizzazione dell'interesse pubblico e da operatori sociali portatori di interessi conciliabili o contrastanti fra essi e con l'interesse pubblico<sup>55</sup>.

Tale modello di amministrazione, apre ad una collaborazione sociale nella valutazione fra più possibili opzioni legittime e rispondenti alla causa per cui il potere amministrativo è esercitato che è il contenuto stesso della discrezionalità amministrativa<sup>56</sup>, realizzando un tipo di scelta alternativa rispetto alla decisione unilaterale adottata secondo lo schema procedimentale classico in cui la "ponderazione comparativa degli interessi" è svolta solo dall'amministrazione<sup>57</sup>.

Pure nella legislazione statale e regionale, si è assistito alla introduzione di istituti che hanno previsto un sempre maggiore allargamento della sfera soggettiva e oggettiva della partecipazione, ricomprendendo anche procedimenti di approvazione di atti generali, sulla base di una piattaforma aperta alla concertazione da parte dell'amministrazione<sup>58</sup>.

<sup>54</sup> M. IANNIELLO, *Governance partecipata negli enti locali: una prospettiva economico-aziendale*, Milano, 2016.

<sup>55</sup> L'attività resta prevalentemente connotata dall'esercizio della funzione pubblica, ma i privati partecipano attivamente all'analisi dei punti di forza e debolezza (secondo lo schema privatistico della *swot analysis*) della iniziativa da realizzare e non si limitano, secondo le regole generali del procedimento amministrativo, a rappresentare le proprie esigenze e gli argomenti a favore o a sfavore, in relazione all'interesse pubblico perseguito. E. BORGONOVÌ, *Considerazioni per una teoria degli stakeholder nelle amministrazioni pubbliche*, Milano, 2007.

<sup>56</sup> Così Virga definisce la discrezionalità amministrativa in P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1968, 20.

<sup>57</sup> Il riferimento è alla celebre definizione della discrezionalità amministrativa, data dal Giannini in *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, Vol. II, p. 47 e ss. Per una riflessione profonda sulla evoluzione del concetto di discrezionalità F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 2000, 1045 ss.

<sup>58</sup> A livello di legislazione statale, il descritto approccio è recepito nel nostro codice

dell'ambiente che all'art. 3 ter, rubricato "principi dell'azione ambientale", prevede proprio che «la tutela dell'ambiente deve essere garantita da tutti gli enti pubblici e privati e dalle persone fisiche e giuridiche pubbliche e private». M. BROCCA, *Interessi ambientali e decisioni amministrative*, Milano, 2019, 249 ss. Di recente, G. PEPE, *La democrazia partecipativa ambientale tra ordinamenti sovranazionali ed ordinamento italiano*, in *Federalismi.it*, 2, 2020.

Sul piano regionale sebbene non espressamente richiamato, il modello deliberativo non è del tutto assente. Esso è, infatti, deducibile dalle disposizioni di alcuni statuti regionali (Cfr.: art. 9, comma 3, stat. Calabria; artt. 1, comma 3, e 11 stat. Campania; art. 15, in part. commi 1 e 2, stat. art.12, in part. comma 2, stat. Abruzzo; art. 3 stat. Basilicata; artt. 2, comma 2, lett. m) nonché 4, in particolare commi 1 e 2; Emilia-Romagna; art. 6, comma 7, stat. Lazio; art. 6 stat. Liguria; artt. 2, comma 3; 8, commi 1 e 3; 9 stat. Lombardia; art. 39, comma 1, stat. Marche; art. 9, comma 1, lett. i) nonché titolo II stat. Molise; artt. 2, comma 2, e 72, comma 2, stat. Piemonte; 14, comma 3, stat. Puglia; art. 72, in part. comma 1, stat. Toscana; art. 20, commi 1 e 2, stat. Umbria; art. 9 stat. Veneto). In particolare, la disciplina prevista nello statuto dell'Emilia-Romagna dedica l'art. 17 all'istruttoria pubblica nei procedimenti di formazione di atti normativi o amministrativi a carattere generale. Tale istruttoria, può essere indetta dal Consiglio regionale anche su richiesta di almeno cinquemila persone e si svolge in forma di contraddittorio pubblico. Il provvedimento finale è motivato con riferimento alle risultanze istruttorie e tale circostanza ha conferito credibilità all'istituto attraverso cui, è stato osservato, si è raggiunto un discreto risultato in termini di incremento e tasso di partecipazione ai processi decisionali regionali.

Lo statuto della Basilicata, all'art. 13, sancisce il principio individuando «nella partecipazione democratica il momento fondamentale per la determinazione della politica regionale». Inoltre, prevede, all'art. 16, l'istruttoria pubblica nei procedimenti concernenti la formazione di atti amministrativi di programmazione o aventi carattere generale. Anche qui, il ricorso allo strumento è facoltativo e viene sollecitata l'aggregazione in associazioni, comitati e gruppi di cittadini portatori di un interesse non individuale. Viene, infine, previsto che il provvedimento conclusivo sia motivato con riferimento alle risultanze istruttorie, demandando alla legge regionale la disciplina dei casi in cui può procedersi a istruttoria pubblica. P. VIPIANA, *La democrazia deliberativa a livello regionale*, in *Rivista AIC*, 1, 2018. Per una ricognizione sugli istituti partecipativi negli statuti regionali B. MERCURIO, *Società*, cit. p. 90. Tra le regioni a statuto ordinario, sono numerose le leggi che hanno disciplinato la partecipazione in settori specifici, come ad esempio la pianificazione territoriale, l'assistenza, la sanità, il commercio, il turismo e l'industria (Cfr. l.r. Toscana, n.69/07 prima e 46/2013 sul dibattito pubblico in cui è riconosciuta la partecipazione ai processi deliberativi a tutti coloro che risiedono nel territorio regionale, compresi gli stranieri e gli apolidi, purché regolari e coloro che vi lavorano, studiano o soggiornano nel dibattito pubblico per "grandi interventi" e nel sostegno ai processi partecipativi; la l. r. Puglia n. 28/2017, definisce come partecipativi quei processi che prevedono attività di informazione, formazione, progettazione, elabo-

Si è persino affacciata la possibilità di contribuire, sebbene in fase attuativa, alla individuazione stessa dell'interesse da perseguire fra più opzioni possibili, condividendo, in un certo senso, una quota del potere discrezionale con la p.a. nelle scelte incidenti sul tessuto sociale ed economico del territorio e quindi della comunità, negli istituti, del bilancio partecipativo<sup>59</sup> e del dibattito pubblico<sup>60</sup> che però sono scarsamente uti-

razione e discussione congiunta tra attori pubblici e attori privati e introduce il *town meeting*, ossia un incontro annuale dei sindaci e degli amministratori di enti locali sul programma di governo regionale, e i *citizen meeting*, ossia incontri tematici su base territoriale non predefinita nella quale vengono coinvolti i titolari del diritto di partecipazione., la l. r. Umbria n. 14/2010 che definisce la consultazione come strumento che permette il coinvolgimento dei soggetti interessati nell'esercizio delle funzioni degli organi regionali. Cfr. C. EQUIZI, *La democrazia deliberativa: l'esperienza delle regioni italiane*, in *dirittifondamenti.it*, 2, 2021, 519.

<sup>59</sup> In cui la comunità partecipa alla costituzione e alla successiva gestione di una quota del bilancio di previsione dell'ente locale, potendo così influire sull'allocatione delle risorse o meglio, su una parte di esse. Dal "bilancio partecipativo" si distingue il più diffuso "bilancio partecipato" che risponde ad esigenze di informazione e trasparenza, ma non lascia spazio alle istanze dei singoli o dei portatori di interessi nel procedimento. V. MOLASCHI, *Le arene deliberative: contributo allo studio delle nuove forme di partecipazione nei processi di decisione pubblica*, Napoli, 2018.

<sup>60</sup> Il D.P.C.M. n. 76, del 10 maggio del 2018, ha disciplinato il dibattito pubblico, che all'art. 2 viene definito come il "processo di informazione, partecipazione e confronto pubblico sull'opportunità, sulle soluzioni progettuali di opere, su progetti o interventi di cui all'Allegato 1". L'art. 1, invece, individua il momento temporale di attuazione del dibattito, prevedendo che la procedura deliberativa abbia ad oggetto la prima fase dell'iter di programmazione delle opere pubbliche, collocandola quindi in un segmento temporale in cui ogni opzione è ancora vagliabile, compresa la c.d. opzione zero, ossia la non realizzazione dell'infrastruttura. È interessante notare come la legislazione nazionale, sulla scorta del modello francese all'estero e della legge regionale Toscana n. 60/07 e del D.lgs. n. 50/2016 che per prima aveva sperimentato l'istituto nell'ordinamento interno, preveda ipotesi di avvio obbligatorio e facoltativo di dibattito pubblico (art. 3 D.P.C.M. 76/2018). Per una ricostruzione dell'istituto A. LULLO, *il dibattito pubblico quale strumento di democrazia partecipativa (evoluzione e stato dell'arte)* in *www.amministrazioneincammino.luiss.it*, 2018. Per una critica sulla effettiva portata dell'istituto troppo concentrato su aspetti particolari, A. BARONE, *Programmazione e progettazione nel codice dei contratti pubblici*, in *www.federalismi.it*, 6, 2018. Sulla disciplina del dibattito pubblico dettata dal codice dei contratti pubblici, con riferimento ai limiti che derivano dalla ineffettività della disciplina in materia di pianificazione delle infrastrutture di trasporto M. RAGUSA, *Nel cortile di chi? Dibattito pubblico e pianificazione delle grandi opere di interesse nazionale (con particolare riguardo alle infrastrutture di trasporto)*; M. IMMORDINO, *Commento all'art. 22*, in *Codice*

lizzati<sup>61</sup>, non vincolanti<sup>62</sup> e sui quali si assiste ad un tendenziale arretramento negli ultimi interventi normativi statali<sup>63</sup>.

Tali ultimi strumenti hanno certamente accresciuto il dialogo fra Stato apparato e comunità attraverso modelli che però, anche nelle versioni più aperte, non hanno mutato la natura della partecipazione che si configura sempre come il «“prendere parte” ad un processo di decisione di soggetti diversi da quelli ai quali un ordinamento attribuisce istituzionalmente la competenza a provvedere e che ordina stabilmente per questo scopo»<sup>64</sup>.

La giurisprudenza, infine, ha riconosciuto la possibilità di ricorrere a strumenti di sollecitazione ed induzione per via giudiziaria di provvedimenti ritenuti necessari, pur se non vincolati, mediante la richiesta di attivazione di determinati poteri pubblicistici, anche di tipo discrezionale, nel caso di inerzia degli enti competenti<sup>65</sup>. Tanto, sul presupposto

*dei contratti pubblici*, a cura di G.M. ESPOSITO, Vol. I, Torino, 2017.

<sup>61</sup> Uno studio del 2016 ha evidenziato come in Italia oltre la metà delle esperienze di bilancio partecipativo si siano bruscamente interrotte dopo solo un anno dall'inizio della sperimentazione e che solo il 24,14% delle amministrazioni sia riuscita a ripetere più di due cicli. L. BARTOCCI, G. GROSSI, D. NATALIZI, S. ROMIZI, *Lo stato dell'arte del bilancio partecipativo in Italia*, in *Azienda pubblica*, 1, 2016.

<sup>62</sup> Il riconoscimento di una portata vincolante degli esiti del dibattito, infatti, inciderebbe su scelte che, attenendo alla attività di programmazione, rientrano nel merito amministrativo e sono sindacabili in sede giurisdizionale solamente sotto il profilo della manifesta irragionevolezza, per cui soggette al sindacato debole del giudice amministrativo, come rilevato anche di recente dal Consiglio di Stato che ha espresso richiamo alla natura discrezionale della scelta evidenziando che la valutazione complessiva delle priorità, in ragione della visione complessiva dei problemi, resta in capo all'amministrazione che «ben può rivedere le priorità in base alle esigenze concrete». Cfr. Consiglio di Stato sez. V, n. 5871/2021.

<sup>63</sup> Nel nuovo codice dei contratti pubblici, D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, l'articolo 40 rimanda per la disciplina specifica del dibattito pubblico all'Allegato numero I.6 del Codice, abrogato da un regolamento adottato con decreto del Presidente del Consiglio per cui oggi la partecipazione dei singoli cittadini al dibattito pubblico risulta esclusa mentre è consentita alle sole amministrazioni interessate e ai portatori di interesse collettivo.

<sup>64</sup> M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, ora in ID., *Scritti giuridici*, 1996, 1414.

<sup>65</sup> Sulla legittimazione di un comitato cittadino a chiedere un provvedimento espresso da parte del sindaco nell'ambito dei suoi poteri di vigilanza sulle industrie insalubri e pericolose volto a prevenire, situazioni di inquinamento. Presupposto per

che, non solo quando l'azione amministrativa sia de ritenersi doverosa, ma anche quando «ragioni di giustizia ed equità ne impongano l'esercizio, l'eventuale inerzia dell'amministrazione deve poter essere superata mediante una procedura ad istanza di parte benché non sussista un espresso obbligo di provvedere previsto dalla legge»<sup>66</sup>.

Sebbene sia necessaria l'intermediazione del giudice che accerti i presupposti a base della invocata necessità di agire, non vi è dubbio che, attraverso detti strumenti sollecitatori, viene consentito ai privati di compiere la valutazione, propria della funzione amministrativa, sul "se" sia necessario provvedere prima ancora che sul "come"<sup>67</sup>.

Dal quadro descritto si ricava che nell'attività unilaterale l'attuazione della democrazia deliberativa è affidata sostanzialmente alla volontà e alla sensibilità della singola amministrazione di coinvolgere i privati nella determinazione dei fini da perseguire<sup>68</sup>, non esistendo una disciplina generale sulla partecipazione ai procedimenti di adozione di atti di pianificazione e di atti normativi e generali che quando è prevista, in alcuni istituti particolari introdotti da norme di livello statale e regionale, è priva di una adeguata forza cogente che le dia effettività.

### 3. Segue: *Valenza e stato attuale nell'attività di interesse generale*

Solo apparentemente diverso è il discorso relativo alle attività di interesse generale attinenti alla garanzia delle fondamentali libertà sociali che non essendo «riconducibili né allo Stato né al mercato (...) in quanto espressive di una relazione di reciprocità»<sup>69</sup> andrebbero svolte, fin

l'esercizio di siffatto potere è la sussistenza di un concreto pericolo per l'ambiente e dunque per la salute pubblica, da valutare complessivamente a seguito istruttoria, ricorrendo all'ausilio di conoscenze tecniche degli organismi competenti in materia sanitaria ed ambientale. Cfr. T.A.R. Veneto, sez. II, 16 dicembre 1997, n. 1754; T.A.R. Lecce, sez. I, 7 luglio 2009, n. 1786.

<sup>66</sup> Cons. Stato, sez. IV, 14 dicembre 2004, n. 7975.

<sup>67</sup> M. BROCCA, *Interessi ambientali e decisioni amministrative*, Milano, 2019, 249 ss. Da ultimo, G. PEPE, *La democrazia partecipativa ambientale tra ordinamenti sovranazionali ed ordinamento italiano*, in *Federalismi.it*, 2, 2020.

<sup>68</sup> S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 13.

<sup>69</sup> D. DE PRETIS, *Principi costituzionali e amministrazione condivisa*, in

dalla loro programmazione, in modo condiviso, sulla base del principio solidaristico di cui all'art. 2 Cost il quale «comportando l'originaria connotazione dell'uomo *uti socius*, è posto dalla Costituzione fra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico (...)»<sup>70</sup> ed è considerato principio generale cui le pubbliche amministrazioni devono attenersi nel disciplinare i loro rapporti con il privato organizzato, non potendo ascrivere alla loro competenza esclusiva le scelte organizzative nelle materie afferenti dette libertà.

Di tale interpretazione è persuasa la Corte costituzionale che, nella recente sentenza n.131/2020<sup>71</sup> ripresa anche in pronunce successive<sup>72</sup>, ha evidenziato la natura “non sinallagmatica” del rapporto che si instaura nei settori attinenti ai diritti sociali fra amministrazione e privato sociale, espressione di una forma di “amministrazione condivisa”<sup>73</sup> in cui sembra postulata la necessità del coinvolgimento dei privati sotto tutti i profili decisionali, anche quelli generali.

Tuttavia, il comma 4 dell'art. 118, nella parte in cui prevede che le amministrazioni repubblicane di ogni livello *favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale*, autorizza una interpretazione restrittiva che non obbliga le amministrazioni al coinvolgimento della comunità nell'esercizio della funzione di determinazione degli interessi da perseguire, ma solo

*L'amministrazione condivisa*, a cura di G. ARENA, M. BOMBARDELLI, cit., 36.

<sup>70</sup> Corte Costituzionale, 28 febbraio 1992, n.75 in *Regioni* 1993, 102. Il principio è stato affermato altre volte nella giurisprudenza costituzionale già precedentemente alla riforma del Titolo V del 2001 che ha espressamente introdotto il principio di sussidiarietà orizzontale e delle leggi Bassanini che la avevano anticipata nel 1997. Nella sentenza della Corte Costituzionale, 28 dicembre 1995, n. 519 ad esempio, si legge « la coscienza sociale ha compiuto un ripensamento a fronte di comportamenti un tempo ritenuti pericolo incombente per una ordinata convivenza, e la società civile consapevole dell'insufficienza dell'azione dello Stato ha attivato autonome risposte, come testimoniano le organizzazioni di volontariato che hanno tratto la loro ragion d'essere, e la loro regola, dal valore costituzionale della solidarietà».

<sup>71</sup> Corte Costituzionale, 26 giugno 2020, n.131.

<sup>72</sup> Corte Costituzionale, 15 marzo 2022, n.72 in *Giurisprudenza Costituzionale* 2022, 2, 833.

<sup>73</sup> V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione condivisa nel sistema del diritto amministrativo*, in *L'amministrazione condivisa*, a cura di G. ARENA, M. BOMBARDELLI, cit., 26.

in quella successiva relativa allo svolgimento delle attività in cui, invece, le formazioni sociali diventano protagoniste .

In questo senso, il richiamo alla fase dello svolgimento delle attività sembra qualificare la partecipazione dei privati come contributo a contestualizzare il fine pubblico, specificandolo, con il loro apporto e cooperando nella individuazione dei bisogni peculiari del territorio in cui le scelte vanno a incidere, nella individuazione delle misure più idonee per realizzarli e nella gestione in via prioritaria delle stesse.

Di questo secondo gruppo di attività, infatti, “l’autonoma iniziativa dei cittadini” viene riconosciuta come assegnataria in via principale sulla base del richiamato principio di sussidiarietà orizzontale<sup>74</sup>, con la conseguenza che l’amministrazione dovrebbe ricorrere a modalità diverse di svolgimento solo quando, non essendo adeguatamente perseguibile lo scopo da parte degli enti privati<sup>75</sup>, essa assume la titolarità diretta delle attività.

Ne consegue, ed è questo allo stato il solo riconoscimento di rilievo alla comunità organizzata rispetto a quanto avviene nell’attività unilaterale, che a valle del processo condiviso di co-programmazione solo eccezionalmente l’amministrazione potrà ricorrere alla produzione diretta o al mercato ordinario degli operatori economici per soddisfare i bisogni della comunità la cui cura dovrà, invece, essere prioritariamente affidata al terzo settore, mediante le peculiari procedure a ciò finalizzate se più favorevoli rispetto al ricorso al mercato<sup>76</sup>.

<sup>74</sup> Sul tema, F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. Amm.*, 2020. Il Consiglio di Stato, subito dopo la riforma del Titolo V, ha precisato che il principio di sussidiarietà orizzontale consente di intendere il concetto di autonomia privata non solo nel senso che il suo riconoscimento assume portata prioritaria quando l’autonomia è orientata alla realizzazione dei bisogni individuali, ma anche quando persegue utilità generali, configurando spazi autonomi di tutela per «attività strumentali» mediante le quali si persegue la realizzazione delle «utilità generali», così da far assumere una posizione prioritaria al privato rispetto al pubblico anche in settori sinora riservati alla competenza esclusiva degli apparati amministrativi. nel parere 6 marzo 2002, n.1354 in *Foro amm.* CDS 2002, 2607.

<sup>75</sup> Giurisprudenza. Cfr. Corte Costituzionale, 9 aprile 2019, n.79 in *Foro Amministrativo*, 6, 2020, 1155.

<sup>76</sup> L’art. 56 del codice prevede che le amministrazioni pubbliche possono sottoscrivere con le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale, iscritte da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore, convenzioni finalizza-

Anche quando l'attività rivesta carattere economico, peraltro, la giurisprudenza ha evidenziato che l'ordinamento è oramai fondato sulla sussidiarietà orizzontale tra operatori sanitari pubblici e privati accreditati<sup>77</sup>, fermo restando il rispetto, in questo secondo caso delle regole particolari sulla concorrenza oggi in parte disciplinate nel Decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36<sup>78</sup>.

Sembrano esserci pertanto due livelli; il primo attinente all'esercizio della funzione in senso tecnico<sup>79</sup>, affidato al dialogo multilivello fra le amministrazioni pubbliche<sup>80</sup> e il secondo relativo alla definizione delle modalità di svolgimento, alla graduazione degli interventi sulla base delle risorse disponibili, alla contestualizzazione del fine, e alla gestione,

te allo svolgimento in favore di terzi di attività o servizi sociali di interesse generale, se più favorevoli rispetto al ricorso al mercato. Il successivo art. 57, a sua volta, stabilisce che l'affidamento dei servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza possa avvenire in via prioritaria, alle organizzazioni di volontariato.

<sup>77</sup> In tal senso, Consiglio di Stato sez. III, 7 dicembre 2021, n.8164 in Foro amm. 2021, 1467. Gli ETS, ha poi chiarito la Corte costituzionale, possono operare senza scopo di lucro o "scegliere di svolgere attività economica - accettando i correlati vincoli, primo dei quali la rinuncia alla massimizzazione del profitto, operando in un "mercato qualificato", quello della welfare society, distinto da quello che invece risponde al fine di lucro. Cfr. Corte Costituzionale, 15 marzo 22 n.72.

<sup>78</sup> L'art. 173 per l'aggiudicazione degli appalti di servizi sociali e di altri servizi assimilati rinvia agli articoli 127, 128, 129, 130, e 131 e al decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 in cui sono previste disposizioni particolari per alcuni contratti dei settori ordinari che garantiscono comunque la concorrenza.

1. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 141, comma 2, per l'aggiudicazione degli appalti di servizi sociali e di altri servizi assimilati di cui all'allegato XIV alla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014 nei settori speciali di cui al presente Libro si applicano gli articoli 127, 128, 129, 130, e 131, fermo restando quanto previsto dal Titolo VII del codice del Terzo settore, di cui al decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117.

<sup>79</sup> Intesa in senso stretto, ossia come quelle attività che si estrinsecano nell'esercizio del potere Cfr. L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna 1993, 725.

<sup>80</sup> Secondo il principio di sussidiarietà verticale e sulla base dei doveri inderogabili posti in capo allo Stato apparato dal principio di uguaglianza sostanziale, sancito all'art. 3 comma 2 Cost nonché dalle specifiche norme di settore in cui il legislatore ha già determinato l'assetto degli interessi.

condiviso con i privati in cui, solo, opera il principio di sussidiarietà orizzontale<sup>81</sup>.

Siffatto assetto, però, non pare riconducibile al modello della democrazia deliberativa, mancando il coinvolgimento del privato nell'esercizio della funzione. Esso appare piuttosto una forma ibrida in cui la programmazione pubblica generale, approvata dalle amministrazioni secondo uno schema prettamente procedimentale, aperto al contributo dei privati, ma sostanzialmente unilaterale, viene integrata nella fase di progettazione e svolgimento dall'apporto dei privati i quali, dimostrando di essere in grado di attuare il fine pubblico, assumono anche la responsabilità in via principale, delle attività materiali<sup>82</sup>.

Non a caso, è in questo più ristretto ambito che di recente si sta assistendo all'affermazione di istituti in cui è fortemente valorizzato il contributo della società organizzata capace di offrire una alternativa alla erogazione da parte dell'amministrazione di servizi e prestazioni, così rendendo meno necessario impiegare risorse pubbliche «là dove operano o sono in grado di operare, i privati, mediante il ricorso a forme di autofinanziamento e/o incremento delle risorse che provengono dall'apporto disinteressato dei singoli»<sup>83</sup>.

Questi istituti si realizzano attraverso enti di diritto privato espressione dell'autonomia privata (associazioni, cooperative, fondazioni, di comunità) individuati dall'art. 4 del decreto legislativo 3 luglio 2017, n.

<sup>81</sup> M. INTERLANDI, *Protezione sociale ed equilibrio intergenerazionale*, in *Dir. e Soc.*, 2022.

<sup>82</sup> La legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali, 8 novembre 2000, n. 328 ad esempio, prevede una organizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali ancora incentrato sulle competenze dei soggetti istituzionali tenuti nell'esercizio delle funzioni a promuovere, nell'ambito del sistema locale dei servizi sociali a rete, risorse delle collettività locali tramite forme innovative di collaborazione per lo sviluppo di interventi di auto-aiuto e per favorire la reciprocità tra cittadini nell'ambito della vita comunitaria (art. 6 comma 3 lett a) o d) effettuare forme di consultazione delle organizzazioni non profit e della cittadinanza attiva per valutare la qualità e l'efficacia dei servizi e formulare proposte ai fini della predisposizione dei programmi (art. 6 comma 3 lett. d). Il tutto in una cornice stabilita dall'art. 1 in cui gli enti locali, le Regioni e lo Stato, nell'ambito delle rispettive competenze, riconoscono e agevolano il ruolo degli organismi non lucrativi (comma4) nella progettazione e nella realizzazione concertata degli interventi (comma5).

<sup>83</sup> Cons. Stato atti norm., 06/03/2002, n.1354, cit.

117 (codice del terzo settore)<sup>84</sup> che, ai sensi del citato codice, l'ordinamento è tenuto a sostenere (art. 1) anche mediante forme di cooperazione con lo Stato, le Regioni, le Province autonome e gli enti locali (art. 2).

Il successivo art.55 assicura il coinvolgimento attivo di tali enti attraverso forme di co-programmazione e co-progettazione poste in essere nel rispetto dei principi della legge 7 agosto 1990, n. 241, e quindi secondo i modelli analizzati in precedenza dell'amministrazione unilaterale cui pure riconduce il successivo comma 2 quando prevede che l'individuazione dei bisogni, delle modalità di realizzazione degli stessi e delle risorse disponibili sono compiti dell'amministrazione che la stessa deve svolgere mediante il ricorso al dialogo collaborativo con gli enti del privato sociale organizzato.

Siffatto approccio è confermato dalle successive linee guida in materia di attività sociali adottate nel 2021<sup>85</sup>, in cui il procedimento di co-programmazione è articolato, secondo lo schema classico del provvedimento amministrativo, nelle fasi di avvio anche su istanza di parte, di istruttoria affidata ad un responsabile, di partecipazione collaborativa e di conclusione.

Più aperto è invece il procedimento di co-progettazione in cui, a valle della programmazione, si assumono le scelte gestionali, queste effettivamente condivise con gli enti del terzo settore che vi partecipano a seguito di un apposito avviso pubblico, mediante sessioni dedicate di lavoro che si possono concludere con la decisione di far svolgere l'attività a uno o più enti mediante convenzione o accreditamento.

Gli enti del terzo settore, dunque, non diversamente da quanto visto a proposito dell'amministrazione negoziata nell'attività unilaterale, ven-

<sup>84</sup> In base al quale "Sono enti del Terzo settore le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore".

<sup>85</sup> Decreto Ministro del Lavoro e delle politiche sociali 31 marzo 2021 n. 72.

gono in rilievo soprattutto per il “risultato” che sono in grado di assicurare nel momento gestorio più che in quello di indirizzo politico e come tali sono accolti all’interno del nuovo codice dei contratti pubblici che, all’art. 6, prevede la facoltà (non l’obbligo) per la pubblica amministrazione di apprestare “modelli organizzativi” fondati sulla condivisione della funzione amministrativa.

Mentre, quindi, siamo in presenza di un paradigma fortemente innovativo sotto il profilo dello svolgimento delle attività affidate in via prioritaria alla collettività e solo in via sussidiaria al potere pubblico<sup>86</sup>, non altrettanto può sostenersi delle scelte di indirizzo sull’esercizio della funzione sottesa alla amministrazione del settore, per le quali la partecipazione del corpo sociale costituisce ancora una forma di collaborazione<sup>87</sup> e pur sempre una opzione cui l’ente pubblico può non aderire. Tanto più che, come è stato correttamente osservato «la tradizionale impostazione del nostro diritto amministrativo (il potere, il procedimento, le forme vincolate dell’azione: insomma, autorità e libertà!) ha un peso fortissimo nel sentire comune degli operatori»<sup>88</sup>.

In questo senso, l’idoneità del modello di amministrazione condivisa a produrre il valore aggiunto cui tende la democrazia deliberativa dipende da quanto spazio viene assicurato alla partecipazione del privato nella fase della pianificazione e programmazione delle attività “territoriali” che, come visto solo formalmente, appaiono oggi co-determinate, ma sono ancora sostanzialmente unilaterali competendo in via esclusiva al potere pubblico la identificazione degli interessi da perseguire<sup>89</sup>.

Perché si realizzi il modello deliberativo occorre, infatti, il coinvolgimento dei privati nella formazione degli atti di indirizzo<sup>90</sup>, non essen-

<sup>86</sup> V. CERULLI IRELLI, *L’amministrazione condivisa*, cit., 28; G. NAPOLITANO, *Committenza pubblica e principio del risultato*, in *www.astrid-online.it*, 2023; M.A. SANDULLI, *Procedure di affidamento e tutele giurisdizionali: il contenzioso sui contratti pubblici nel nuovo codice*, in *www.federalismi.it*, 2023.

<sup>87</sup> In questo senso, M. TIBERII, *Il ruolo degli enti no profit nell’attività pubblica di programmazione e progettazione*, in *Amministrativ@mente*, 4, 2019, 84.

<sup>88</sup> Così V. CERULLI IRELLI, *L’amministrazione condivisa*, cit., 29.

<sup>89</sup> 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.

<sup>90</sup> E. ROSSI, *Le finalità e gli strumenti della democrazia partecipativa nell’ordinamento giuridico italiano* in *Diritto e Società*, 3, 2016, 495.

do sufficiente quello nelle attività che li sostanziano che, in questo secondo caso, ha il più limitato, sebbene importante, fine di rispettare e valorizzare le energie individuali, impegnandole direttamente per la realizzazione di quelle che sono avvertite come utilità collettive ed esigenze proprie della comunità<sup>91</sup>.

Occorre, in buona sostanza che la partecipazione rivesta carattere politico attraverso il coinvolgimento delle forze sociali nella definizione dell'interesse pubblico da parte delle istituzioni<sup>92</sup> che ne hanno la competenza<sup>93</sup>.

Anche in questo caso, quindi, come per l'attività unilaterale esaminata in precedenza, l'approccio deliberativo che si conferma il più idoneo rispetto alle finalità generali cui l'ordinamento sembra tendere, non è assistito da un adeguato corredo normativo di tipo generale ed è rimesso alla iniziativa delle amministrazioni locali che dovrebbero ad esso garantire effettività mediante le loro fonti interne. Pertanto, al di là di qualche sporadica sperimentazione, esso è ancora estremamente debole<sup>94</sup>.

#### 4. La centralità delle attività di pianificazione e programmazione nel metodo deliberativo.

Nel percorso delineato è emerso che l'aspetto maggiormente rile-

<sup>91</sup> A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, 1, 2001, 29.

<sup>92</sup> Per una esperienza in ambito locale di istituzione di un Consiglio permanente in cui elaborare idee condivise attraverso il dialogo paritario da recepire nelle scelte programmatiche dell'ente locale, G. GIOTTI, *Sperimentando la co-programmazione a livello locale. L'esperienza bresciana del Consiglio di indirizzo del welfare della città in Impresa Sociale*, 4/2022, 58-68.

<sup>93</sup> F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. Amm.*, 5, 2020.

<sup>94</sup> In proposito è stato correttamente osservato, che «mentre è frequente che enti pubblici e Terzo settore lavorino insieme su progetti specifici concreti, giungendo al termine di tali collaborazioni a definire in modo condiviso obiettivi, ruoli e risorse di ciascuno, capita in molti meno casi che abbiano ragionato insieme sulle *scelte politiche di fondo* che portano a scegliere di attivare o meno tali progetti». G. MAROCCHI, *La co-programmazione a Caluso. Un'esperienza di amministrazione condivisa*, in *Impresa Sociale*, 2, 2021, 57 ss.

vante, ai fini dell'attuazione del modello deliberativo<sup>95</sup>. riguarda quelle ipotesi in cui non è possibile in sede legislativa selezionare in modo specifico gli interessi da affidare alla cura dell'amministrazione<sup>96</sup>.

Vi sono, infatti, ambiti dell'azione amministrativa in cui la pubblica amministrazione non svolge un'attività meramente attuativa o esecutiva, ma ha il compito di individuare, specificare e contribuire a selezionare l'interesse pubblico perché il legislatore non è in grado disciplinare in modo esaustivo una determinata materia, o perché l'interesse così come le modalità attraverso le quali lo stesso può essere perseguito non sono riconoscibili in astratto ma è necessaria un'attività che non può prescindere dal singolo contesto<sup>97</sup>.

In tali casi, la partecipazione al procedimento dei privati assume un

<sup>95</sup> L'aggettivo deliberativo va considerato nel significato originario della lingua latina (da libra) di soppesare, stando a significare la necessità di assumere una decisione, solo dopo averla discussa ed esaminata a fondo, coinvolgendo la comunità di riferimento nell'attività di ponderazione dei diversi interessi coinvolti e contrapposti, delle conseguenze, dei vincoli, dei vantaggi e dei sacrifici in rilievo portando all'interno del deliberato finale gli esiti di tale dibattito. Sul tema, J. FISHKIN, *La nostra voce*, Padova, 2003, M. CARCASSON, *Beginning with the End in Mind. A call for Goal-Driven Deliberative Practice*, Center for Advances in Public Engagement, 2009, 5; P. VIPIANA, *La democrazia deliberativa a livello regionale*, in *Rivista AIC*, 1, 2018; L. PELLIZZONI, *Cosa significa deliberare, Promesse e problemi della democrazia deliberativa*, in *La deliberazione pubblica* a cura di ID., Roma, 2005, 7-10.

<sup>96</sup> Sulla capacità peculiare delle Autonomie Locali di individuare l'identità oltre che l'entità dell'interesse pubblico, si veda G. PALMA, *Itinerari di diritto amministrativo*, Cedam, Padova 1996, 53 ss. Il concetto è stato, ripreso da Clemente di San Luca che ha descritto il processo di formazione dell'interesse pubblico locale come una fattispecie a formazione progressiva composta da una scelta unitaria di indirizzo assunta dal legislatore nazionale ed una chiarificazione di livello locale «scomposta» nelle autonomie locali, che non si può esaurire nell'attività discrezionale configurando un vero e proprio esercizio di sovranità popolare. Così in G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Appunti di diritto Amministrativo*, Napoli 2005, 134 ss.

<sup>97</sup> Si tratta di quella « condizione primordiale caratterizzata dalla presenza di una fattispecie di un comportamento incompletamente descritto dalla norma, la cui lacuna deve quindi essere colmata in base al risultato di quella attività valutativa in cui si rileva l'immane indice rivelatore di ogni potere discrezionale» M. STIPO, *Itinerari dell'interesse pubblico nell'ordinamento democratico nel quadro generale degli interessi*, <http://www.contabilitapubblica.it/Dottrina2014/2.Interesse%20pubblico.pdf>, In tale indice che altra dottrina ha qualificato come di storicizzazione dell'interesse pubblico; G. PALMA, *Itinerari di diritto amministrativo*, Padova, 1996.

valore rafforzativo della rappresentanza nell'attività svolta dagli enti pubblici costituenti la Repubblica ai sensi dell'art. 114 Cost., assegnatari delle funzioni amministrative secondo l'art. 118 comma 1, o compensativo nelle ipotesi di amministrazioni sprovviste di rappresentatività per le quali la mancanza di legalità sostanziale può essere bilanciata con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio<sup>98</sup>, come nei procedimenti che disciplinano lo svolgimento delle attività di regolazione da parte delle autorità indipendenti<sup>99</sup>.

Per questa ragione, le attività di pianificazione e programmazione costituiscono un ambito privilegiato nell'indagine sul grado di condivisione democratica dell'esercizio della funzione di indirizzo politico<sup>100</sup>.

Ed invero, attraverso questi particolari atti vengono definiti gli indirizzi per lo svolgimento in ambito locale delle attività finalizzate al raggiungimento di interessi pubblici rilevanti (urbanistici, ambientali, sociali, etc.) per i quali il legislatore non detta una disciplina compiuta, ma si limita a fissare principi, regole standard e criteri, al fine di rendere uniforme sull'intero territorio nazionale il livello di cura dell'interesse,

<sup>98</sup> Cons. St., sez. VI, 20 marzo 2015 n. 1532; id., 2 maggio 2012 n. 2521; Consiglio di Stato, sez. VI, 1 ottobre 2014, n. 4874; Cons. Stato, VI, 14 marzo 2000, n. 1348.

<sup>99</sup> Sull'attività di regolazione delle Autorità indipendenti. M. CLARICH, *I procedimenti di regolazione*, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti. Quaderni del Consiglio di Stato*, Torino, 1999; L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002; P. LAZZARA, *La funzione regolatoria: contenuto, natura e regime giuridico*, in *atti del convegno, A 150 anni dalla unificazione amministrativa italiana. Studi*, in *L'intervento pubblico nell'economia*, a cura di L. FERRARA, D. SORACE, Firenze, 2016; M. RAMAJOLI, *L'attuale configurazione delle Autorità indipendenti di regolazione dei mercati: la natura giuridica delle funzioni e la tipologia degli atti*, in <https://www.giustizia-amministrativa.it/-/ramajoli-l-attuale-configurazione-delle-autorita-indipendenti-di-regolazione-dei-mercati-la-natura-giuridica-delle-funzioni-e-la-tipologia-degli-atti->; F. ZAMMARTINO, *Il modello molteplice, La potestà normativa delle Autorità amministrative indipendenti*, Torino 2020. In giurisprudenza, v. Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2012, n. 9.

<sup>100</sup> Inteso nella sua accezione attualmente più discussa in dottrina di «amministrazione di risultato». Sul tema L. IANNOTTA, *Economia, diritto e politica nell'amministrazione del risultato*, in *Scuola Superiore dell'Economia e delle Finanze (rivista on line)*, anno III, 5, 2006, 1; A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula Amministrazione per risultati*, in *Scritti in onore di E. Casetta*, Napoli, 2001, II, 813 ss.; B. TONOLETTI, *Classificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 2013, 53 ss.

rimettendo all'amministrazione il compito di integrare il dettato normativo con un insieme di regole speciali e proprie attraverso cui attualizzare e contestualizzare l'interesse, calandolo nella specifica realtà territoriale amministrata<sup>101</sup>.

Inoltre, le autonomie locali attraverso la funzione di pianificazione, assolvono il compito proprio degli enti a fini generali<sup>102</sup>, di favorire la realizzazione sul proprio territorio non solo degli interessi individuati a livello statale, ma anche di quelli individuati in modo autonomo, per il soddisfacimento dei bisogni differenziati della comunità, allo scopo di migliorarne la qualità della vita<sup>103</sup>.

Tanto in una logica di trasversalità che pone l'ente pubblico, in particolare quello locale, al centro delle diverse istanze insistenti sul territorio siano esse determinate dall'alto e quindi da recepire; determinate *motu proprio* o, secondo il principio di sussidiarietà orizzontale<sup>104</sup>, dal basso, attraverso i moduli richiamati dell'amministrazione consensuale o negoziata.

Le attività di pianificazione e programmazione risultano, in questa seconda e più ampia accezione, espressione di un potere di indirizzo politico che attiene a scelte che riguardando la definizione dell'identità degli interessi pubblici locali, in una fase intermedia che si colloca fra il disporre e il provvedere<sup>105</sup>.

Nell'attività di pianificazione, infatti, il principio di legalità che sovrintende alla creazione delle regole generali viene integrato dal principio di riserva di amministrazione<sup>106</sup> che coinvolge, a sua volta, ma sul punto ci si è già

<sup>101</sup> Così realizzando «l'unità differenziata della pubblica amministrazione» F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna 2007, 32.

<sup>102</sup> Per un approfondimento P. UBANI, voce *Urbanistica*, in *Enc. dir.*, vol. XLV, 1992, 868 ss.; P. STELLA RICHTER, *L'urbanistica dopo la pianificazione* in S. AMOROSINO (a cura di), *Le trasformazioni del diritto amministrativo*, Milano 1995; P.L. PORTALURI, *Poteri urbanistici e principio di pianificazione*, Napoli 2003.

<sup>103</sup> V. CERULLI IRELLI, *Pianificazione urbanistica ed interessi differenziati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985.

<sup>104</sup> G. DI FIORE, *La sussidiarietà, suggestioni di un principio*, Napoli 1999.

<sup>105</sup> Cfr. in materia di pianificazione urbanistica Consiglio di Stato, sez. I, 29 gennaio 2015, n. 283. T.A.R. Milano, (Lombardia) sez. II, 6 aprile 2021, in materia sanitaria T.A.R. Napoli, sez. I, 3 novembre 2015, n.5096; in materia ambientale, in materia di sicurezza pubblica Consiglio di Stato, sez. V, 3 maggio 2006, n. 2471.

<sup>106</sup> Che lungi dal considerarsi innato all'amministrazione stessa si fonda, a sua volta,

soffermati, la sussidiarietà nella sua accezione prima verticale e poi orizzontale.

In questo pluralismo istituzionale e sociale, se l'esercizio del potere viene condiviso fin dalla determinazione delle regole e dell'assetto degli interessi, la partecipazione, investendo l'intero spazio riservato all'amministrazione, darà la possibilità di sviluppare forme di democrazia deliberativa, nel caso contrario, invece, il modello non potrà che essere di tipo collaborativo.

Così, le attività di pianificazione e programmazione ispirate al modello deliberativo si distinguono da quelle di tipo partecipativo in cui la partecipazione dei privati è funzionale al buon andamento, all'efficienza e all'imparzialità dell'amministrazione pubblica, in chiave di qualità delle scelte e di legittimità e legalità dell'azione amministrativa.

Nel caso della democrazia deliberativa, infatti la partecipazione si eleva a elemento strutturale dell'azione stessa, riguardando la sua natura e non solo le modalità di svolgimento e contribuendo a «dotare di maggiore effettività la partecipazione alla determinazione delle politiche pubbliche da parte di soggetti esclusi dal tradizionale circuito della rappresentanza politica»<sup>107</sup>.

##### *5. Il peculiare regime giuridico degli atti di pianificazione e programmazione e il valore intrinseco della partecipazione come elemento necessario dell'attività di formazione degli stessi*

L'art. 13 della l. 241/90 nel prevedere l'esclusione dell'applicabilità delle norme in materia di partecipazione per gli atti "*di pianificazione e di programmazione*", oltre che per quelli normativi e amministrativi generali, individua una categoria autonoma del tutto particolare<sup>108</sup>.

Ed invero, mentre gli atti normativi e gli atti amministrativi generali sono applicabili a una generalità indifferenziata di casi futuri e si rivolgono rispettivamente a un numero indefinito di destinatari, ovvero ad

nella legge e quindi costituisce necessaria conseguenza del principio di legalità. In tal senso F. MERUSI, cit. 29.

<sup>107</sup> E. ROSSI, P. ADDIS, F. BIONDI DAL MONTE., E. STRADELLA, E. VIVALDI, *Identità e rappresentanza del Terzo settore*, in *Libro bianco sul Terzo settore*, a cura di S. ZAMAGNI, Bologna, 2011, 127.

<sup>108</sup> Cfr. R. MONTEFUSCO, *La motivazione degli atti di pianificazione urbanistica: atti amministrativi generali?*, in *Foro amm. Tar*, 2002, 9, 2861 ss.

un numero definito, tuttavia individuabile solo *a posteriori*, gli atti di pianificazione e programmazione si discostano significativamente da questo modello, in quanto i destinatari sono individuabili, indifferentemente, sia *ex ante* che *ex post*, sulla base del rapporto che li lega alla comunità. Inoltre, a differenza dei primi hanno un'incidenza più immediata perché da essi dipende la configurazione dell'attività esercitata in concreto dalla pubblica amministrazione<sup>109</sup> e perché il loro contenuto può essere in parte direttamente conformativo di talune posizioni soggettive.<sup>110</sup>

La funzione di pianificazione, ed in particolare quella di livello locale, risulta, in questo senso, manifestazione di un potere di indirizzo politico attraverso cui vengono predeterminate le future decisioni concrete e, in quanto tale, non può essere contenuta nell'attività amministrativa generale da cui, infatti, il legislatore la distingue, attenendo a scelte che travalicano i confini della discrezionalità amministrativa e riguardano la definizione dell'identità degli interessi pubblici locali, né può essere ricondotta a quella di tipo puntuale di cui costituisce presupposto in quanto la decisione del singolo procedimento successivo è in qualche modo anticipata dalla complessa e preventiva attività amministrativa necessaria per raggiungere un risultato predeterminato.

In questo senso, la partecipazione dei cittadini ai processi di formazione di questi atti appare elemento essenziale e perciò imprescindibile nell'esercizio della funzione amministrativa<sup>111</sup> in quanto le attività di pianificazione e programmazione costituiscono un auto-vincolo all'azione amministrativa suscettibile di incidere sulle decisioni che riguardano i singoli, per cui è necessario che siano assistite da garanzie

<sup>109</sup> L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002.

<sup>110</sup> F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo e i suoi caratteri*, in *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, a cura di U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE, Rimini, 1987, 786

<sup>111</sup> Cfr. V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione condivisa nel sistema del diritto amministrativo*, cit. 25. La giurisprudenza sembra orientarsi in questo senso, tanto da ritenere che alle violazioni di disposizioni che prevedono la possibilità di partecipazione alla collettività indifferenziata, non si applica la sanatoria di cui all'art. 21 *octies* comma 2, in quanto le relative disposizioni sono orientate all'attuazione di un principio di democraticità del processo decisionale che non consente deroghe di sorta. Sul collegamento tra partecipazione e democraticità del processo decisionale cfr. anche Tar Puglia, Lecce, sez. II, 29 dicembre 2008, n. 3758.

che divengono parametro di legittimità della stessa azione amministrativa, prima fra tutte, in sede procedimentale, quelle partecipative<sup>112</sup>.

Ciò induce a rileggere l'art. 13 della legge n. 241/90 valorizzando la seconda parte, quella in cui cioè il legislatore, nel prevedere la non applicazione delle norme sulla partecipazione procedimentale all'attività di pianificazione, rinvia alla disciplina particolare che introduce i singoli atti di pianificazione e programmazione e ne regola la formazione, e dunque non solo non esclude, ma addirittura presuppone che tale disciplina esista o comunque, debba esistere<sup>113</sup>.

A questa conclusione conduce anche la considerazione che l'art. 3 della medesima legge non sottrae l'attività di pianificazione all'obbligo di motivazione che invece è escluso per gli atti normativi e per quelli a contenuto generale<sup>114</sup>.

Pertanto, l'amministrazione deve dare conto dell'iter seguito nell'assumere le proprie determinazioni<sup>115</sup> e delle modalità con cui in sede istruttoria abbia acquisito tutti gli elementi necessari a un corretto bilanciamento degli interessi "concorrenti" alle scelte di pianificazione che quindi devono "necessariamente" essere rappresentati per poi esse-

<sup>112</sup> In alcuni casi, come quelli relativi alla programmazione ambientale o urbanistica, in cui il legislatore riconoscendo la rilevanza superindividuale degli interessi, ha previsto un'apposita disciplina, la partecipazione, è certamente un parametro di legittimità del provvedimento amministrativo, attraverso cui i privati, con le loro osservazioni, oltre ad opporsi alle scelte effettuate dall'amministrazione, ben possono far rilevare incongruenze, errori di fatto, mancanza di attualità dei presupposti fondativi delle scelte. Cfr. T.A.R. Milano, (Lombardia) sez. II, 5 maggio 2021, n.1127 Cons. St., sez. IV, 15 gennaio 2020 n. 379.

<sup>113</sup> La disposizione, in questo senso, ha come finalità quella di chiarire che la disciplina generale non incide sulla disciplina speciale solitamente dettata dal legislatore in tema di programmazione riferimento è agli istituti partecipativi descritti nella disciplina urbanistica, ambientale e nella programmazione triennale dei lavori prevista dal codice degli appalti.

<sup>114</sup> Sul problema della motivazione degli atti programmatori si veda F. CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, in *Il codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, cit., 467; S. BACCARINI, *Sindacabilità della discrezionalità del potere di pianificare e legittimità della normativa*, in *Riv. giur. ed.*, 2014, II, 100, esprime perplessità in merito alla esenzione dall'obbligo di motivazione degli atti generali.

<sup>115</sup> Infatti, quando il legislatore ha voluto limitare le garanzie procedurali per queste categorie di atti lo ha disposto espressamente A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, 2013.

re garantiti in maniera effettiva, attraverso la giustiziabilità dell'atto finale<sup>116</sup>.

Di tal che, anche in assenza di una specifica disciplina della partecipazione all'interno della norma che prevede l'adozione di atti di pianificazione o programmazione, il mancato riconoscimento al privato della possibilità di partecipare al procedimento di formazione di tali atti rileva come violazione delle norme procedurali sottese al corretto adempimento dell'obbligo di motivazione, risultando l'atto finale viziato se non per violazione di legge in caso di assenza di norme che ne disciplinino espressamente l'intervento, certamente per eccesso di potere per carenza dei presupposti, travisamento dei fatti e difetto di istruttoria<sup>117</sup>.

In tale direzione milita anche la pacifica acquisizione per cui la modifica di un atto di pianificazione non è considerata libera, ma può essere realizzata solo in caso di situazioni imprevedibili al momento della programmazione stessa e garantendo la partecipazione del privato, al fine di individuare la scelta meno dannosa per la posizione giuridica dello stesso<sup>118</sup>. Nel caso in cui, poi, la modifica derivasse da un mutato assetto degli interessi politici, la pubblica amministrazione ha un onere di motivazione rafforzata ed è chiamata a specificare le ragioni che con-

<sup>116</sup> Sul tema della giustiziabilità delle scelte derivanti dall'esercizio di funzioni politiche, L. PERFETTI, *La full jurisdiction come problema. Pienezza della tutela giurisdizionale e teorie del potere, del processo e della Costituzione*, in *Il controllo di full jurisdiction* a cura di B. GILIBERTI, Napoli, 2019, 406 ss.

<sup>117</sup> La giurisprudenza ha affermato che se il piano di dimensionamento scolastico si prevede la soppressione di un plesso scolastico, nel procedimento relativo alla sua formazione debba essere consentita la partecipazione dei rappresentanti degli istituti interessati dalla soppressione e poiché il piano ha effetti sia sugli alunni, diretti fruitori del servizio scolastico, sia sui soggetti (personale docente e di amministrazione) che stabilmente operano nell'ambito della scuola, a questi deve essere riconosciuta una posizione peculiare da cui discende un interesse diretto concreto e attuale all'eventuale impugnativa. Tar Liguria, Genova, sez. II, 28 agosto 2009, n. 2289.

<sup>118</sup> È possibile, quindi, riproporre quanto già affermato dalla giurisprudenza con particolare riguardo alle c.d. varianti urbanistiche, in seguito all'adozione di convenzione urbanistica. Sul punto cfr. C.d.S., sez. IV, 25 luglio 2001, n. 4073, che richiede un onere di motivazione particolarmente gravoso a supporto del provvedimento di variante urbanistica.

sentono di ritenere irrilevante il legittimo affidamento vantato dal privato<sup>119</sup>.

Di tal che, la riserva di amministrazione in questo come negli altri casi in cui si configura, non è funzionale solo ad individuare l'istituzione alla quale in base all' art. 118 comma 1 è demandato l'esercizio della funzione e il relativo potere, ma anche ad onerare la stessa di imprescindibili attività di coinvolgimento dei privati nella definizione dell'assetto complessivo degli interessi che se omesse determinano l'illegittimità del provvedimento. In definitiva, si può affermare che la partecipazione effettiva alle scelte programmatiche delle amministrazioni è insita nell'ordinamento da sempre<sup>120</sup>, dovendosi discutere piuttosto, della valenza che alla stessa si voglia attribuire nell'ambito del rapporto fra amministrazione e comunità che sembra tendere, lo si è visto, verso una trasformazione in senso sussidiario e solidale in cui anche quando il compito di curare un interesse è affidato all' amministrazione che ne è titolare esclusiva, la relativa attività non è svolta in maniera unilaterale.

#### *6. La riforma delle attività di pianificazione e programmazione come crocevia per una nuova amministrazione. Riflessioni conclusive*

L'analisi fin qui svolta ha evidenziato come la partecipazione si vada configurando, almeno nelle espressioni più alte sia normative che giurisprudenziali del nostro ordinamento,<sup>121</sup> quale strumento di attuazione del pluralismo istituzionale e sociale delineato dalla costituzione e, quindi, per quanto qui ci interessa, come parametro per il riconosci-

<sup>119</sup> In questo caso viene in rilievo il tema dell'annullamento modulato (addirittura *ex nunc*), con la possibilità di garantire una certa stabilità della decisione adottata in sede di programmazione. Proprio con riferimento all'annullamento di un atto pianificatorio, infatti, vi è il Consiglio di Stato ha ritenuto possibile la modulazione degli effetti dell'annullamento per salvaguardare gli effetti dell'atto, anche se annullato, fino all'adozione del nuovo piano, Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755.

<sup>120</sup> V. ATRIPALDI, *il concetto di partecipazione nella dinamica della relazione fra Stato e società*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, III, Milano, 1988.

<sup>121</sup> Il riferimento è alla giurisprudenza costituzionale richiamata e alla tendenziale valorizzazione del privato nell'attività amministrativa di cui è portatore il principio di sussidiarietà analizzata in precedenza.

mento del livello di democraticità dell'azione amministrativa e della sua corrispondenza ai principi cui l'ordinamento tende.

Così, a prescindere dalle diverse forme in cui la stessa viene disciplinata dalle norme particolari che la prevedono, la partecipazione è vocata a supportare processi deliberativi volti a rafforzare il rapporto fra comunità ed istituzioni, attraverso una fiducia collaborativa in cui si esprime la radice personalista della nostra costituzione che colloca la persona al centro in una dimensione di umanesimo integrale<sup>122</sup> che investe le istituzioni e attraverso il quale «nel circolo virtuoso tra capitale sociale e rendimento delle istituzioni si colloca la stretta relazione esistente tra rappresentanza politica, partecipazione associativa e disposizione nei confronti delle istituzioni e della politica»<sup>123</sup>.

Tale approccio coincide con la visione della partecipazione diretta delle persone singole e in forma associata<sup>124</sup> alla costruzione dell'ordinamento che Benvenuti ha teorizzato negli anni Novanta come evoluzione della democrazia rappresentativa<sup>125</sup>, e in dottrina fa riferimento al cosiddetto pluralismo sociale che presuppone «uno sfaccettato equilibrio di ruoli tra società, partiti e istituzioni, in cui non manca di essere tenuta presente la continuità dell'un aspetto rispetto all'altro»<sup>126</sup>.

Così, infatti, si tende a superare la dicotomia Stato apparato – Stato comunità, a favore di un rapporto collaborativo sulla base del quale l'apporto del corpo sociale diviene elemento indefettibile «nella formazione di decisioni che interessano una collettività più o meno ampia»<sup>127</sup>.

In questi termini, la partecipazione appare l'istituto più confacente alla realizzazione in ambito amministrativo della democrazia deliberati-

<sup>122</sup> J. MARITAIN, *Cristianesimo e democrazia*, Firenze, 2007, 52-53. Per un approfondimento del fondamento filosofico della partecipazione come pilastro del patto sociale, L. DI SANTO, *Per un'ermeneutica dei diritti sociali*, Bologna, 2020, 139-159.

<sup>123</sup> L. CEDRONI, *La rappresentanza politica: teorie e modelli*, Milano 2004, 186.

<sup>124</sup> Attraverso la mediazione dei corpi intermedi istituzionali (sindacati e partiti politici) e non (terzo settore).

<sup>125</sup> F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino* Venezia, 1994.

<sup>126</sup> G. PASTORI, *Il pluralismo sociale dalla Costituzione repubblicana ad oggi: l'attuazione del pluralismo sociale nel trentennio repubblicano*, in AA.VV., *Il pluralismo sociale nello stato democratico, Il pluralismo sociale nello Stato democratico*, Milano, 1980.

<sup>127</sup> F. TRIMARCHI BANFI, *La partecipazione civica al processo decisionale amministrativo* in *Dir. Proc. amm.*, 1, 2019, 1.

va secondo la definizione data in apertura del lavoro come modello in cui a rilevare, non è il momento decisionale in sé, né il soggetto che adotta l'atto, né la forma di quest'ultimo, ma la fase di formazione della scelta improntata ad uno scambio necessario, osmotico ed informato fra titolari dei pubblici poteri e società<sup>128</sup>.

Le potenzialità benefiche di un siffatto modello sul sistema della rappresentanza attraversato da una profonda crisi di fiducia nei rapporti fra istituzioni e corpo sociale è evidente non solo per le attività che sono irrinunciabilmente imputate dall'ordinamento alla competenza delle istituzioni perché associate a funzioni in senso tecnico<sup>129</sup>, in cui la partecipazione ha valore collaborativo ma anche per quelle il cui svolgimento, invece, a seconda della valutazione che nell'atto di indirizzo politico viene a maturare circa il migliore soddisfacimento dell'interesse pubblico, può essere affidato alla cura diretta del privato organizzato, ai sensi dell' art. 118 comma 4 Cost. in cui la partecipazione ha il valore costruttivo di condivisione delle scelte politiche.

Di tal che lo stesso principio di sussidiarietà orizzontale, si è visto a proposito delle attività di interesse generale, se si consentisse la partecipazione al momento di definizione dell'interesse pubblico, sarebbe suscettibile di essere graduato da un minimo costituzionalmente garantito in cui al privato è rimessa la fase dello svolgimento delle attività quando sia dimostrata la maggiore convenienza rispetto alla cura diretta da parte del pubblico o al ricorso al mercato, ad un massimo costituito da diversa distribuzione dei compiti statuali fra apparato e cittadini in cui il primo si ritrae definitivamente<sup>130</sup> quando la dimensione comunitaria si dimostra capace in modo del tutto autonomo di curare il bene comune, secondo una logica per cui «la persona è superiore allo Stato»<sup>131</sup>.

<sup>128</sup> G. PASQUINO, *Introduzione*, in Id., *Gli strumenti di democrazia*, Bologna, 2007, 8.

<sup>129</sup> Coincidente essenzialmente con le attività che possono essere poste in essere esclusivamente dalle pubbliche amministrazioni in quanto manifestazioni di sovranità dello Stato quali la sicurezza, l'ordine pubblico. La giustizia etc. Cfr. M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2019, 184.

<sup>130</sup> Conservando l'esercizio della funzione di controllo a garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni.

<sup>131</sup> G.C. CURCIO, *Etica del dialogo. Diritti umani, giustizia e pace per una società intraculturale*, Bologna 2019, 156.

Il *discrimen* tra partecipazione di tipo collaborativo e una di tipo deliberativo è dato, allora, dal rapporto che si viene a stabilire fra il principio di legalità che sovrintende alla creazione delle regole generali e il principio di sussidiarietà nella sua accezione prima verticale e poi orizzontale in cui si sostanzia la funzione amministrativa in materia di attività di interesse generale<sup>132</sup>.

Per essere adeguata al fine descritto, la partecipazione deve quindi necessariamente riguardare la fase che precede l'esercizio del potere amministrativo, quando gli organi di governo dell'amministrazione non hanno ancora espresso il loro indirizzo politico ed il contatto con la comunità acquista, perciò un valore creativo<sup>133</sup> e co-legittimante.

Essa presuppone un ambito soggettivo e oggettivo ben più ampio di quelli propri della partecipazione procedimentale. Sotto il profilo soggettivo, infatti, essa va riferita alla più ampia platea di coloro, singoli e associati, che abitano un territorio o che operano stabilmente in un settore, in modo da riprodurre i diversi punti di vista e gli interessi su una questione da regolare o amministrare, mentre sotto il profilo oggettivo appare funzionale ad arricchire il dibattito che precede le scelte pubbliche, coinvolgendo la comunità di riferimento nella ponderazione delle diverse opzioni possibili, delle conseguenze, dei vincoli, dei vantaggi e dei sacrifici in rilievo, portando all'interno del deliberato finale gli esiti di tale dibattito in modo da renderli condivisi.

In questo senso le attività di pianificazione e programmazione costituiscono i modelli su cui maggiormente occorrerebbe investire per innalzare la cultura del dialogo su cui si fonda il modello proposto. Tanto più che essendo limitate le risorse disponibili e quindi, non essendo soddisfabili tutti i bisogni di una comunità, le decisioni assunte in sede

<sup>132</sup> F. GIGLIONI, *Forme e strumenti dell'amministrazione condivisa*, in *L'amministrazione condivisa*, a cura di G. ARENA, M. BOMBARDELLI, cit., 78; ID., *Sussidiarietà e legalità*, in *Storie, percorsi e politiche della sussidiarietà*, a cura di D. CIAFFI, F.M. GIORDANO, Bologna, 2020, 289 ss.

<sup>133</sup> In questo senso, l'aggettivo deliberativo va considerato nel significato originario della lingua latina (da *libra*) di soppesare, stando a significare la necessità di assumere una decisione, solo dopo averla discussa ed esaminata a fondo con il tessuto sociale nel cui interesse viene adottata. Sul tema, L. PELLIZZONI, *Cosa significa deliberare, Promesse e problemi della democrazia deliberativa*, in *La deliberazione pubblica*, a cura di ID., Roma, 2005, 7-10.

pianificazione e programmazione costituiscono le precondizioni vincolanti per l'amministrazione dell'azione futura e incidono direttamente sulla comunità nella misura in cui da esse dipende il grado di effettività che l'ordinamento assicurerà a determinati diritti, anche costituzionalmente rilevanti. Di tal che la pianificazione non si può considerare atto meramente interno, costituendo il presupposto esterno delle decisioni concrete con evidenti conseguenze in relazione alle tutele esperibili.

Nei termini in cui la si è delineata, infatti, la pianificazione, in quanto strumento con cui si integrano prescrizioni direttamente ancorate nel principio di legalità mediante una delega all'apparato amministrativo, più di altre richiede di abbandonare la prospettiva autoritativa in favore di una deliberativa di apertura ai cittadini, attraverso cui rafforzare il legame fra comunità e istituzioni, in modo che l'atto conclusivo del procedimento, sebbene formalmente imputato all'amministrazione che lo adotta, non sia più sostanzialmente unilaterale, ma espressione di un sentire condiviso fra governanti e governati<sup>134</sup> di cui la manifestazione di volontà dell'organo pubblico costituisca la sintesi e nel quale anche l'esercizio del potere discrezionale di scelta proprio dell'amministrazione fra più possibili opzioni datesi nel corso dell'istruttoria, venga "condizionato" dal dibattito circa la maggiore o minore efficacia dell'una o dell'altra.

Tuttavia, nel passaggio dal piano valoriale e dei principi che appare avanzato e maturo negli orientamenti della giurisprudenza costituzionali esaminati, a quello attuativo che si ricava dalle scelte del legislatore primario sia con riferimento all'attività unilaterale che a quella di interesse generale la situazione cambia.

Si assiste infatti in entrambi gli ambiti, ma certamente con maggiore ricorrenza ed evidenza in quello relativo alle attività di interesse generale, a norme che prevedono nella pianificazione degli obiettivi di interesse pubblico e delle modalità per raggiungerli la consustanzialità del confronto pubblico e privato organizzato. Ciò in quanto le attività di pianificazione e programmazione richiedono, soprattutto alla luce delle norme generali che di-

<sup>134</sup> È stato osservato che nell'esaminare gli istituti giuridici riconducibili al fenomeno in parola occorre un'impostazione metodologica improntata al dialogo interdisciplinare, in cui il diritto traccia il perimetro entro cui le esperienze partecipative si possono legittimamente ed efficacemente manifestare. M. TIMO, *Cittadinanza amministrativa e democrazia partecipativa*, in AIC, 3, 2016, 1.

sciplinano la formazione dei bilanci pubblici, l'indicazione puntuale e non la semplice previsione delle effettive modalità di copertura delle spese programmate per lo svolgimento delle attività<sup>135</sup>. Di conseguenza, l'individuazione dei bisogni non può che essere contestuale alla verifica sulla necessità di ricorrere a modelli organizzativi e a fondi pubblici o alla libera iniziativa degli enti privati economici e del terzo settore per soddisfarli<sup>136</sup>.

Appartengono a questo trend che potremmo definire di "apertura democratica condizionata dal fine economico" istituti presenti in settori classici come quello introdotto di recente dal nuovo codice dei contratti pubblici all'art. 174 in base al quale le pubbliche amministrazioni adottano il programma triennale delle esigenze pubbliche idonee a essere soddisfatte attraverso forme di partenariato pubblico-privato in cui il ricorso al partenariato pubblico-privato è preceduto da una valutazione preliminare di convenienza e fattibilità incentrata su valutazioni sostanzialmente di tipo aziendalistico<sup>137</sup> o quelli previsti dal codice del terzo settore di co-programmazione e co-progettazione esaminati nel terzo paragrafo.

Tuttavia, a fronte del fine che lascerebbe intendere un approccio co-deliberativo, l'istruttoria di tali strumenti è modellata secondo uno schema di tipo procedimentale classico, in cui la partecipazione ha valore formalmente e sostanzialmente collaborativo e, soprattutto, coinvolge solo una parte della collettività, quella organizzata e non i privati singoli o le formazioni sociali che non erogano prestazioni nel mercato del *welfare* la cui partecipazione alla formazione degli atti di pianificazione continua a essere esclusa dal già richiamato art. 13 della legge n. 241/90.

<sup>135</sup> Sulla base dell'art. 81 Cost., che ha introdotto espressamente l'obbligo complessivo di "equilibrio dei bilanci", che si traduce nell'obbligo di predisporre, all'atto dell'approvazione dalle nuove norme, anche i mezzi per fronteggiare gli oneri che ne derivano.

<sup>136</sup> Cfr. F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica*, cit., 53.

<sup>137</sup> Il comma 2 del citato art. 174 del D.lgs. n. 36/203 prevede che «La valutazione si incentra sull'idoneità del progetto a essere finanziato con risorse private, sulle condizioni necessarie a ottimizzare il rapporto tra costi e benefici, sulla efficiente allocazione del rischio operativo, sulla capacità di generare soluzioni innovative, nonché sulla capacità di indebitamento dell'ente e sulla disponibilità di risorse sul bilancio pluriennale. A tal fine, la valutazione confronta la stima dei costi e dei benefici del progetto di partenariato, nell'arco dell'intera durata del rapporto, con quella del ricorso alternativo al contratto di appalto per un arco temporale equivalente».

Di tal che non ci siamo spostati di molto dall'assetto raggiunto già negli anni '90 con gli strumenti di partenariato pubblico-privato e di programmazione negoziata che, pur comportando vantaggi economici e avendo contribuito ad aumentare il dialogo fra amministrazione e privati, non erano idonei ad assegnare alla partecipazione una valenza pienamente democratica nel senso sopra identificato essendo sostanzialmente finalizzati alla verifica sulla autosufficienza del corpo sociale a eseguire lavori o svolgere servizi in modo efficiente e con propri mezzi e risorse.

Siamo, quindi lontani ancora dalla nuova amministrazione radicata, come più diffusamente visto in precedenza, nel combinato disposto dei commi 1 e 4 dell'art. 118 Cost. che disegnano un ordinamento in cui la direzione dei processi è pubblica, ma la decisione deve essere necessariamente condivisa.

Gli strumenti della democrazia deliberativa infatti, si pongono il più ambizioso obiettivo di aprire nuovi canali di coinvolgimento dei cittadini nella definizione delle scelte amministrative, integrando quindi il principio della rappresentanza con forme di partecipazione diretta ai processi decisionali, consentendo di favorire la costruzione del consenso sulle scelte di governo compiute dalle amministrazioni e anche di arginare e contenere la partecipazione spontanea in forme maggiormente controllabili.

All'interno di questo paradigma va rintracciato il valore aggiunto della democrazia deliberativa nella quale il principio della rappresentanza si rafforza arricchendosi di nuove possibilità di coinvolgimento diretto di una pluralità di soggetti, non solo *stakeholder* ma ogni "persona" che viva la comunità e operi nel contesto, che contribuiscono al governo della società secondo una logica di *governance* multilivello, che a sua volta, secondo il principio della sussidiarietà orizzontale, coinvolge soggetti pubblici, privati e del terzo settore.

La strada è ancora lunga occorrendo un processo, certamente faticoso e lento, che richiede di essere assistito da un adeguato ed organico corredo di norme e di principi cogenti che indirizzino e promuovano il cambiamento<sup>138</sup>, rendendo obbligatorio il ricorso a strumenti di dialogo strutturato nell'adozione di atti generali in cui la partecipazione sia piena e compiuta, diversa da quella procedimentale in senso stretto di tipo garantistico che per le sue caratteristiche può anche restare circoscritta ai pro-

<sup>138</sup> B. MERCURIO, Società e decisioni amministrative, cit., 149.

cedimenti relativi a provvedimenti puntuali per i quali è stata immaginata dal legislatore.



DIRITTI UMANI:  
LE NUOVE VULNERABILITÀ



ANNA SIMONATI

LA 'CITTADINANZA DI GENERE':  
LE NUOVE FRONTIERE DELL'UGUAGLIANZA  
FRA UOMINI E DONNE

SOMMARIO: 1. La rilevanza giuridica della parità di genere, fra riforme normative nazionali... – 2. ... e sollecitazioni sovranazionali. – 3. La *ratio* degli interventi per la parità di genere e il rapporto con il principio di uguaglianza. – 4. Cittadinanza e 'cittadinanza di genere': un cenno alle tassonomie. – 5. La 'cittadinanza di genere' come strumento interpretativo innovativo della realtà: ambiti applicativi e implicazioni sistematiche.

1. *La rilevanza giuridica della parità di genere, fra riforme normative nazionali...*

Spesso le questioni di genere sono relegate, nel comune sentire, ad ambiti meta-o extra-giuridici<sup>1</sup>. In realtà, si tratta di un profilo di immediata rilevanza per il diritto, dal momento che il comma 1 dell'art. 3 Cost. vieta proprio le disparità di trattamento irragionevoli fra donne e uomini<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Non può negarsi, del resto, che proprio al di fuori del contesto giuridico la riflessione sulle questioni di genere ha sortito risultati importanti in epoca risalente. Per limitarsi ai riferimenti essenziali, v., in proposito: S.B. ORTNER - H. WHITEHEAD, *Sesso e genere. L'identità maschile e femminile*, Palermo, 2000 (orig. 1981); F. RESTAINO - A. CAVARERO, *Le filosofe femministe*, Paravia, Torino, 1999; E. RUSPINI, *Le identità di genere*, Carocci, Roma, 2003; AA.VV., *Donne e uomini che cambiano. Relazioni di genere, identità sessuali e mutamento sociale*, a cura di E. RUSPINI, Guerini Ass., Milano, 2005; J. BUTLER, *Gender Trouble: Feminis, and the Subversion of Identity*, Routledge, London, 2007; F. ZAJCZYCK, *La resistibile ascesa delle donne in Italia. Stereotipi di genere e costruzione di nuove identità*, il Saggiatore, Milano, 2007; AA.VV., *Culture socializzative, identità e differenze di genere. Approcci disciplinari a confronto*, a cura di I. CRESPI, SIMPLE, Macerata, 2011.

<sup>2</sup> In proposito, come è ampiamente noto, i contributi della dottrina sono numerosissimi. Con esclusivo riferimento a quelli di più immediata attinenza al tema della parità di genere, v., per esempio: A. PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, Milano, 1963;

Procedendo necessariamente per sommi capi, può dirsi che, dopo la svolta costituzionale<sup>3</sup>, la riforma dell'ordinamento italiano si è (benché in modo un po' discontinuo e frammentario) dipanata – grazie anche all'opera di adattamento svolta dalla Consulta – a partire dal settore lavoristico<sup>4</sup> e dal diritto di famiglia<sup>5</sup>, in cui precedentemente le discrimi-

L. PALADIN, (voce) *Eguaglianza (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965; M. AINIS, *Azioni positive e principio di eguaglianza*, in *Giur. cost.*, 1992, I, 582 ss., e IDEM, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in *Pol. dir.*, 1999, 25 ss.; S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1992; AA.VV., *L'idea di eguaglianza*, a cura di R.J. ARNESON - I. CARTER, Milano, 2001; B. CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3 comma 2 della Costituzione*, Padova, 1984; A. CERRI, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1976, IDEM, *Eguaglianza giuridica ed egualitarismo*, L'Aquila, 1984, e IDEM, *Eguaglianza giuridica e giustizia politica*, Roma, 2003; C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in IDEM, *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954; L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza formale ed eguaglianza sostanziale: il grande equivoco*, in *F. it.*, 1996, I, 1961 ss.; G. MONTELLA, (voce) *Pari opportunità*, in *Dig. disc. pubbl.*, 2008, agg., 585 ss., in più punti; M.C. NUSSBAUM, *Giustizia sociale e dignità umana: da individui a persone*, Bologna, 2002, e IDEM, *Le nuove frontiere della giustizia: disabilità, nazionalità, appartenenza di specie*, Bologna, 2007; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2003; IDEM, *Eguaglianza e libertà*, in *Pol. Dir.*, 2001, 155 ss.; AA.VV., *Il diritto diseguale. La legge sulle azioni positive*, a cura di L. GAETA - L. ZOPPOLI, Torino, 2012

<sup>3</sup> In verità, alcuni segnali di una “proto-normativa” a tutela della parità di genere sono rintracciabili già all'inizio del XX secolo; si tratta, però, di una disciplina tendenzialmente “protezionistica” a vantaggio delle lavoratrici, in particolare se madri, più che rivolta al riconoscimento e alla promozione della parità fra uomini e donne (si pensi già alla legge 19 giugno 1902, n. 242, e al Testo unico sul lavoro delle donne e dei fanciulli del 1907). Sull'evoluzione nel sistema italiano, v. per esempio, sinteticamente, M.V. BALLESTRERO, *Occupazione femminile e legislazione sociale*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 1976, 645 ss., e, più recentemente, M. TANTURLI, *Le pari opportunità di genere nell'ordinamento nazionale: lo stato dell'arte*, in *Il dir. sanitario moderno*, 2012, 2, 99 ss. Anche in relazione all'attuazione degli obblighi di recepimento della disciplina dell'Unione europea, v. poi A. ROSSELLI, *La politica sull'uguaglianza di genere in Italia. Analisi approfondita*, Parlamento europeo - Direzione generale politiche interne, Bruxelles, 2014

<sup>4</sup> In proposito, in dottrina, v. già, per esempio, M.V. BALLESTRERO, *Occupazione femminile e legislazione sociale cit.*, 647 ss. Per i riferimenti legislativi pertinenti v. G. MONTELLA, (voce) *Pari opportunità cit.*, e M. MARCUCCI - M.I. VANGELISTI, *L'evoluzione della normativa di genere in Italia e in Europa*, in *Questioni di Economia e Finanza*, Occasional Papers, n. 188, Banca d'Italia, giugno 2013, 9 ss.

<sup>5</sup> Com'è ampiamente noto, la tappa forse in proposito maggiormente significativa,

nazioni erano assai evidenti. L'aspirazione alla piena attuazione del principio di uguaglianza sostanziale sta inequivocabilmente alla base, poi, della modifica dell'art. 51 Cost.<sup>6</sup> (che ha determinato l'inserimento nel testo della norma del riferimento espresso alle azioni positive, già previste nella l. 10 aprile 1991, n. 125)<sup>7</sup> e dell'art. 117, c. 7<sup>8</sup> (ove oggi si responsabilizzano i legislatori regionali alla produzione di normative *gender sensitive*). Sul fronte delle fonti primarie, l'espressione più organica di questo fermento è rappresentata dall'emanazione del decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198 (Codice per le pari opportunità)<sup>9</sup>.

quanto meno sul piano simbolico, è rappresentata dall'abolizione del reato di adulterio a carico della moglie. In proposito, nella dottrina coeva, v. per esempio: A. GELPI, *La "depenalizzazione" dell'adulterio e conseguenti argomentazioni*, in *Lo stato civile italiano*, 1970, 280 ss.; G. ROSSO, *Fine della punibilità dei reati di adulterio e concubinato*, in *Homo*, 1970, 13 s.; G. PERICO, *Non è più reato l'adulterio?*, in *Agg. soc.*, 1970, 57 ss.; F. MANTOVANI, *Un altro passo verso l'eguaglianza giuridica dei coniugi*, in *Temi*, 1970, 1 ss.; A. D'ANGELO, *Ancora sull'adulterio e la Corte costituzionale*, in *Giust. pen.*, 1970, 468 ss. Più recentemente v., per esempio, V. SCORDAMAGLIA, *Prospettive di nuova tutela penale della famiglia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 366 ss., M.G. DONNO, *Cittadinanza duale e democrazia paritaria. Etiche e politiche di genere*, Università Aldo Moro, Bari, 2010, 144 s., e P. PALERMO, *Parità coniugale e famiglia multiculturale in Italia*, in *Famiglia dir.*, 2011, 628 ss. In prospettiva generale, v., inoltre: F. BOCCHINI, *Diritto di famiglia. Le grandi questioni*, Torino, 2013; P. ZATTI, *I diritti e i doveri dei coniugi*, in *Tratt. Rescigno*, Torino, 1996; M. PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi*, in *Comm. c.c. Schlesinger*, Milano, 1990; M. BESSONE - G. ALPA - A. D'ANGELO - G. FERRANDO, *La famiglia nel nuovo diritto*, Bologna, 1995; E. QUADRI, *Famiglia e ordinamento civile*, Torino, 1999; V. DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato*, Milano, 2002; AA.VV., *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di G. CIAN - G. OPPO - A. TRABUCCHI, t. III, Padova, 1992.

<sup>6</sup> V. art. 1, legge cost. 30 maggio 2003, n. 1.

<sup>7</sup> In proposito, in dottrina, v. per esempio: AA.VV., *Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro*, *Commentario sistematico alla l. 10 aprile 1991 n. 125*, a cura di M.V. BALLESTRERO - T. TREU, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1994; AA. VV., *La legge italiana per la parità di opportunità delle lavoratrici. Commento alla l. 10 aprile 1991, n. 125*, a cura di M.L. DE CRISTOFARO, Napoli, 1993; AA.VV., *Il diritto diseguale. La legge sulle azioni positive cit.*; P. CATALINI TONELLI, *Primi interrogativi sui principali nuclei normativi della nuova legge n. 125/1991 in tema di azioni positive e pari opportunità tra uomo e donna*, in *Riv. giur. lav.*, 1991, 51 ss.

<sup>8</sup> V. art. 3, legge cost. 18 ottobre 2001, n. 3.

<sup>9</sup> V.: L. CALAFÀ, *Pari opportunità e divieti di discriminazione. Il Codice delle pari op-*

È evidente come il diritto pubblico sia intervenuto, per così dire, con minore prontezza rispetto al diritto privato. Non è questa la sede per un approfondimento delle ragioni di tale ritardo. Riassuntivamente, pare di poterle individuare sia nel non agevole radicamento soggettivo degli interessi alla parità di genere, sia (in prospettiva più pragmatica) nella difficoltà con cui le donne notoriamente in Italia accedono alle posizioni di potere. In epoca recente, tuttavia, vari segnali incoraggianti provengono dalle disposizioni vigenti, soprattutto con la previsione delle quote di genere<sup>10</sup> e della rendicontazione di genere dell'attività svolta dagli enti pubblici (in particolare, da quelli territoriali)<sup>11</sup>.

*portunità dopo il recepimento della Dir. 2006/54/CE: profili sostanziali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2010, 537 ss.; E. SILVESTRI, *Codice delle pari opportunità e tutela antidiscriminatoria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 853 ss.; T. GERMANO, *Il codice delle pari opportunità tra uomo e donna*, in *Lav. nella giur.*, 2006, 748 ss.; E. SIGNORINI, *Il codice delle pari opportunità tra uomo e donna: l'attività di vigilanza e i codici di condotta*, in *La nuova giurispr. civ. comm.*, 2008, 389 ss.

<sup>10</sup> Varie disposizioni introducono oggi quote di genere in ambito pubblicistico. Molto riassuntivamente, si pensi, per esempio, alle norme contenute, a seguito di varie riforme, nel decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 sulla composizione degli organi di governo gli enti locali (in particolare, gli artt. 17, 46, 71 – oggetto, fra l'altro, della recente pronuncia della Consulta 10 marzo 2022, n. 62 – e 73); si pensi, inoltre, alla legge 2 luglio 2004, n. 165 sulla normativa elettorale regionale, in particolare con riferimento all'art. 4, e alla legge 3 novembre 2017, n. 165 sul sistema elettorale parlamentare, in particolare agli artt. 1 e 2. Per quanto concerne, poi, la composizione delle commissioni concorsuali per l'accesso al pubblico impiego, v. soprattutto il decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, precisamente all'art. 57, c. 1, lett. a) (su cui sia consentito rinviare per brevità ad A. SIMONATI, *Le "quote di genere" alla prova dei fatti: l'accesso delle donne al potere e i giudici amministrativi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 998 ss.). Infine, per quanto concerne la parità di genere nella composizione degli organi societari, si pensi alla legge 12 luglio 2011, n. 120 ha fatto seguito, con previsioni ancora più significative, la legge 27 dicembre 2019, n. 160.

<sup>11</sup> Sullo strumento del bilancio di genere v. soprattutto l'art. 10, decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, e l'art. 9, decreto legislativo 12 maggio 2016, n. 90. Anche in questo caso, per brevità sia consentito richiamare sul punto le considerazioni espresse in A. SIMONATI, *La cittadinanza di genere: un nuovo concetto giuridico "inclusivo"? Riflessioni alla luce del diritto positivo*, e in EADEM, *La cittadinanza di genere: gli sviluppi recenti*, in *Diritto e genere: analisi interdisciplinare e comparata. Seconda edizione con appendice di aggiornamento*, a cura di S. SCARPONI, Padova, 2016, rispettivamente 115 ss. e 355 ss.

## 2. ... e sollecitazioni sovranazionali

Non sarebbe corretto ritenere che la progressiva attenzione per il riequilibrio di genere nel sistema italiano rappresenti un fenomeno del tutto spontaneo. Al contrario, sul punto il nostro ordinamento è senz'altro debitore delle sollecitazioni provenienti dal livello sovranazionale, soprattutto da quello eurounitario<sup>12</sup>.

Spesso, le norme formulate in quella sede pongono auspici di natura prevalentemente programmatica o precetti di amplissima portata, il che consente ai singoli legislatori di produrre le regole adattandole al contesto di riferimento. Se, infatti, è innegabile in ambito continentale l'esistenza di radici culturali comuni, la percezione delle tematiche *gender sensitive* è tutt'altro che unitaria. Anzi, appaiono spesso eterogenei l'intensità e le modalità dell'intervento dei legislatori, che, a seconda del grado di maturazione della consapevolezza sulle tematiche di genere presso le rispettive popolazioni, agiscono direttamente sul piano normativo o si limitano ad assecondare le buone prassi spontaneamente applicate<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Per una panoramica generale in materia, v.: J. KANTOLA, *Gender and the European Union*, London, Palgrave Macmillan, 2010. V. anche, per esempio: S. AMADEO, *Le azioni positive di genere alla prova del principio di eguaglianza. Un solo principio dalle multiformi applicazioni nel diritto dell'Unione o più principi?*, R. NUNIN, *Azioni positive e contrasto alle discriminazioni di genere nel lavoro: la Corte di giustizia e il diritto "diseguale"*, A.O. COZZI, *Principio di eguaglianza, parità nella funzione genitoriale e principio meritocratico nella giurisprudenza della Corte di giustizia sulle azioni positive*, O. GATTINARA, *Il problema delle azioni positive nel diritto della funzione pubblica dell'Unione europea: il caso della Commissione*, tutti in *L'eguaglianza alla prova delle azioni positive*, a cura di F. SPITALERI, Torino, 2013, rispettivamente 109 ss., 129 ss., 141 ss., 175 ss. V., poi, M. MARCUCCI - M.I. VANGELISTI, *L'evoluzione della normativa di genere in Italia e in Europa cit.*, 5 ss. Inoltre, v. riassuntivamente L. TRIA, *La discriminazione basata sul genere, nei rapporti uomo-donna*, in *Dir. uomo*, 2012, 2, 5 ss.; v. anche L. MURA, *I diritti delle donne e la tutela della diversità nel diritto internazionale*, in *Riv. int. dir. uomo*, 2000, 1, 47 ss., D. KALOGEROPOULOS, *La Convenzione internazionale contro ogni discriminazione verso le donne*, in *Soc. dir.*, 1989, 1, 71 ss., V. BISCARDI, *Le pari opportunità uomo-donna: un quadro internazionale, comunitario e nazionale*, in *Dir. uomo*, 1999, 2, 12 ss., e P.J. ELLIOT, *La prospettiva etica nella Conferenza ONU di Pechino sulla donna*, in *Med. mor.*, 1995, 1175 ss.

<sup>13</sup> La coesistenza, a livello transnazionale, di strumenti di diritto positivo e di buone

Al di là dei confini europei, in prospettiva globale, poi, una totale omologazione fra ordinamenti non solo appare irrealizzabile, ma – è necessario riconoscerlo – sarebbe forse persino controproducente. Infatti, l'imposizione repentina e artificiosa di modelli culturali estranei alla mentalità delle popolazioni interessate (o quanto meno alla loro maggior parte) potrebbe essere percepita come antidemocratica e sortire, di conseguenza, rischiose reazioni di insofferenza.

Resta comunque auspicabile, ovviamente, il raggiungimento di un grado minimale di unificazione della disciplina vigente nei vari contesti, in tanto in quanto la parità di genere rispecchia la necessaria tutela dei diritti fondamentali delle persone. Su questo piano, una tendenziale uniformazione, in particolare nella formulazione di idonee garanzie di rango costituzionale, certamente appare come un passo ovunque necessario e doveroso. Il contributo dei sistemi sovranazionali, agevolando il dialogo fra realtà eterogenee, può essere importante per instaurare circoli virtuosi di conoscenza reciproca.

prassi è particolarmente evidente, per esempio, nel settore delle quote di genere. V. *Sistemi elettorali che prevedono quote riservate alle donne e loro applicazione in Europa*, a cura di EUROPEAN PARLIAMENT - DIRECTORATE GENERAL INTERNAL POLICIES OF THE UNION, settembre 2008, in [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2008/408309/IPOL-FEMM\\_ET\(2008\)408309\\_IT.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2008/408309/IPOL-FEMM_ET(2008)408309_IT.pdf). V., poi: G. O'BRIEN, *Women in the Boardroom: Should the U.S. Have Quotas?*, in *Business Ethics*, 3 agosto 2011, in <http://business-ethics.com/2011/08/03/women-in-the-boardroom-should-the-us-have-quotas/>; S. TERJESEN - R.V. AGUILERA - R. LORENZ, *Legislating a Woman's Seat on the Board: Institutional Factors Driving Gender Quotas for Boards of Directors*, in *Journal of Business Ethics*, Settembre 2013, in [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2327576](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2327576); M. HUSE - C. SELERSTAD, *Getting Women on to Corporate Boards*, in *Business Review*, 7 marzo 2014, in <http://www.bi.edu/bizreview/articles/getting-women-on-to-corporate-boards/>. V. anche AA.VV., *La parità di genere nella pubblica amministrazione*, coord. da E. MORLINO, Rapporto I.R.P.A., Napoli, Editoriale Scientifica 2013. Per una mappatura delle buone prassi esistenti in Europa nel campo delle pari opportunità di genere, v. infine M. MOSCA, *Imparare dalle esperienze. E dalle buone pratiche*, in <http://www.ingener.it/articoli/imparare-dalle-esperienze-e-dalle-buone-pratiche>, e v. i *reports* aggiornati reperibili nel sito istituzionale dello European Institute for Gender Equality al link <https://eige.europa.eu/publications>.

### 3. *La ratio degli interventi per la parità di genere e il rapporto con il principio di uguaglianza*

La ratio che accumuna gli interventi in materia di pari opportunità di genere appare in un certo qual modo polivalente. In primo luogo, essa ha certamente a che fare con la necessità di proteggere i diritti fondamentali delle persone, per assicurare il pieno sviluppo individuale. Col passare del tempo, tuttavia, ci si è resi conto che la promozione della presenza femminile nella vita professionale e istituzionale rappresenta anche occasione di arricchimento per tutte le componenti della società e per questa globalmente considerata. Il pluralismo dei punti di vista e dei contributi, infatti, consente maggiore completezza dei profili esaminati in vista di qualsiasi decisione ed è dunque garanzia di ottimizzazione dei risultati. Pertanto, è riduttivo ritenere che il cosiddetto *empowerment* femminile corrisponda a un interesse esclusivo delle donne. In realtà, rispecchia un'aspirazione (necessariamente comune) all'efficienza complessiva dell'azione istituzionale<sup>14</sup>.

In questo poliedrico contesto, assumere come punto di riferimento giuridico-normativo il solo principio costituzionale di uguaglianza – pur

<sup>14</sup> Nel dibattito dottrinale internazionale in materia di quote elettorali, v. sul punto: A. CORNWALL - A.M. GOETZ, *Democratizing Democracy: Feminist Perspectives*, in *Democratization*, 2005, 12, 5, 783 ss.; L. SCHWINDT-BAYER, *Making Quotas Work: The Effect of Gender Quota Laws On the Election of Women*, in *Legislative Studies Quarterly*, 2009, 34, 5 ss.; L.J. CHEN, *Do Gender Quotas Influence Women's Representation and Policies?*, in *The European Journal of Comparative Economics*, 2010, 7, 1, 13 ss.; M. TADROS - A.A. COSTA (eds), *Politics' in Quotas: Add Women and Stir?*, IDS Bulletin, 2010, 41, 5; D. DAHLERUP - L. FRENDEVALL, *Judging Gender Quotas: Predictions and Results*, in *Policy and Politics*, 2010, 38, 3, 407 ss.; M. DE PAOLA - V. SCOPPA, R. LOMBARDO, *Can Gender Quotas Break Down Negative Stereotypes? Evidence from Changes in Electoral Rules*, in *Journal of Public Economics*, 2010, 94, 344 ss.; M.M. HUGHES, *Intersectionality, Quotas, and Minority Women's Political Representation Worldwide*, in *American Political Science Review*, 2011, 105, 3, 604 ss.; R. PANDE - D. FORD, *Gender Quotas and Female Leadership: A Review*, Background Paper for the World Development Report on Gender, 2011, in <http://www.hks.harvard.edu/fs/rpande/papers/Gender%20Quotas%20-%20April%202011.pdf>; H. HAIDER, *Effects of Political Quotas for Women*, GSDRC Helpdesk Report, Governance and Social Development Resource Centre (GSDRC), Birmingham, 2011.

nella sua duplice accezione, formale e sostanziale – può risultare insufficiente.

L'art. 3, Cost., infatti, si rivolge primariamente ai legislatori, nazionale e regionali. Di conseguenza, è suscettibile di estrinsecarsi essenzialmente nella produzione di nuove fonti, benché sia altresì in grado di indirizzare l'interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni già vigenti. Pertanto, un po' paradossalmente, esso non consente di valorizzare pienamente il fondamentale rilievo del ruolo delle buone prassi che, a "bocce normative ferme", possono incrementare l'indice di realizzazione concreta della parità di genere.

In secondo luogo, il riferimento al principio costituzionale di uguaglianza, pur essendo un tassello indispensabile, non è forse di per sé in grado di configurare una nuova consapevolezza circa la necessità che l'ordinamento nel suo insieme si impegni costantemente per l'acquisizione di risultati costruttivi per il riequilibrio della condizione di uomini e donne. Non a caso, finora, nel contesto delle politiche pubbliche<sup>15</sup>, le azioni per la parità di genere sono state viste essenzialmente come una possibile integrazione, di portata meramente ancillare, nell'ambito degli altri settori dell'intervento delle istituzioni. Tale approccio merita un ripensamento: precisamente, alle politiche antidiscriminatorie di genere va riconosciuta autonomia dignità, affinché alle conseguenti iniziative corrisponda una voce di investimento pubblico coerente e unitaria.

È giunta l'ora, pertanto, di ricondurre questo fascio di esigenze ad unità concettuale. A tal fine, la valorizzazione della nozione di 'cittadinanza di genere' può risultare assai utile.

<sup>15</sup> A proposito della questione di genere nell'ambito delle politiche pubbliche v., per esempio, A. DONÀ, *Genere e politiche pubbliche. Introduzione alle pari opportunità*, Milano 2007, S. PICCONE STELLA - C. SARACENO, *Genere. La costruzione sociale del maschile e del femminile*, Bologna, 1996, e M.G. ROSSILLI, *I diritti delle donne nell'Unione Europea. Cittadine Migranti Schiave*, Roma, 2009.

#### 4. Cittadinanza e 'cittadinanza di genere': un cenno alle tassonomie

Il concetto di 'cittadinanza di genere'<sup>16</sup> deriva originariamente dalle riflessioni degli studiosi di scienze sociali. Esso mira a designare quell'insieme di strumenti che può consentire – o quanto meno agevolare – la partecipazione di tutte e tutti, indipendentemente (ma non a prescindere) dal genere di appartenenza, alla vita pubblica.

Tale nozione presenta indubbiamente un legame profondo con la promozione dell'*empowerment* femminile. In questa, però, non si risolve, poiché ha a che fare anche con il superamento degli stereotipi sull'identità delle donne e degli uomini<sup>17</sup>. Inoltre, coinvolge il ruolo potenzialmente inclusivo svolto dai soggetti (pubblici e formalmente privati) incaricati del perseguimento dell'interesse della collettività. Pertanto, il suo oculato utilizzo può condurre all'accoglimento di prospettive inedite nella lettura complessiva dell'ordinamento.

È interessante notare, peraltro, come, per coniare una nozione po-

<sup>16</sup> Data la necessità di sintesi di questo contributo, per la ricostruzione del dibattito scientifico in materia sia consentito richiamare i riferimenti bibliografici reperibili in alcuni scritti precedenti. Precisamente, v.: A. SIMONATI, *Cittadinanza di genere: riferimento (solo) simbolico o concetto (anche) giuridico?*, in *Attraverso i confini del genere*, a cura di E. BELLÈ - B. POGGIO, E SELMI, Trento, 2012, 121 ss.; EADEM, *La cittadinanza di genere: per l'uguaglianza sostanziale oltre la cittadinanza in senso stretto*, in *Dallo status di cittadino ai diritti di cittadinanza*, a cura di F. CORTESE - G. SANTUCCI - A. SIMONATI, Trento 2014, 285 ss.; EADEM, *La cittadinanza di genere: un nuovo concetto giuridico "inclusivo"? Riflessioni alla luce del diritto positivo cit.*, 115 ss.; EADEM, *La cittadinanza di genere: gli sviluppi recenti cit.*, 355 ss.; EADEM, *La 'cittadinanza di genere': una possibile chiave di lettura dell'evoluzione normativa*, in *Diritto e genere: temi e questioni*, a cura di S. SCARPONI, Padova, 2020, 27 ss. V. anche i riferimenti bibliografici ivi indicati.

<sup>17</sup> Per limitarsi a richiamare alcuni contributi dottrinali recenti sul punto, v.: C. PAGELLA, *Gli stereotipi come violazione di un diritto fondamentale: l'Italia condannata (ancora) per le discriminazioni di genere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 1149 ss.; A. PITINO, *Gli stereotipi di genere in prospettiva giuridica, dalla CEDAW all'ordinamento italiano (con un cenno alla Francia)*, in *DPCE online*, 2021, 619 ss.; S. VICIANI, *Il riconoscimento del danno non patrimoniale alla salute sessuale della persona, libero dagli stereotipi di genere?*, in *La nuova giurispr. civ. comm.*, 2017, 1646 ss.; M. DI MASI, *Danno patrimoniale da perdita del lavoro domestico maschile: la Cassazione contro gli stereotipi di genere in famiglia*, in *Danno resp.*, 2015, 814 ss.; M. MOSCHEL, *La tutela giuridica contro gli stereotipi di genere*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, 443 ss.

tenzialmente dirompente rispetto ai paradigmi giuridici tradizionali, si sia declinato in maniera innovativa un vocabolo – cittadinanza – a sua volta profondamente radicato proprio nella tradizione giuspubblicistica<sup>18</sup>.

Certamente, può dirsi che fra i due concetti – cittadinanza e ‘cittadinanza di genere’ – non c’è né una corrispondenza biunivoca relativamente all’ambito della legittimazione soggettiva che li contraddistingue, né un rapporto di *genus* e *species*. Non sarebbe corretto ritenere, infatti,

<sup>18</sup> Ovviamente, non è questa la sede per ricostruire i percorsi dottrinali e giurisprudenziali che hanno accompagnato l’evoluzione del concetto di cittadinanza nell’ambito del diritto pubblico. A dimostrazione della varietà degli aspetti controversi, v. in dottrina, a mero scopo esemplificativo e senza alcuna pretesa di completezza: A. RAUTI, *la cittadinanza tra ‘sostanza’, mercato e persona*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 493 ss.; S. RESTUCCIA, *La cittadinanza in genere: storia ed attualità*, in *Lo stato civ. it.*, 2019, 1, 24 ss.; G. DE VERGOTTINI, *Cittadinanza e diversità culturale*, in *Percorsi cost.*, 2018, 3 ss.; M. FIORILLO, *Fra stato e mercato: spunti in tema di Costituzione economica, costituzione culturale e cittadinanza*, in *Riv. A.I.C.*, 2018, 2, 15; R. CARIDÀ, *I diritti di cittadinanza inclusiva tra esigenze di sicurezza e doveri di solidarietà*, in *federalismi.it*, 2017, 14, 26 pp.; F. GIGLIONI, *Forme di cittadinanza legittimate dal principio di sussidiarietà*, in *Dir. società*, 2016, 305 ss.; M. FIORAVANTI, *Le trasformazioni della cittadinanza nell’età dello Stato costituzionale*, in *Quad. fior. storia pens. giur. mod.*, 2012, 41, 427 ss.; P. DE IOANNA, *Livelli essenziali di cittadinanza e funzionamento della democrazia rappresentativa: qualche notazione*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 2012, 753 ss.; T. DE PASQUALE, *Problemi interpretativi della nozione giuridica di cittadinanza: un concetto “europeizzato” di diritto pubblico interno? La controversa relazione tra cittadinanza dell’Unione europea e cittadinanze nazionali degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2012, 445 ss.; L. RONCHETTI, *La cittadinanza sostanziale tra Costituzione e residenza: immigrati nelle regioni*, in <http://www.grusol.it/informazioni/08-11-12.PDF>, consultato il 15 settembre 2013; B. DI GIACOMO RUSSO, *Dalla cittadinanza legale alla cittadinanza amministrativa*, in *Quad. amm.*, 2012, f. 1, 15 ss.; T. GUARNIER, *Cittadinanza e unità. Della diluizione di un dispositivo performativo*, in *federalismi.it*, 2012, 4, 24 pp.; D. PORENA, *C’è spazio anche in Italia per una concezione “culturalista” della cittadinanza? Brevi profili comparatistici e spunti di riflessione in vista di una revisione della legislazione nazionale*, in *federalismi.it*, 2012, 2, 24 pp.; E. BALBONI, *Autonomie, Regionalismo, Federalismo: verso un nuovo patto di cittadinanza*, in *Quad. reg.*, 2011, 935 ss.; P. BENI, *Crisi e politicità della cittadinanza*, in *Quest. Giustizia*, 2011, f. 3-4, 7 ss.; G. AZZARITI, *La cittadinanza. Appartenenza, partecipazione, diritti delle persone*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 425 ss.; S. GIUBBONI, *La cittadinanza democratica come fonte di coesione sociale*, in *Riv. dir. sicurezza soc.*, 2011, f. 1, 131 ss.; v. anche A. FEDELI, *Appello per una riforma della legge sulla cittadinanza*, in *Iustitia*, 2012, f. 2, pt. 2, 245 ss.

che la 'cittadinanza di genere' debba essere applicata esclusivamente alle cittadine e ai cittadini italiani o europei. Al contrario, la sua genesi scientifica va ricondotta all'intento di estendere alle donne in quanto tali – e non in quanto cittadine in senso giuridico – una serie di garanzie tradizionalmente loro precluse. Gli sviluppi successivi della nozione si riconnettono alla necessità che il genere di appartenenza non rappresenti mai un indebito condizionamento alle potenzialità di sviluppo della persona. L'ambito soggettivo di applicabilità, dunque, è individuato a prescindere dall'esistenza di un legame giuridico stabile fra l'individuo e un gruppo di riferimento e il fondamento costituzionale è riposto nel nostro ordinamento (oltre, e forse più ancora, che nel principio di uguaglianza di cui all'art. 3) nel riconoscimento dei diritti inviolabili, *ex art. 2*.

Ne consegue che la nozione giuridica di cittadinanza rappresenta solo un "antecedente logico" rispetto a quella di 'cittadinanza di genere'. Nella sua declinazione in relazione al genere, la cittadinanza perde i suoi connotati classici di concetto "esclusivo" (idoneo a identificare i cittadini quali soggetti privilegiati rispetto a tutti gli altri, in quanto destinatari di pienezza di tutela) e assume la fisionomia di concetto inclusivo. La protezione della 'cittadinanza di genere', dunque, punta all'eliminazione delle barriere tradizionalmente erette in nome della pretesa distinzione fra attitudini e capacità maschili e femminili, ma non incide ontologicamente sul concetto di cittadinanza in senso stretto.

##### *5. La 'cittadinanza di genere' come strumento interpretativo innovativo della realtà: ambiti applicativi e implicazioni sistematiche*

La particolare ricchezza delle implicazioni applicative della 'cittadinanza di genere' non sfugge ai legislatori regionali più attenti, i quali, infatti, da qualche anno esplicitamente richiamano tale concetto, quale chiave di lettura di portata olistica e parzialmente innovativa, nei propri atti normativi<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> In particolare, si pensi agli esempi virtuosi nella legge regionale Toscana 2 aprile 2009, n. 16, nella legge regionale Marche 23 luglio 2012, n. 23 e nella legge regionale

Non solo. Al di là dei riferimenti espressi nella normativa regionale, l'utilizzo in sede interpretativa della lente della 'cittadinanza di genere' ha permesso in epoca recente di cogliere in modo più immediato ed esaustivo le implicazioni *gender sensitive* di una serie di meccanismi giuridici.

Ciò è vero, innanzi tutto, in vista della corretta collocazione sistematica di alcuni istituti, che sono stati espressamente disciplinati con il preciso intento di dare applicazione al principio di parità fra uomini e donne nel diritto pubblico. Si tratta sia degli strumenti posti a garanzia della presenza femminile nei cosiddetti "luoghi del potere" (fra cui certamente spiccano le cosiddette "quote di genere")<sup>20</sup>, sia della blanda previsione della predisposizione di bilanci di genere da parte degli enti pubblici<sup>21</sup>.

L'applicazione del filtro della 'cittadinanza di genere' permette, poi, di rivedere criticamente alcuni strumenti tradizionali del diritto pubblico. Si pensi, per esempio, alla formulazione degli atti amministrativi (tra gli altri, dei bandi concorsuali) secondo modalità più attente alla composizione di genere della platea dei potenziali "destinatari"<sup>22</sup>; alla rimo-

Emilia-Romagna 27 giugno 2014, n. 6. I pertinenti riferimenti sono rintracciabili soprattutto in A. SIMONATI, *La cittadinanza di genere: un nuovo concetto giuridico "inclusivo"? Riflessioni alla luce del diritto positivo cit.*, 115 ss., e in A. SIMONATI, *La cittadinanza di genere: gli sviluppi recenti cit.*, 355 ss.

<sup>20</sup> Per ragioni di sintesi di questo contributo, sia consentito rinviare per i pertinenti riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, ad A. SIMONATI, *Le "quote di genere" alla prova dei fatti: l'accesso delle donne al potere e i giudici amministrativi cit.*, 998 ss. Più recentemente, v. per esempio: V. FOGLIAME, *La parità di genere nella legge elettorale e il ruolo dei partiti politici*, in *Osserv. Cost.*, 2018, 3, 16 pp.; E. IMPARATO, *La rappresentanza di genere tra sistemi elettorali, giurisprudenza costituzionale e modelli socio-culturali di "effettiva uguaglianza"*, in *Riv. A.I.C.*, 2018, 35 pp.

<sup>21</sup> Ancora una volta per ragioni di sintesi di questo contributo, sia consentito rinviare per i pertinenti riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, oltre che agli scritti già citati, ad A. SIMONATI, *L'adozione del bilancio di genere: una sfida reale (e realistica) per banche e assicurazioni?* in *Istit. Fed.*, 2012, 461 ss.

<sup>22</sup> Sulla rilevanza della formulazione linguistica "*gender sensitive*" nella predisposizione degli atti di diritto pubblico, v. per esempio: AA.VV., *Gender in legislative language. From EU to national law in English, French, German, Italian and Spanish*, a cura di S. CAVAGNOLI - L. MORI, Frank & Timme, Berlin, 2019, su cui v. E. PODDIGHE, *Il legislatore (a)sessista: il dibattito sul "linguaggio di genere" in un libro recente*, in *Dir. in-*

dulazione dei servizi erogati (soprattutto a livello locale), tenendo conto delle diverse esigenze degli utenti in base al genere di appartenenza<sup>23</sup> (e, in quest'ambito, alla cosiddetta "medicina di genere"<sup>24</sup>, la quale punta a rendere consapevoli gli operatori del settore delle specificità psicofisiche di uomini e donne, in vista dell'assunzione di adeguati procedimenti e strumentazione diagnostici e terapeutici); o ancora all'organizzazione dell'attività professionale extradomestica in maniera più flessibile e più sensibile alla conciliazione fra tempi di vita e tempi di lavoro<sup>25</sup>. Un'altra fattispecie interessante riguarda l'emanazione delle ordinanze sindacali di necessità e urgenza. Laddove esse vietino l'uso di taluni indumenti femminili (segnatamente, *burqa* e *niquab* – atti a occultare il volto di chi li indossa – per ragioni di sicurezza, e *burquini* per ragioni di igiene e salubrità pubblica), il profilo delle loro possibili implicazioni discriminatorie correlate all'appartenenza di genere (oltre che a quella di matrice etnica, culturale e religiosa) è assai rilevante<sup>26</sup>. Non a caso, la giuri-

*formazione informatica*, 2020, 1 ss.; M. DE BENEDETTO, *Uguaglianza di genere, lingue e linguaggio: un punto di vista di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 2019, 83 ss. V. anche S. BALDIN, *Eguaglianza di genere e principio antisubordinazione. Il linguaggio antidiscriminatorio come caso di studio*, in *GenIUS*, 2016, 1, 15 pp., e F. FUSCO, *Il potere delle parole e le parole al potere: qualche spunto sul ruolo del "femminile" nella comunicazione istituzionale*, in *Il lavoro nelle pp.aa.*, 2016, 699 ss.

<sup>23</sup> In proposito, per esempio, v. A. LORENZETTI, *Le discriminazioni di genere nell'accesso a beni e servizi sanitari. Ovvero delle tensioni irrisolte del diritto antidiscriminatorio*, in *BioLaw Journ. – Riv. biodir.*, 2019, 2, 91 ss., nonché F. SPEROTTI, *Donne e trasporti: un binomio da potenziare*, in *Dir. relaz. ind.*, 2011, 907 ss.; v. anche i riferimenti ivi indicati.

<sup>24</sup> Per una sintetica panoramica su questo tema, v., per esempio, M. SALMI, *Perché abbiamo bisogno di una medicina di genere*, in *InGenere*, 21 aprile 2016, e C. MANNELLI, *Medicina di genere. Un obiettivo ancora lontano?*, in *Notizie Politeia*, 2020, 138, 67 ss.

<sup>25</sup> Questo tema è assai dibattuto in dottrina. Per limitarsi a pochi riferimenti, v. A.E. MATARAZZO, *La parete sottile della discriminazione tra uomo e donna in ambito lavorativo*, in *Lo stato civ. ital.*, 2019, 2, 75 ss., nonché C. ALESSI, *Lavoro e conciliazione nella legislazione recente*, in *Dir. relaz. ind.*, 2018, 804 ss., e L. CALAFÀ, *Contrattare incentivi per la conciliazione tra vita professionale e vita privata*, in *Il lav. nella giurisp.*, 2018, 1, 33 ss.

<sup>26</sup> V. in dottrina: A. LORENZETTI, *Il divieto di indossare "burqa" e "burqini". Che "genere" di ordinanze?*, in *Le regioni*, 2010, 349 ss., ove sono reperibili ampi riferimenti, relativi sia alla prassi amministrativa, sia alla giurisprudenza amministrativa in materia.

sprudenza<sup>27</sup> da tempo evidenzia – parzialmente in deroga all’ordinaria compressione degli oneri motivazionali, che contraddistingue globalmente le ordinanze di necessità e urgenza – l’esigenza che l’assunzione delle misure indicate sia pienamente compatibile con il parametro della ragionevolezza dell’apposizione di divieti assoluti, che potrebbe determinare odiosi effetti di segregazione e autosegregazione di genere.

Infine, neanche il settore della repressione e (soprattutto) della prevenzione dei reati è impermeabile agli effetti dell’adozione della prospettiva della ‘cittadinanza di genere’. Quest’ultima, infatti, mette in luce l’esigenza di recupero dell’indipendenza materiale e dell’autostima delle donne oggetto di comportamenti violenti, persecutori o discriminatori. Si tratta di un risultato, ben più ambizioso della mera “messa in sicurezza” della persona, che non solo passa necessariamente per il suo pieno reinserimento sociale, ma anche rifugge da meccanismi di “vittimizzazione permanente”<sup>28</sup>.

L’attenzione per il momento applicativo e la sensibilità necessariamente interdisciplinare, con cui il parametro della ‘cittadinanza di genere’ è suscettibile di essere declinato, fatalmente richiede l’instaurazione di un rapporto sinergico fra saperi, in carenza della quale verrebbe a mancare la capacità di cogliere le implicazioni virtuose o viziose delle politiche pubbliche praticate nei vari settori.

V. anche: C. RUGA RIVA, *Il lavavetri, la donna col burqa e il sindaco. Prove atecniche di “diritto penale municipale”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 133 ss.; V. GRECO, *Il divieto di indossare il velo islamico: tutela della sicurezza o strumento di lotta politica? Quando il sindaco eccede i suoi poteri*, nota a Tar Friuli-Venezia Giulia, 16 ottobre 2006, n. 645, in *Giur. mer.*, 2007, 2426 ss.; M. MINNITI - F. MINNITI, *Tra libertà religiosa e ordine pubblico sindaco ko alla guerra del velo islamico*, nota a Tar Lazio, Roma, II, 10 ottobre 2006, n. 10234, in *D&G*, n. 44, 2006, 108 ss.

<sup>27</sup> V., per esempio, fra le sentenze risalenti: Cons. St., VI, 19 giugno 2008, n. 3076, in *Comuni Italia*, n. 10-11, 2008, I, 4; Tar Lazio, Roma, II, 10 ottobre 2006, n. 10234, in *D&G*, n. 44, 2006, 108; Tar Friuli-Venezia Giulia, 16 ottobre 2006, n. 645, in *Giur. mer.*, 2007, 2423.

<sup>28</sup> Per esempio, v. E. CORN, *Non parlarmi, non ti sento. Il perdurante disallineamento tra i bisogni delle donne maltrattate e le tutele offerte dalle norme penali*, in *Riv. it. med. leg. Dir. in campo sanit.*, 2018, 599 ss. e F. DI MUZIO, *La tutela processuale della vittima di violenza*, in *I dir. dell’uomo: cronache e battaglie*, 2012, 3, 58 ss.

Questa questione si pone, ovviamente, *a priori*, nel momento della programmazione iniziale degli interventi. Ancora più profondamente, però, si pone *a posteriori*, allorché, in vista dell'assunzione delle scelte strategiche circa la continuazione o l'interruzione delle sperimentazioni svolte ovvero circa l'esigenza di apportare modifiche di carattere normativo, sia indispensabile valutare i risultati prodotti.

Il problema della "misurazione" degli esiti raggiunti è particolarmente spinoso. Esso rileva soprattutto in relazione all'intrinseca transitorietà delle azioni positive e alla conseguente cessazione della loro legittimazione giuridica, allorché gli obiettivi a cui erano preordinate siano stati ottenuti. Pertanto, sarebbe necessario individuare degli indicatori in grado di convertire su basi oggettive, almeno in via tendenziale, fattori di natura prevalentemente qualitativa in coefficienti quantitativi<sup>29</sup>. La sedimentazione di esiti condivisi sul punto – sia in chiave interdisciplinare, sia in chiave transnazionale – consentirebbe, tra l'altro, di affrontare la tematica dell'uguaglianza fra uomini e donne in una prospettiva potenzialmente globale, mediante l'acquisizione di dati omogenei e reciprocamente commensurabili. Tuttavia, manca ad oggi nel mondo scientifico piena condivisione di criteri valutativi, applicabili senza incertezze.

<sup>29</sup> In proposito, con riferimento all'ambito europeo, v., per esempio: J. PLANTENGA - C. REMERY - H. FIGUEIREDO - C. FAGAN - M. SMITH, *Towards a European Union Gender Equality Index*, in *Journ. Eur. Social Policy*, 2009, 19, 19 ss., nonché S. KLASSEN - D. SCHÜLER, *Reforming the Gender-Related Development Index and the Gender Empowerment Measure: Implementing Some Specific Proposals*, in *Feminist Economics*, 2011, 17, 1, 2011, 1 ss.; E. BERICAT, *The European Gender Equality Index: Conceptual and Analytical Issues*, in *Social Indicators Research*, 2012, 108, 1, 1 ss.; J. PLANTENGA - C. REMERY, *Measuring Gender Equality within the European Union*, in *Gender and the European Labour Market*, a cura di F. BETTIO - J. PLANTENGA - M. SMITH, Routledge, New York, 2013, 36 ss. Per quanto riguarda l'esperienza delle regioni italiane, è interessante, per esempio, M. AMICI - M.L. STEFANI, *A Gender Equality Index for the Italian Regions*, Bank of Italy Occasional Paper, 2013, n. 190.

La carenza di coordinate tecnico-scientifiche rappresenta dunque un fattore di debolezza del paradigma, per altri versi quanto mai utile, della ‘cittadinanza di genere’. A ben vedere, tuttavia, anche questo elemento, in parte certamente negativo, non è privo di risvolti positivi.

La difficoltà di “misurare” l’efficienza dell’attività delle istituzioni, infatti, è un problema aperto, che accomuna le diverse branche del diritto pubblico<sup>30</sup>. Pertanto, l’evidenziazione delle insidie correlate all’individuazione di parametri quantitativi di valutazione, con riferimento alla corretta applicazione della parità di genere, pone in risalto l’intrinseco legame disciplinare con le scienze giuridiche, non solo sul piano dei principi costituzionali, ma anche nel prisma del diritto amministrativo. Si tratta di un risultato epistemologico e pratico di non poco conto, suscettibile di rafforzare la configurazione delle questioni di genere come problema (anche) profondamente giuridico.

Può dirsi, in questa prospettiva, che il virtuoso processo di “giuridificazione”, che ha preso le mosse dall’entrata in vigore della Costituzione repubblicana, ha evidenziato nella condizione femminile una forma di vulnerabilità talmente antica e sedimentata da risultare a lungo invisibile e passivamente accettata. Solo oggi l’ordinamento ha maturato il grado di consapevolezza necessario e sufficiente per percepirla come tale e contrastarla come fonte di iniquità giuridica e sociale. È ora quanto mai opportuno corroborare tale nuova sensibilità mediante la predisposizione di nuovi strumenti di intervento che, affiancandosi a quelli più risalenti, siano suscettibili di fungere da catalizzatore degli esiti del riequilibrio della condizione di uomini e donne. L’approfondimento degli sforzi per la piena realizzazione delle pari opportunità potrebbe determinare l’estensione virtuosa delle potenzialità inclusive di normativa e buone prassi, che, se si sono fino ad ora rivolte quasi esclusivamente a tutela delle donne in quanto genere sottorappresentato nella vita pubblica, nel prossimo futuro ben potrebbero essere utilizzate anche per

<sup>30</sup> Per esempio, v., nella dottrina recente, R. VIVIANI, *La “Post-2015 Agenda”: il ruolo degli indicatori nel contesto della globalizzazione*, in *Pol. dir.*, 2015, 95 ss., nonché E. CARLONI, *Misurare la corruzione? Indicatori di corruzione e politiche di prevenzione*, *ivi*, 2017, 445 ss., E. IVALDI - G. BONATTI, *Un indicatore per la misurazione della partecipazione culturale e sociale nelle regioni italiane*, in *Econ. dir. terziario*, 2016, 283 ss.;

promuovere il coinvolgimento della componente maschile della società nei campi (per esempio, l'espressione della genitorialità, lo svolgimento del lavoro domestico e di cura o taluni settori professionali tuttora fortemente "femminilizzati"), in cui la presenza degli uomini è infrequente o sottovalutata.



JOSÉ LAURINDO DE SOUZA NETTO  
FLÁVIA JEANNE FERRARI

## DIREITOS HUMANOS E INOVAÇÃO NO SETOR PÚBLICO

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais. – 2. Do desenvolvimento sustentável aos Direitos Humanos: interdependências. – 3. Inovação no setor público: rumo a uma administração sustentável e orientada pelos Direitos Humanos. – 4. Inovação e valorização humana no Poder Judiciário.

### 1. *Considerações iniciais*

O Pós-Segunda Guerra Mundial trouxe à pauta discussões que remodelaram a concepção sobre uma ampla gama de temáticas, delineando as bases da sustentabilidade e dos direitos fundamentais. Em decorrência dessas mudanças ideológicas, a Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano em Estocolmo de 1972 foi pioneira em abordar a questão ambiental, resultando na Declaração de Estocolmo sobre o Ambiente Humano, estabelecendo princípios para a proteção do meio ambiente em escala global<sup>1</sup>.

Em decorrência dessas discussões acerca do meio ambiente e do desenvolvimento humano, populariza-se na década de 1980 o termo desenvolvimento sustentável, o qual atribui-se frequentemente ao Relatório Brundtland, resultado da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento das Nações Unidas em 1987. Ao conceituar desenvolvimento sustentável como o *desenvolvimento que atende às necessidades das gerações atuais sem comprometer a capacidade de as futuras gerações terem suas próprias necessidades atendidas*, o documento estabelece a interdependência entre aspectos ambientais, econômicos e sociais e reforça o necessário equilíbrio entre eles<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> J. I. ALVES, B. P. CUNHA, J. B. SOUSA. *Desenvolvimento e desenvolvimento sustentável: uma revisão contemporânea para pensar políticas públicas num ambiente de complexidade*. Curitiba, 2018. In: *Revista Jurídica*, v. 1, n. 50.

<sup>2</sup> Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. *Nosso futuro comum (Relatório Brundtland)*, Rio de Janeiro, 1987, Editora Fundação Getúlio Vargas, 46.

Ora, vislumbra-se que o desenvolvimento e a sustentabilidade devem trilhar caminhos convergentes, de modo que considerem a preservação dos recursos naturais e a garantia dos direitos humanos. Nesse ínterim, o princípio da sustentabilidade integra o texto constitucional brasileiro, por meio do artigo 225, considerado um dos pilares do direito ambiental no Brasil, conferindo amparo constitucional à proteção e preservação do meio ambiente. O referido artigo estabelece que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo este um bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida. Ele impõe ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações<sup>3</sup>.

No entanto, a preservação ambiental e a sustentabilidade passam, necessariamente, pelo desenvolvimento humano (em aspectos econômicos, de saúde, educacionais, etc.) para serem factíveis. É nesse contexto que ações e estratégias no setor público e privado podem ser transformadoras e determinantes para promover a sustentabilidade em sua integralidade, pautado na eficiência na gestão de recursos e estimular o respeito aos direitos humanos<sup>4</sup>.

Neste cenário, este texto propõe-se a refletir os vínculos e interconexões entre sustentabilidade, direitos humanos e inovação no setor público. Serão explorados conceitos centrais, desafios e boas práticas no campo da inovação, bem como a importância da proximidade do poder judiciário para com a sociedade<sup>5</sup>.

Trata-se de uma revisão bibliográfica da doutrina, empregando-se o método dedutivo para compreender como a interseção entre sustentabilidade, direitos humanos e inovação no setor público influencia o desenvolvimento de uma sociedade mais equânime? Espera-se contribuir para o fortalecimento do debate e inspirar a adoção de políticas públi-

<sup>3</sup> Brasil. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 1988, Senado Federal, art. 225.

<sup>4</sup> L. S. GRUBBA, E. H. HAMEL, M. PELLEZ. *Democracia e desenvolvimento sustentável*. Curitiba, 2021. In: *Revista Jurídica*, v. 5, n. 62, 485-513.

<sup>5</sup> A. R. FOGAÇA, E. CAMBI, J. L. DE SOUZA NETTO, L. A. PORTO. *A simbiose entre políticas públicas e a efetivação dos direitos humanos: diálogo necessário com a Lei 14.230/2021*. Belo Horizonte, 2022, In: *Improbidade Administrativa: principais alterações promovidas pela Lei 14.230/2021*, 153-178.

cas e práticas inovadoras que impulsionem o respeito aos direitos humanos e o desenvolvimento sustentável.

## 2. Do desenvolvimento sustentável aos Direitos Humanos: interdependências

Ao retomar o entendimento sobre desenvolvimento sustentável, aborda-se um conceito que se refere ao processo de crescimento social e econômico alinhado com a preservação dos recursos naturais, de modo que se mantenham as condições de existência das presentes e das futuras gerações. Nesse âmbito, três princípios fundamentais se destacam em se tratando de desenvolvimento sustentável: integridade do ecossistema, eficiência econômica e equidade social<sup>6</sup>.

A integridade do ecossistema refere-se à manutenção do estado original do mesmo ou minimizar as perturbações do equilíbrio do ecossistema, evitando prejuízo à biodiversidade. Sob o viés do desenvolvimento sustentável, a abordagem da integridade do ecossistema prima por minimizar impactos ao meio ambiente decorrentes de atividades humanas, reconhecendo a interdependência entre o ambiente e as formas de vida que nele coexistem<sup>7</sup>.

Por outra via, a eficiência econômica demanda a utilização racional, eficiente e sem desperdício dos recursos disponíveis. Também, a eficiência econômica deve ser pautada na *alocação inteligente dos recursos produtivos de modo a promover a qualidade de vida, feito esse que deve ser homeostático e em pleno equilíbrio com a natureza, caso contrário, não representará uma autêntica qualificação das condições sociais e intrapsíquicas*. Nesse sentido, Correa recorda que a inteligência mencionada não se centra apenas na eficiência produtiva, como exaustivamente ensinado. Trata-se sim do *entendimento de como promover desenvolvimento tecnológico não neutro, ou seja, ético e compromissado com a proteção dos recursos naturais, condição ímpar para a sobrevivência digna da geração atual e futura*<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> J. A. STOFFEL, S. A. COLOGNESE. *O desenvolvimento sustentável sob a ótica da sustentabilidade multidimensional*. 2016. In: *Revista Da FAE*, v. 18, n. 2, 18–37.

<sup>7</sup> J. R. KARR, E. R. LARSON, E. W. CHU. 2022. *Ecological integrity is both real and valuable*. In: *Conservation Science and Practice*, v. 4, n. 2, e 583.

<sup>8</sup> R. CORREA. *A dimensão econômica e o desenvolvimento sustentável sob a ótica de*

No que tange ao princípio de equidade social do desenvolvimento social, recorre-se ao entendimento de Leff: *O desenvolvimento sustentável torna-se um projeto visa erradicar a pobreza, atender às necessidades básicas e melhorar a qualidade de vida da população [...] A equidade não pode ser definida por um padrão homogêneo de bem-estar; não depende apenas da distribuição do estoque de recursos disponíveis e da distribuição dos custos da poluição do meio ambiente global. Na perspectiva da racionalidade ambiental, os objetivos de equidade e sustentabilidade implicam abolir o domínio do mercado e do Estado sobre a autonomia dos povos, criando condições para a apropriação das potencialidades ecológicas de cada região, mediadas por valores culturais e os interesses sociais de cada comunidade*<sup>9</sup>.

Sob essa perspectiva, o princípio da equidade social visa uma distribuição mais justa da renda, que proporcione melhorias nos direitos e condições de vida da população, promovendo uma maior homogeneidade social e oportunidades de emprego que garantam qualidade de vida e igualdade no acesso aos recursos e serviços sociais<sup>10</sup>.

Diante dos mencionados princípios do desenvolvimento sustentável, há de se ampliar as discussões para a sustentabilidade deste processo de desenvolvimento, sustentabilidade esta que, além dos pilares ambiental, social e econômico, requer ainda o pilar ético para se substanciar.

Para Juarez Freitas<sup>11</sup>, a dimensão ética da sustentabilidade abrange a interconexão existente entre todos os seres, transcende o enfoque antropocêntrico restrito e reconhece o impacto retroalimentador das ações e omissões. Tal abordagem demanda a busca pela universalização concreta dos princípios que promovam o bem-estar geral e engaja-se na defesa de uma causa que, sem negar a dignidade humana, proclama e admite a dignidade intrínseca de todos os seres vivos. Logo, reafirma-se

Juarez Freitas. 2015. In: *Revista Direito à Sustentabilidade*, v. 1, n. 2, 79.

<sup>9</sup> E. LEFF. *Saber Ambiental: Sustentabilidad, Racionalidad, Complejidad, Poder*. México, 2004. In: *Siglo XXI Editores*, 52-67.

<sup>10</sup> B. O. IAQUINTO. *A sustentabilidade e suas dimensões*. 2018, In: *Revista da ESMESC*, v. 25, n. 31, 157-178.

<sup>11</sup> J. FREITAS. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte, 2012, In: *Fórum*, 68-71.

a cooperação e a solidariedade entre os seres, considerando a sua interconexão, ao mesmo tempo que se evita a objetificação do ser humano<sup>12</sup>.

De fato, a crise energética decorrente da exploração de recursos desenfreada experimentada globalmente na década de 1970 levou à necessidade de adotar medidas de austeridade para limitar o consumo de energia, limitar a dependência energética de fontes não renováveis. Apesar do grande enfoque econômico dessas mudanças, a crise energética também abriu campo para discussões e conscientização acerca das consequências do modelo insustentável de desenvolvimento vigente.

Embora se tenha evoluído muito desde então, o tema da sustentabilidade permanece atual e cada vez mais emergencial, pois como afirmam De Marco e Mezzaroba, o desenvolvimento econômico persiste em *resistir às propostas holísticas do desenvolvimento sustentável, o que é preocupante, já que aquele modelo não leva em conta as proposições declaradamente mais comprometidas com a justiça social, econômica e ambiental do presente e do futuro*<sup>13</sup>.

Os autores coadunam com a percepção holística acerca da sustentabilidade apresentada por Klaus Bosselmann. O autor afirma que a importância dos aspectos econômicos e sociais no conceito de sustentabilidade não anula nem se desvia do núcleo ambiental. Pelo contrário, é a partir do núcleo ambiental que os componentes sociais e econômicos se relacionam e conduzem um desenvolvimento verdadeiramente sustentável<sup>14</sup>.

Para o autor, *não há prosperidade econômica sem justiça social e não há justiça social sem prosperidade econômica, e ambas dentro dos limites da sustentabilidade ecológica*. Ao tratar como uma normativa, estabelece-se então a “*obrigação de promover a prosperidade econômica a longo prazo e a justiça social, dentro dos limites da sustentabilidade ecológica*”<sup>15</sup>.

Vislumbra-se então a necessária implementação, da melhor forma

<sup>12</sup> B. O. IAQUINTO. *A sustentabilidade e suas dimensões*, cit.

<sup>13</sup> C. M. DE MARCO, O. MEZZAROBA. *O direito humano ao desenvolvimento sustentável: contornos históricos e conceituais*. 2017, In: *Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável*, v. 14, n. 29, 327.

<sup>14</sup> K. BOSSELMANN. *The Principle of Sustainability: Transforming Law and Governance*. 2008, Ashgate.

<sup>15</sup> K. BOSSELMANN. *The Principle of Sustainability: Transforming Law and Governance*, 54, cit.

possível, desses princípios para alcançar um desenvolvimento sustentável. A atuação da administração pública também deve ser direcionada nesse sentido, para fomentar um comportamento responsável, que se traduz no respeito a um sistema de legal, que orienta o indivíduo em relação a comportamentos racionais em diversos aspectos do cotidiano, como o respeito às normas e aos princípios de convivência e a proteção do meio ambiente.

De fato, as respostas legais aos impactos ambientais gerados pelas atividades econômicas foram instigadas inicialmente com o ímpeto de proteger a saúde e o bem-estar humano. Contudo, aos poucos se reconheceu a também interdependência entre os direitos humanos e a proteção ambiental.

Taylor assevera: *Uma maior consciência ambiental tornou cada vez mais óbvio que a qualidade ambiental é uma pré-condição essencial para o gozo de muitos direitos humanos, como o direito à vida, o direito à saúde, o direito à propriedade e o direito a um padrão de vida adequado*<sup>16</sup>.

Embora essa interdependência seja reconhecida, Bosselmann observa que *cada área continua a ser regida pelo seu próprio regime jurídico. A lei dos direitos humanos preocupa-se com a proteção do bem-estar individual; O direito ambiental preocupa-se com a proteção do bem-estar coletivo*<sup>17</sup>.

Taylor complementa que a teoria dos direitos humanos se desenvolveu sem reconhecer a dependência humana e a vulnerabilidade às mudanças ecológicas. Além disso, desenvolveu-se sem qualquer compreensão das complexas interações entre os ecossistemas e o ambiente físico, que fornece a base para toda a vida na Terra<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> P. TAYLOR. *Ecological Integrity and Human Rights*. 2014. In: L. WESTRA, K. BOSSELMANN, R. WESTRA. *Reconciling Human Existence with Ecological Integrity: Science, Ethics, Economics and Law*. Abingdon: Routledge, 93.

<sup>17</sup> K. BOSSELMANN. *The Principle of Sustainability: Transforming Law and Governance*, 11, cit.

<sup>18</sup> P. TAYLOR. *Ecological Integrity and Human Rights*, 93, cit.

### *3. Inovação no setor público: rumo a uma administração sustentável e orientada pelos Direitos Humanos*

Pensar em sustentabilidade, em seu âmago, requer necessariamente inter-relacionar todas as suas esferas. No contexto globalizado, a rápida evolução tecnológica e o surgimento de novas soluções têm proporcionado oportunidades para aprimorar a proteção e a promoção dos direitos fundamentais, bem como fomentar estratégias de sustentabilidade tanto no setor privado quanto no público<sup>19</sup>.

Quanto aos direitos humanos, as inovações tecnológicas desempenham um papel duplo. Por um lado, elas figuram como ferramentas para monitorar e controlar violações de direitos. Assim, a tecnologia é empregada para fortalecer o controle administrativo e a aplicação das leis, garantindo a responsabilização por violações. Por outra via, contudo, a tecnologia também se apresenta como um meio para violações de direitos humanos. Questões como privacidade, liberdade de expressão e discriminação podem emergir com o uso inadequado ou abusivo dessas ferramentas tecnológicas<sup>20</sup>. A título ilustrativo, o monitoramento e a coleta excessiva de dados pessoais podem violar o direito à privacidade, bem como algoritmos e sistemas automatizados podem perpetuar posicionamentos discriminatórios, prejudicando grupos sociais.

Logo, também a inovação tecnológica deve se fundamentar na ética e no respeito para com os direitos humanos. Para tanto, fazem-se necessários marcos regulatórios que se adéquem às novas dinâmicas tecnológicas, garantido a responsabilidade das empresas, usuários e instituições públicas pelo desenvolvimento e uso de tecnologias.

Como mencionado, as inovações tecnológicas também são meios eficazes para monitorar violações aos direitos humanos, bem como para garantir canais eficientes e seguros de denúncia e assistência às vítimas. Assim, à medida que se avança, o respeito aos direitos fundamentais e

<sup>19</sup> J. L. DE SOUZA NETTO, V. C. DE SÉLLOS-KNOERR, A. GARCEL, L. A. PORTO. *Globalização, empresas e direitos humanos: aspectos à luz do humanrights approach*. São Paulo, 2021. In: *Globalização, empresa transnacional e direitos humanos*, Universidade Nove de Julho.

<sup>20</sup> E. TREVISAM, J. C. JUNIOR. *Objetivos do desenvolvimento sustentável: o direito humano e o suporte fático da rede da vida*. Curitiba, 2019. In: *Revista Jurídica*, v. 4, n. 57, 328-354.

aos demais aspectos da sustentabilidade tornam-se critérios cada vez mais primordiais para o sucesso e desenvolvimento de organizações, públicas e privadas.

Para organizações que se denominam sustentáveis, os processos de inovação não se limitam a recursos tecnológicos, mas abrangem práticas e ações que sejam sociais, econômico e ecologicamente responsáveis. Invariavelmente isso implica em garantir a observância dos direitos fundamentais no decorrer de toda a cadeia produtiva. A inovação, nesse quadro, inclui o desenvolvimento e implementação de mecanismos de monitoramento, auditoria e transparência com relação aos direitos humanos<sup>21</sup>.

A inovação também desempenha um papel fundamental no empoderamento das pessoas e na promoção da igualdade de oportunidades. Novas tecnologias e soluções inovadoras podem contribuir para eliminar barreiras e criar ambientes mais inclusivos, proporcionando acesso igualitário a serviços e oportunidades. Por exemplo, o desenvolvimento de aplicativos e plataformas digitais pode facilitar o acesso à educação, saúde, emprego e justiça, promovendo a igualdade de direitos e oportunidades.

Primordial mencionar que a inovação, no âmbito dos direitos fundamentais, não se restringe a apenas manter a conformidade legal, mas representa também um compromisso ético e moral para com a dignidade humana, coadunando com os princípios da sustentabilidade<sup>22</sup>.

No setor público, as inovações agregam especialmente na melhoria da prestação de serviços, na qualidade de vida e no bem-estar da população<sup>23</sup>. Com a adoção de tecnologias diversas, processos são otimizados, reduzindo morosidades, procedimentos burocráticos e agilizando atendimentos aos cidadãos.

Evidente que a inovação no setor público passa necessariamente pela capacitação dos servidores, proporcionando-lhes o desenvolvimento

<sup>21</sup> J. TIDD, J. BESSANT, K. PAVITT. *Gestão da inovação*, Porto Alegre, 2015, In: *Bookman*.

<sup>22</sup> E. TREVISAM, J. C. JUNIOR. *Objetivos do desenvolvimento sustentável: o direito humano e o suporte fático da rede da vida*, cit.

<sup>23</sup> A. R. FOGAÇA, E. CAMBI, J. L. DE SOUZA NETTO, L. A. PORTO. *A simbiose entre políticas públicas e a efetivação dos direitos humanos: diálogo necessário com a Lei 14.230/2021*, cit.

de competências essenciais às novas demandas e desafios contemporâneos. Intervenções inovadoras na administração pública, como a capacitação, transparência, acessibilidade e participação cidadã, importam para o desenvolvimento sustentável.

A inovação parte ainda dos alicerces da confiança, do empoderamento e do desejo de avançar e ser ouvido enquanto indivíduo e coletividade. Trabalhar esses ideais, por meio da educação e da conscientização, são primordiais para uma gestão estratégica nos serviços públicos e privados<sup>24</sup>.

De fato, a gestão estratégica transformou a estrutura social e econômica dos países desenvolvidos e promoveu uma economia global integrada. A gestão é responsável por empregar o conhecimento dos colaboradores de forma produtiva, operando por meio do comportamento humano e do *mindset*, direcionando as ações individuais com vistas à concretização eficiente dos objetivos organizacionais. É a partir da gestão estratégica que recursos disponíveis são otimizados e decisões podem ser tomadas visando garantir um ambiente que promova o desenvolvimento individual e coletivo<sup>25</sup>.

O aspecto interacional entre as pessoas é relevante nesse processo, seja na área pessoal ou corporativa. E a gestão encarrega-se de capacitar essas pessoas, agregando a elas qualificação e competências relacionados ao trabalho em equipe. Sob esse viés, de função social, a gestão vincula-se aos direitos humanos<sup>26</sup>. Evidente que o sucesso desse aspecto da gestão está sujeito à capacidade de liderança dos gestores, dos empresários e de toda a dinâmica institucional<sup>27</sup>.

Atualmente, as organizações prezam por estabelecer uma cultura de gestão colaborativa e inclusiva, visando a manutenção de uma mentalidade de constante crescimento. Sob tal abordagem, a gestão estratégica das habilidades comportamentais pode promover o desenvolvimento de competências, bem como aprimorar habilidades como a resiliência, a

<sup>24</sup> R. B. AHRENS. *A gestão estratégica na administração*. Ponta Grossa, 2017, In: *Atena Editora*, 2. ed.

<sup>25</sup> R. B. AHRENS. *A gestão estratégica na administração*, cit.

<sup>26</sup> J. L. DE SOUZA NETTO, G. C. GUILHERME. *A gestão como fim social e a estratégia: indutores de ações de agregação de valor no poder judiciário paranaense*. Brasília, 2022, In: *Anais: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados*.

<sup>27</sup> J. TIDD, J. BESSANT, K. PAVITT. *Gestão da inovação*, cit.

criatividade e a inteligência emocional, tão essenciais para um contexto de intensas transformações sociais. Desenvolver e fortalecer tais competências no contexto corporativo é um desafio e um requisito para a inovação na esfera profissional e para a adaptabilidade às transformações da sociedade<sup>28</sup>.

Como mencionado, na contemporaneidade, as pessoas desfrutam de recursos tecnológicos e científicos valiosos. Aliados às habilidades, experiências e conhecimentos humanos, esses recursos podem ser empregados para impulsionar e conduzir a mudanças e inovações, inclusive no setor público.

#### 4. Inovação e valorização humana no Poder Judiciário

O poder judiciário é primordial para a garantia dos direitos humanos e para a promoção da justiça na sociedade. Na sociedade atual, permeada por inovações científicas e tecnológicas, demanda-se que o poder judiciário também adote práticas inovadoras em uma gestão estratégica, fortalecendo a confiança e a efetividade do sistema jurídico<sup>29</sup>.

A título ilustrativo, o plano de gestão adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR) é um exemplo inspirador, sendo pautado na valorização do ser humano como o centro da justiça, promove uma cultura de inovação, buscando a eficiência na prestação de serviços judiciários à comunidade. Para isso, o plano de gestão do TJPR norteia-se pelos seguintes princípios: valorização do ser humano, aumento da eficiência, capacitação contínua de magistrados e servidores, uso racional de recursos e aproximação do Poder Judiciário com a sociedade<sup>30</sup>.

Iniciativas como a capacitação dos servidores, incentivo à pesquisa e desenvolvimento de melhores práticas, o TJPR otimiza a utilização de conhecimento, informação e recursos para garantir a efetividade do

<sup>28</sup> A. R. FOGAÇA, E. CAMBI, J. L. DE SOUZA NETTO, L. A. PORTO. *Empresas e Direitos Humanos na Perspectiva do Sistema Interamericano*, 2021, In: *A Disrupção do Direito Empresarial*.

<sup>29</sup> J. L. DE SOUZA NETTO, G. C. GUILHERME, A. GARCEL, A. R. FOGAÇA. *Função da gestão social: a estratégia do judiciário*. 2022, In: *Revista Bonijuris*, v. 33, 673 ed.

<sup>30</sup> <https://www.anoreg.org.br/site/tj-pr-agosto-marca-os-130-anos-do-tjpr-e-6-meses-da-atual-gestao/>.

sistema judicial. Ademais, diversos projetos e iniciativas de inovação são implementados no âmbito do Poder Judiciário, promovendo a sustentabilidade e aprimorando a gestão judicial e administrativa.

Tais iniciativas encontram-se alinhadas com a estratégia nacional da magistratura, bem como com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável definidos na Agenda 2030 pela Organização das Nações Unidas. Esses projetos abrangem desde a adoção de tecnologias avançadas para aprimorar a eficiência dos processos judiciais até a promoção de práticas mais sustentáveis e socialmente responsáveis<sup>31</sup>.

Dentre essas iniciativas, é válido mencionar o Ateliê de Inovação, que se trata de um laboratório de inovação cujo intuito é identificar problemas e propor soluções em diversos setores da instituição. Também a Escola Judicial do Paraná, que disponibiliza capacitação para servidores e magistrados, promovendo capacitação e atualização profissional contínuas. Quanto à proximidade com os cidadãos, o Balcão Virtual figura como uma iniciativa recente e valorosa, destinada a tornar o atendimento à população mais acessível e facilitado utilizando-se de recursos tecnológicos<sup>32</sup>.

Dessarte, iniciativas semelhantes demonstram o compromisso do TJPR, em aprimorar seus serviços, com vistas a suprir as demandas contemporâneas da sociedade, adotando uma postura que se direciona pela inovação, pela eficiência e, primordialmente, pela valorização do ser humano no setor público. Esse trabalho é reconhecido pelo fato de o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná ter sido destaque como o único grande tribunal de justiça do Brasil a vencer em 4 categorias (governança; produtividade; transparência; e dados e tecnologia) oferecido pelo Conselho Nacional de Justiça.

Por fim, incrementar a gestão estratégica e a inovação no setor público é basilar não apenas otimizar a prestação de serviços jurídicos, mas trata-se também de conduzir ao desenvolvimento individual e coletivo das pessoas, promovendo o respeito aos direitos fundamentais, bem como conduzindo a sociedade por um caminho de sustentabilidade e democracia.

<sup>31</sup> <https://www.anoreg.org.br/site/tj-pr-agosto-marca-os-130-anos-do-tjpr-e-6-meses-da-atual-gestao/>.

<sup>32</sup> J. L. DE SOUZA NETTO, G. C. GUILHERME, A. GARCEL, A. R. FOGAÇA. *Função da gestão social: a estratégia do judiciário*, cit.

A atuação do setor público, nesse sentido, alinha-se com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU, bem como com os princípios basilares do texto constitucional brasileiro, tal como o artigo primeiro, que declara o Brasil como uma República Federativa que se constitui como um Estado de direito democrático, pautado na soberania, cidadania, dignidade humana, valores sociais do trabalho e da livre expressão, além do pluralismo político<sup>33</sup>. De tal modo, a dignidade humana prevalece como um valor supremo do Estado democrático de direito<sup>34</sup>.

Portanto, ao promover a inovação e gestões estratégicas na administração pública, fortalecem-se os alicerces dos sistemas jurídicos, ao passo que se contribui para a construção de uma sociedade norteada pelos direitos humanos comprometida com a sustentabilidade, em todas as suas esferas.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

A. R. FOGAÇA, E. CAMBI, J. L. DE SOUZA NETTO, L. A. PORTO. *A simbiose entre políticas públicas e a efetivação dos direitos humanos: diálogo necessário com a Lei 14.230/2021*. Belo Horizonte, 2022, In: *Improbidade Administrativa: principais alterações promovidas pela Lei 14.230/2021*, p. 153-178.

A. R. FOGAÇA, E. CAMBI, J. L. DE SOUZA NETTO, L. A. PORTO. *Empresas e Direitos Humanos na Perspectiva do Sistema Interamericano*, 2021, In: *A Disrupção do Direito Empresarial*.

B. O. IAQUINTO. *A sustentabilidade e suas dimensões*. 2018, In: *Revista da ESMESC*, v. 25, n. 31, p. 157-178.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 1988, Senado Federal.

C. M. DE MARCO, O. MEZZAROBÀ. *O direito humano ao desenvolvimento sustentável: contornos históricos e conceituais*. 2017, In: *Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável*, v. 14, n. 29, p. 327.

<sup>33</sup> Brasil. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, cit.

<sup>34</sup> J.L. DE SOUZA NETTO, C. R. CARDOSO. *A Jurisdição Constitucional como instrumento potencializador da efetividade dos Direitos Humanos*. Curitiba, 2013, In: *Revista da Escola da Magistratura do Paraná. Ed. Especial Comemorativa de 30 anos*, p. 69-90.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Nosso futuro comum (Relatório Brundtland)*, Rio de Janeiro, 1987, Editora Fundação Getúlio Vargas.

E. LEFF. *Saber Ambiental: Sustentabilidade, Racionalidade, Complexidade, Poder*. México, 2004. In: *Siglo XXI Editores*, p. 52-67.

E. TREVISAM, J. C. JUNIOR. *Objetivos do desenvolvimento sustentável: o direito humano e o suporte fático da rede da vida*. Curitiba, 2019, In: *Revista Jurídica*, v. 4, n. 57, p. 328-354.

J. A. STOFFEL, S. A. COLOGNESE. *O desenvolvimento sustentável sob a ótica da sustentabilidade multidimensional*. 2016. In: *Revista Da FAE*, v. 18, n. 2, p. 18-37.

J. FREITAS. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte, 2012, In: *Fórum*, p. 68-71.

J. I. ALVES, B. P. CUNHA, J. B. SOUSA. *Desenvolvimento e desenvolvimento sustentável: uma revisão contemporânea para pensar políticas públicas num ambiente de complexidade*. Curitiba, 2018. In: *Revista Jurídica*, v. 1, n. 50.

J. L. DE SOUZA NETTO, V. C. DE SÉLLOS-KNOERR, A. GARCEL, L. A. PORTO. *Globalização, empresas e direitos humanos: aspectos à luz do humanrights approach*. São Paulo, 2021, In: *Globalização, empresa transnacional e direitos humanos*, Universidade Nove de Julho.

J. L. DE SOUZA NETTO, C. R. CARDOSO. *A Jurisdição Constitucional como instrumento potencializador da efetividade dos Direitos Humanos*. Curitiba, 2013, In: *Revista da Escola da Magistratura do Paraná. Ed. Especial Comemorativa de 30 anos*, p. 69-90.

J. L. DE SOUZA NETTO, G. C. GUILHERME, A. GARCEL, A. R. FOGAÇA. *Função da gestão social: a estratégia do judiciário*. 2022, In: *Revista Bonijuris*, v. 33, 673 ed.

J. L. DE SOUZA NETTO, G. C. GUILHERME. *A gestão como fim social e a estratégia: indutores de ações de agregação de valor no poder judiciário paranaense*. Brasília, 2022, In: *Anais: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados*.

J. R. KARR, E. R. LARSON, E. W. CHU. 2022. *Ecological integrity is both real and valuable*. In: *Conservation Science and Practice*, v. 4, n. 2, e583.

J. TIDD, J. BESSANT, K. PAVITT. *Gestão da inovação*, Porto Alegre, 2015, In: *Bookman*.

K. BOSSELMANN. *The Principle of Sustainability: Transforming Law and Governance*. 2008, Ashgate.

K. BOSSELMANN. *The Principle of Sustainability: Transforming Law and Governance*.

L. S. GRUBBA, E. H. HAMEL, M. PELLEZ. *Democracia e desenvolvimento sustentável*. Curitiba, 2021. In: *Revista Jurídica*, v. 5, n. 62, p. 485-513.

P. TAYLOR. *Ecological Integrity and Human Rights*. 2014. In: L. Westra, K. Bosselmann, R. Westra. *Reconciling Human Existence with Ecological Integrity: Science, Ethics, Economics and Law*. Abingdon: Routledge.

R. B. AHRENS. *A gestão estratégica na administração*. Ponta Grossa, 2017, In: *Atena Editora*, 2. ed.

R. CORREA. *A dimensão econômica e o desenvolvimento sustentável sob a ótica de Juarez Freitas*. 2015. In: *Revista Direito à Sustentabilidade*, v. 1, n. 2.

TJ/PR – Agosto marca os 130 anos do TJPR e 6 meses da atual gestão. 2021. In: <https://www.anoreg.org.br/site/tj-pr-agosto-marca-os-130-anos-do-tjpr-e-6-meses-da-atual-gestao/>.

ILTON NORBERTO ROBL FILHO

DIREITO À INTIMIDADE E  
À VIDA PRIVADA NA ERA DIGITAL

SÚMARIO: 1. Introdução. – 2. Direito à Intimidade e à Vida Privada. – 3. Constitucionalismo digital. – 4. Direito à Intimidade e à Vida Privada na Era Digital. – 5. Conclusão.

1. *Introdução*

A intimidade e a vida privada estão no cerne do constitucionalismo, com novos e velhos dilemas, sendo necessário aprofundar o debate na esfera pública e na comunidade jurídica. Este artigo analisa algumas dessas questões, que desafiam o direito constitucional e o constitucionalismo.

Dessa forma, este texto trata do direito à intimidade e à vida privada na era digital. Por sua vez, existe um campo de estudo contemporâneo denominado constitucionalismo digital, que analisa a modificação da vida em sociedade devido ao impacto da tecnologia digital (viver juntos em um mundo transformado pela tecnologia). Dessa forma, o presente estudo da *privacy* está inserido na discussão acerca do constitucionalismo no século XXI e no mundo digital.

Por outro lado, o atual momento do constitucionalismo digital obviamente não produz reflexões inteiramente novas ou descontextualizadas sobre os fenômenos históricos e a tradição. A questão é: olhar o novo, sem os olhos do velho, mas atento à tradição e à história.

Assim, na seção 2 são apresentadas as linhas gerais sobre o direito à intimidade e à vida privada. No item 3, o constitucionalismo digital é objeto de reflexão. A seção 4 desenvolve questões relacionadas à intimidade e à privacidade na era digital. As considerações finais são apresentadas no item 5.

## 2. *Direito à Intimidade e à Vida Privada*

A intimidade e a vida privada são fenômenos importantes e complexos nas sociedades moderna e contemporânea, examinado Hannah Arendt as principais características, nos seguintes termos: “O que hoje chamamos de privado é um círculo de intimidade cujos primórdios podemos encontrar nos últimos períodos da civilização romana, (...) mas cujas peculiaridades, multiformidade e variedade eram certamente desconhecidas de qualquer período anterior à era moderna”<sup>1</sup>. Nesse contexto, as relações entre o público e privado foram modificadas, pois, de um lado, a “presença de outros que vêem o que vemos e ouvem o que ouvimos garante-nos a realidade do mundo e de nós mesmos”, porém, de outra banda, “a intimidade de uma vida privada plenamente desenvolvida (...) sempre intensifica e enriquece grandemente toda a escala de emoções subjetivas e sentimentos privados, esta intensificação sempre ocorre às custas da garantia da realidade do mundo”<sup>2</sup>.

Em síntese, existe uma gradativa valorização do espaço privado, em virtude do seu papel no desenvolvimento da personalidade humana, permitindo assim a vivência de experiências individuais, próprias e íntimas. Por sua vez, a exposição da intimidade e da vida privada é questão bastante complexa, visto que a “intimidade não pode ser trazida à tona da mesma forma que as questões públicas”, no entanto não “se quer dizer que todas as questões íntimas devam, necessariamente, ser escondidas de todos e somente vividas pelo indivíduo”<sup>3</sup>.

O direito à intimidade e à vida privada tem sido objeto de reflexão doutrinária e de reconhecimento jurídico e jurisprudencial desde finais do século XIX. O artigo “The Right to Privacy”, publicado pela “Harvard Law Review” em 1890<sup>4</sup>, constitui uma das reflexões mais relevantes para o desenvolvimento do direito à intimidade e à vida privada, visto que combina tradição jurídica com inovações substanciais. Esse

<sup>1</sup> H. ARENDT, *A Condição Humana*, 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, 48.

<sup>2</sup> H. ARENDT, *A Condição Humana*, cit., 60.

<sup>3</sup> I. N. ROBL FILHO. *Direito, Intimidade e Vida Privada: Paradoxos Jurídicos e Sociais na Sociedade Pós-Moralista e Hipermoderna*, Curitiba, Juruá, 2010, 62.

<sup>4</sup> S. WARREN; L. BRANDEIS, *El derecho a la intimidad*, Madrid, Civitas, 1995.

artigo clássico se preocupa com o impacto da tecnologia e dos jornais impressos na vida cotidiana e na *privacy*.

No plano do direito positivo, gradativamente se observou o reconhecimento desse direito nas constituições nacionais e nos documentos regionais e globais de proteção aos direitos humanos.

O artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, afirma que ninguém “será sujeito à interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.” No artigo 5º, da Constituição Federal brasileira de 1988 consta que “X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. O artigo 21, do Código Civil Brasileiro estabelece que a “vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

Há, por exemplo, também uma proteção constitucional expressa desse direito nas Constituições da Bélgica (artigos 22.º e 15.º), dos Países Baixos (artigos 10.1 e 12), de Portugal (artigos 26.1 e 34), da Grécia (artigos 9.º e 19.º), da Argélia (artigo 49.º), do Chile (artigo 19.4º) e da Turquia (artigos 20.º - 22.º).

Não existe uma tutela específica sobre o direito à privacidade na Constituição italiana, porém há uma proteção ampla e fragmentária (liberdade pessoal, inviolabilidade do lar, liberdade e sigilo da correspondência, nos artigos 13, 14, 15) somada à tutela constitucional concedida ao tema, por meio da Corte Constitucional italiana.

De outra banda, o âmbito de proteção do direito à intimidade e à vida privada alterou-se substancialmente, conforme será visto no item 4 deste artigo, não se tratando mais apenas da tutela de um círculo de confidencialidade e do direito à solidão.

### 3. *Constitucionalismo digital*

O constitucionalismo digital é um conceito em construção. A literatura jurídica estrangeira e a doutrina brasileira têm promovido análises

relevantes das interações entre a constituição e o mundo transformado pela tecnologia.

O Estado e o direito modernos são produtos da racionalização e formalização do poder social e político. Neste contexto, a ciência moderna emergente tem um papel de liderança, tentando compreender e modificar os fenômenos sociais e naturais, com base no seu novo método. Os direitos humanos são considerados verdades evidentes, o Estado é uma construção racional dos indivíduos e a constituição surge como um modelo também racional para limitar o Estado e o poder político.

A tecnologia - aplicação prática da ciência no aperfeiçoamento da técnica e na confecção de ferramentas – é amplamente adotada, citando apenas alguns exemplos: trens, jornais, fotografia, automóveis, aviões, indústrias, eletricidade, telefone, rádio, fontes de energia, cinema, televisão, etc. No século XX ocorre o desenvolvimento da tecnologia da informação, que muda as nossas vidas e o mundo que compartilhamos com o advento da internet<sup>5</sup>. Existe uma redefinição de espaço, permitindo, por exemplo, que uma pessoa no Brasil se comunique com um italiano e um chinês, em seus países, a um custo relativamente baixo.

Visões libertárias (anarcocapitalistas) são comuns entre programadores, desenvolvedores e profissionais de tecnologia da informação, construindo sistemas, softwares e aplicativos que maximizam os desejos individuais e, no mínimo, desacreditam os aspectos comunitários e republicanos, sustentando que Estado é o grande inimigo. Por sua vez, a tecnologia digital põe em causa a autonomia individual.

Para a grande maioria das pessoas não existe um mundo analógico e outro digital, e sim um mundo integrado e compartilhado com a ajuda da tecnologia. Portanto, o constitucionalismo digital não trata apenas de questões tecnológicas em sentido estrito. Dado que a realidade, o direito e a vida quotidiana incorporaram indelevelmente aspectos tecnológicos, o constitucionalismo na sua versão digital é o campo por excelência da teoria constitucional contemporânea.

Nesse contexto, cidadãos, empresas de tecnologia, governos, sociedade civil, comunidades e organismos regionais e globais reivindicam,

<sup>5</sup> J. SUSSKIND, *Future Politics: living together in a world transformed by tech*, Oxford, Oxford University Press, 2018.

reconhecem e propõem direitos nas interações tecnológicas<sup>6</sup>. Esse é um fato a celebrar, porque os direitos e especialmente os direitos humanos e fundamentais são mecanismos centrais na filosofia constitucional e no direito constitucional positivo. Assim, as empresas de tecnologia desenvolvem termos de uso que incorporam a linguagem dos direitos. O Estado, através do legislativo, do executivo e do judiciário, protege os direitos aos dados pessoais e ao acesso à tecnologia, tendo que lidar com pleitos complexos sobre os direitos ao esquecimento e à desindexação e o combate à desinformação.

Para analisar essas questões políticas, jurídicas e constitucionais, é imprescindível o emprego do constitucionalismo, o qual é a filosofia que informa a construção do direito constitucional positivo e a conformação do Estado constitucional e democrático<sup>7</sup>. Dessa maneira, a correta e adequada constitucionalização, isto é, reconhecimento e tutela pelo direito constitucional positivo, pressupõe a observância do constitucionalismo.

Por sua vez, o mundo transformado pela tecnologia digital não é compreendido e regulado sem mudanças na teoria constitucional. Por exemplo, o populismo digital é diferente do populismo analógico, pois promove novas comunicações entre líderes e grupos populistas, bem como cria um conceito muito distorcido de povo, a partir de perfis de redes sociais.

Por outro lado, ignorar a teoria constitucional tradicional é uma conduta absolutamente inapropriada. O exercício do governo da maioria com limitações, principalmente devido aos direitos fundamentais, é um assunto clássico do constitucionalismo, que também é objeto de discussão na e-democracia. Feitas essas considerações, são listados abaixo cinco elementos centrais acerca do constitucionalismo digital.

Elemento 1. O mundo transformado pela tecnologia digital alterou profundamente as vidas privada e pública nos últimos vinte e cinco

<sup>6</sup> K. KARPPINEN; O. PUUKKO, Four Discourses of Digital Rights: Promises and Problems of Rights-Based Politics. In *Journal of Information Policy*, Vol. 10, 2020, 304-328.

<sup>7</sup> I. N. ROBL FILHO; M. A. MARRAFON; F. PANSIERI. Constitucionalismo como salvaguarda do Estado de Direito: crítica ao (ciber) populismo autoritário e a necessária reengenharia constitucional. In *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: RIHJ*, v. 18, 2020, p. 142.

anos, com aspectos muito positivos, porém também com consequências negativas e bastante preocupantes para o futuro próximo.

Elemento 2. O constitucionalismo digital não se limita a descrições do impacto da tecnologia digital nas relações sociais, jurídicas e constitucionais, não se restringindo a prescrições sobre a regulação de tecnologias.

Elemento 3. O discurso baseado em direitos é predominante no constitucionalismo digital, no entanto a) não existe um bloco monolítico tanto no âmbito jurídico como nas esferas sociais, políticas e filosóficas em relação ao assunto e b) as discussões sobre o constitucionalismo digital não se encerram com a questão dos direitos.

Elemento 4. Há dois pontos de vista parcialmente errôneos: a) as estruturas do constitucionalismo tradicional são suficientes para lidar com o mundo transformado pela tecnologia e b) o constitucionalismo digital consiste em um fenômeno completamente novo na trajetória da teoria constitucional.

Elemento 5. O constitucionalismo digital produz uma revisão crítica da estrutura do constitucionalismo.

Com essas considerações em mente, avança-se para a reflexão sobre o direito à intimidade e à vida privada no contexto digital.

#### *4. Direito à Intimidade e à Vida Privada na Era Digital*

O constituinte originário brasileiro reconheceu o direito fundamental à intimidade e à vida privada, no artigo 5º, X, da Constituição Federal de 1988, além de o poder constituinte reformador ter posteriormente incorporado de maneira expressa o direito fundamental à proteção de dados pessoais, na Emenda Constitucional n. 115/2022, já na era digital. Ainda se deve registrar o advento da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais brasileira (Lei n.º.13.709, de 14 de agosto de 2018), fixando o respeito à privacidade como um dos fundamentos da tutela de dados pessoais, no artigo 2º, I.

Por sua vez, as instituições da sociedade civil e a jurisdição constitucional desempenham papéis importantes na concretização da privacidade no momento atual. Desse modo, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º. 6.649, tendo como Relator o Ministro Gilmar Mendes e

como legitimado ativo (autor) o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, foi impugnado o Decreto 10.046/2019, que violava a proteção dos dados pessoais, a privacidade e a vida privada das pessoas físicas, pois favorecia o compartilhamento e integração de informações pessoais sem as devidas precauções. Na época, juntamente com as destacadas advogadas Estela Aranha – atualmente é Secretária Nacional de Direitos Digitais no Ministério da Justiça do Estado brasileiro - e Lucia Maria Teixeira Costa e com nosso amigo e brilhante jurista Danilo Doneda, elaboramos a petição inicial da ação constitucional, demonstrando a violação direta da dignidade da pessoa humana, da privacidade e da vida privada pelo referido decreto<sup>8</sup>.

O voto do Ministro Gilmar Mendes, na ADI nº. 6.649 analisou e resolveu com competência a controvérsia constitucional, observando a) os dilemas da intimidade e da vida privada na era digital, b) que a jurisdição constitucional brasileira está atenta aos ataques contemporâneos à intimidade e à vida privada, e c) “que a disciplina jurídica do processamento e da utilização de dados pessoais acaba por afetar o sistema de proteção de garantias individuais como um todo”, devendo ocorrer “uma releitura de mecanismos clássicos de defesa das liberdades públicas”<sup>9</sup>. Por meio da interpretação conforme à Constituição, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que o compartilhamento de dados pessoais entre entidades e administração pública pressupõe finalidades legítimas, determinadas e explícitas, limitando-se ao mínimo necessário.

Apesar dos avanços importantes descritos acima em virtude das atuações do legislador ordinário, do poder da reforma constitucional e da jurisdição constitucional brasileira, há diversas questões que precisam ser revistas, apreciadas e enfrentadas sobre a intimidade e a vida privada na era digital, conforme será demonstrado abaixo, a partir do direito ao esquecimento, da publicidade de informações públicas e da extimidade.

O direito ao esquecimento surgiu originalmente no mundo pré-digital, especialmente tendo em conta a exposição das pessoas humanas na televisão<sup>10</sup>. Infelizmente, a jurisdição constitucional brasileira anali-

<sup>8</sup> Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, *Petição Inicial da ADI nº. 6649/DF*, assinada em 18/12/2020.

<sup>9</sup> Supremo Tribunal Federal, ADI nº. 6649/DF, voto do Relator Min. Gilmar Mendes, 15 setembro 2022.

<sup>10</sup> Em relação às realidades física e digital, cf. F. B. C. CALLEJÓN, *La Constitución*

sou recentemente o direito ao esquecimento, com base em caso analógico (um programa de televisão que expôs novamente, em 2004, um homicídio ocorrido na década de 1950), no Recurso Extraordinário n.º 1.010.606/RJ<sup>11</sup>. O contexto analógico é muito diferente da vida atual mediada pela tecnologia digital, por diversas razões. Em primeiro lugar, as pessoas naturais interagem com frequência, nos âmbitos pessoal e profissional, por meio de aplicativos, redes sociais e demais instrumentos digitais, inexistindo essa intensidade de comunicação e de compartilhamento anteriormente. Em segundo lugar, a quantidade de informações e de dados pessoais armazenados, em arquivos e bancos de dados públicos e privados, é enorme, podendo impactar quase todas as dimensões da existência humana e social. Em terceiro lugar, o desenvolvimento da personalidade dos seres humanos acontece com a utilização dos instrumentos digitais.

Neste novo tempo, o que vigorava no mundo quase exclusivamente analógico não pode permanecer inalterado, exigindo o exercício de uma hermenêutica constitucional renovada com a ampliação do âmbito de proteção de direitos fundamentais já consagrados, como o direito à privacidade, para reconhecer o direito ao esquecimento em certa medida<sup>12</sup>. Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal do Brasil estabeleceu o tema 876 sobre o direito ao esquecimento, no Recurso Extraordinário n.º 1.010.606/RJ, porém a primeira parte da tese é preocupante, tendo a seguinte formulação: “É incompatível com a Constituição Federal a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social – analógicos ou digitais”<sup>13</sup>.

O rótulo do direito ao esquecimento, pela maior parte da literatura

*del Algoritmo*, Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad, 2022, 60-65.

<sup>11</sup> Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n.º 1.010.606/RJ, Relator Ministro Dias Toffoli, 11 de fevereiro de 2021.

<sup>12</sup> Cf. E. CELESTE, *Digital Constitutionalism: The Role of Internet Bills of Rights*, New York, 2023, 189-191.

<sup>13</sup>Sobre esse acórdão, cf. I. S. SARLET. *STF e direito ao esquecimento: julgamento a ser esquecido ou comemorado?* Disponível in: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-05/direitos-fundamentais-stf-direito-esquecimento-julgamento-esquecido-ou-comemorado>. Acesso em 1º de julho 2023.

especializada, é amplamente utilizado para uma série de dimensões do desenvolvimento da personalidade humana na sociedade digital. Portanto, não é possível compreender e aceitar a incompatibilidade desse direito com a Constituição Federal brasileira de forma tão ampla, uma vez que diferentes dimensões do direito ao esquecimento são adotadas no direito estrangeiro e no direito brasileiro como, por exemplo, o direito à desindexação de certos dados obtidos nas ferramentas de buscas.

Assim, uma interpretação restritiva da incompatibilidade do direito ao esquecimento com a Constituição Federal, para fins do tema 876, é necessária, possuindo também guarida esse entendimento na segunda parte da tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal: “Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais – especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral – e das expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível”.

A questão da publicidade de informações continua muito atual. O governo federal brasileiro anterior determinou o sigilo de até cem anos, para uma série de informações que são públicas, logo não se amoldam ao disposto no artigo 31, Lei Federal n.º 12.527/2011<sup>14</sup>. Dessa forma, corretamente o atual governo federal determinou à Controladoria Geral da União a reavaliação da concessão desse acesso restrito, buscando verificar a adequada aplicação da Lei de Acesso à Informação e a prevalência de questões públicas e de Estado em diversos assuntos cobertos inadequadamente por esses sigilos. Situação diametralmente oposta sobre o resguardo versa sobre o direito à intimidade, o qual pode ser definido como o poder ou a faculdade “de usufruir, propositivamente, de informações da própria intimidade em ambientes de sociabilidade,

<sup>14</sup> “Art. 31. O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais. § 1º As informações pessoais, a que se refere este artigo, relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem: I - terão seu acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo e pelo prazo máximo de 100 (cem) anos a contar da sua data de produção, a agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que elas se referirem; e II - poderão ter autorizada sua divulgação ou acesso por terceiros diante de previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que elas se referirem”.

por meio da sua exposição voluntária, sem a intenção consciente de tornar a informação veiculada pública, visando à emancipação e/ou ao empoderamento”<sup>15</sup>.

Conforme defendido outrora, a intimidade é elemento central e paradoxal da vida privada e da vida em geral das pessoas naturais, ocorrendo muitas vezes a divulgação voluntária de informações pessoais pelo próprio titular. Isso não significa que a intimidade perdeu sua força, e sim que aspectos centrais da vida privada representam os principais elementos da personalidade humana<sup>16</sup>. Pelo exposto, faz todo o sentido proteger o direito à intimidade, nos moldes descritos acima, concretizando na era digital a autodeterminação das pessoas humanas. Mesmo reconhecendo a existência da intimidade, o alerta de Francisco Balaguer Callejón sobre a banalização da exposição da intimidade é essencial: “La escasa preocupación de los nativos digitales por su derecho a la intimidad se explica en gran medida porque han sido ‘dopados’ muy tempranamente por las compañías tecnológicas, con aplicaciones que están destinadas justamente a la exhibición pública”<sup>17</sup>.

## 5. Conclusão

O direito à intimidade e à vida privada é objeto de controvérsia desde o seu nascimento no final do século XIX. As reflexões iniciais sobre a privacidade, no âmbito jurídico, remontam às alterações promovidas pelos jornais impressos e pela fotografia na vida quotidiana, isto é, pela tecnologia da época. A tecnologia digital também impõe desafios à *privacy*.

De outra banda, o constitucionalismo digital pode auxiliar na compreensão da intimidade e da vida privada na era digital, apontando caminhos para a reconstrução do direito constitucional positivo.

<sup>15</sup> I. BOLESINA; T. A. GERVASONI. A Proteção do Direito Fundamental à Privacidade na Era Digital e a Responsabilidade Civil por Violação do Direito à Intimidade. In *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí (SC), v. 27, n. 1, 2022, 99.

<sup>16</sup> I. N. ROBL FILHO, *Direito, Intimidade e Vida privada* cit., 124-174.

<sup>17</sup> F. B. CALLEJÓN, *La Constitución del Algoritmo* cit., p. 46.

MARCO BROCCA

INQUINAMENTO ACUSTICO E DIRITTO AL SILENZIO:  
LE C.D. ZONE SILENZIOSE

SOMMARIO: 1. Il c.d. diritto al silenzio: le diverse accezioni. – 2. Il quadro normativo tradizionale e l'emersione dell'accezione 'attiva' di silenzio. – 3. Nuove relazioni tra silenzio ed emissioni sonore: le c.d. zone silenziose. – 3.1. Profili definitivi. – 3.2. Criteri e modalità di individuazione. – 3.3. L'ambito della gestione. – 4. Per una "ecologia del suono".

1. *Il c.d. diritto al silenzio: le diverse accezioni*

Il c.d. diritto al silenzio, quale corollario del diritto alla quiete pubblica ovvero al riposo personale, manifestazioni a loro volta del diritto alla salute, ha assunto negli ultimi tempi nuovi significati, riflesso di emergenti vulnerabilità – e al contempo di rinnovate esigenze – che caratterizzano la condizione umana. Espressioni ricorrenti che descrivono la società attuale come la "società del rumore" ovvero "società assordante" ovvero "la società più rumorosa della storia" o che ravvisano nel rumore il "prezzo" o il "paradosso" del progresso stigmatizzano un aspetto sociale emergente e, al contempo, rimarcano la *vis expansiva* di un fenomeno e il suo essere derivato e manifestazione di un ulteriore connotato della modernità, l'incalzante sviluppo tecnologico e informatico.

La dimensione giuridica investe il silenzio soprattutto nella sua accezione 'relativa', di assenza di perturbazioni sonore (c.d. rumori molesti) che minacciano la condizione di benessere psico-fisico della persona, mentre trascura l'accezione 'assoluta' di assenza di qualsivoglia suono, ristretta a ipotesi in cui l'astenersi da suoni diviene norma di comportamento per la specificità del contesto di riferimento, di natura antropica (biblioteche, teatri, ecc.) ovvero naturale (habitat naturali fragili, luoghi di nidificazione degli uccelli, ecc.). La proiezione giuridica non si spinge, pertanto, sino a un riconoscimento generale del silenzio quale mancanza di suoni e condizione che favorisce l'attenzione, la concentra-

zione, l'ispirazione, la formazione del pensiero creativo. Altre forme di silenzio si affacciano più recentemente nel mondo giuridico, espressioni anch'esse di profili sociali, come il "silenzio informatico"<sup>1</sup>, formula evocativa di un'altra connotazione della società attuale – quella di "società dell'informatica" –, che denota il profilo conflittuale tra l'esigenza di conoscibilità e accessibilità di informazioni e notizie facilitate dagli strumenti telematici attualmente disponibili e quella di difesa e garanzia rispetto a dosi massicce di dati non sempre richiesti ovvero inattendibili, se non addirittura lesivi della riservatezza personale (si pensi al diritto alla privacy informatica ovvero al diritto all'oblio quali declinazioni avanzate del silenzio informatico).

La normativa più recente in materia di inquinamento acustico, oggetto del presente studio, sembra profilare un'accezione rinnovata di silenzio, incentrata sulla presenza più che sull'assenza di suoni; un'accezione di tipo 'positivo' o 'attivo' perché postula la ricerca o la salvaguardia di contesti acustici caratterizzati da suoni desiderati, perché ritenuti gradevoli.

## *2. Il quadro normativo tradizionale e l'emersione dell'accezione 'attiva' di silenzio*

Come avvenuto per altre forme di inquinamento, il primo approccio normativo in materia di inquinamento acustico è stato di tipo reattivo e repressivo, incentrato su forme di tutela soggettiva, con norme di rango sia privatistico che penalistico: si pensi al reato di disturbo della quiete privata (art. 659 cod. pen.) e alla fattispecie civilistica della tutela del "proprietario di un fondo" da immissioni intollerabili (art. 844 cod. civ.), ipotesi che, in quanto correlate al criterio della "normale tollerabilità", tipico concetto giuridico indeterminato, sono state lette dalla giurisprudenza come attributive di un diritto non assoluto bensì relativo al silenzio.

La connotazione pubblicistica della disciplina è *ab initio* embrionale, riferita agli interessi della quiete pubblica e della sanità pubblica e

<sup>1</sup> V. PANUCCIO, *Il diritto al silenzio nella società informatica*, in A. CHIANTIA (a cura di), *Temi di diritto dell'informatica*, Milano, 2010, 134.

ristretta a specifiche fonti rumorose: quelle rappresentate dalle “professioni o mestieri rumorose” (art. 66 t.u. leggi di pubblica sicurezza n. 773/1931) e dalle “lavorazioni insalubri” (artt. 216-217 t.u. leggi sanitarie n. 1265/1934) e, successivamente, quelle originate dalla circolazione stradale (d.P.R. n. 393/1959); ovvero riferita a specifiche categorie di soggetti, anzitutto i lavoratori, e riconosciuta come dimensione della “sicurezza sul lavoro” (d.P.R. n. 547/1955) e dell’ “igiene del lavoro” (d.P.R. n. 303/1956). Bisognerà attendere la legge istitutiva del servizio sanitario nazionale per il riconoscimento generale delle emissioni sonore come elemento determinante le “condizioni di salute”, alla stessa stregua di altri fattori potenzialmente inquinanti (emissioni in atmosfera, in acqua, nel suolo, ecc.) e secondo un ambito di riferimento ampio, esteso agli “ambienti di lavoro, abitativi e nell’ambiente esterno” (art. 4, legge n. 833/1978).

La progressiva consapevolezza della portata del fenomeno ha indotto il legislatore a massimizzare l’interesse pubblico sotteso dedicando una disciplina organica e specifica: dapprima con la legge-quadro n. 447/1995, poi con il d.lgs. n. 194/2005, quindi con il d.lgs. n. 42/2017. Si tratta di legislazione, modificata nel corso del tempo anche per le sollecitazioni provenienti dal fronte europeo, in cui si delinea una concezione rinnovata dell’inquinamento acustico, incentrata su una visione “unitaria” delle diverse sorgenti di emissione sonora e dei contesti di riferimento e sull’emersione di un interesse riconducibile non soltanto alla salute umana bensì all’ambiente *tout court*<sup>2</sup>; con l’effetto di una sua ricostruzione emancipata dal profilo strettamente individuale e imperniata sull’aspetto della sua rilevanza collettiva<sup>3</sup> e di una funzionalizzazione a uno spettro allargato di obiettivi.

Lo dimostra anzitutto la definizione normativa di inquinamento acustico, proiettata alle implicazioni di tipo sanitario, ambientale e culturale del fenomeno acustico<sup>4</sup>, tale da abbracciare i casi di fastidio o di-

<sup>2</sup> S. CIMINI, *L’inquinamento acustico*, in R. FERRARA – M.A. SANDULLI (diretto da), *Trattato di diritto dell’ambiente, I procedimenti amministrativi per la tutela dell’ambiente*, II, 2014, Milano, 738.

<sup>3</sup> Sulla qualificazione degli interessi sottesi come “interessi diffusi” v., ad esempio, Tar Puglia, Lecce, sez. I, 24 gennaio 2006, n. 488, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Tar Abruzzo, Pescara, sez. I, 4 giugno 2018, n. 188, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>4</sup> N. LUGARESÌ, *Diritto dell’ambiente*, Milano, 2020, 161.

sturbo delle attività umane o del riposo personale, ovvero le situazioni di “pericolo per la salute umana, deterioramento degli ecosistemi, dei beni materiali, dei monumenti, dell'ambiente abitativo o dell'ambiente esterno o tale da interferire con le legittime fruizioni degli ambienti stessi” (art. 2, comma 1, lett. a, legge n. 447/1995).

La legislazione si fonda sullo strumento degli standard ambientali, declinati in diverse categorie (valori limite di emissione ed immissione, di attenzione, di qualità) che mostrano l'obiettivo del legislatore di dotare l'intero territorio nazionale di livelli uniformi di tutela dall'inquinamento acustico<sup>5</sup>, cui si aggiunge uno strumentario variegato e progressivamente incrementato, in cui può cogliersi una linea evolutiva: l'impostazione prevalentemente di tipo reattivo della legge-quadro (si pensi ai piani di risanamento acustico – quelli comunali e quelli delle imprese inquinanti – e ai piani regionali di bonifica dell'inquinamento acustico) è stata integrata con un rafforzamento dell'approccio proattivo (si pensi alla mappatura acustica e ai piani di azione previsti dal d.lgs. n. 194/2005) e con l'emersione di un approccio di tipo propositivo e propulsivo, come dimostra la recente disciplina in tema di zone silenziose.

### *3. Nuove relazioni tra silenzio ed emissioni sonore: le c.d. zone silenziose*

Le zone silenziose sono state disciplinate per la prima volta dal d.lgs. n. 194/2005, che le declina in zone silenziose “di un agglomerato” (art. 2, comma 1, lett. aa) e “in aperta campagna” (lett. bb). Il d.lgs. n. 42/2017 precisa le definizioni e, soprattutto, individua in un decreto ministeriale la fonte per la definizione delle modalità di individuazione e di gestione delle zone silenziose (art. 4, comma 10-*bis*). Il suddetto decreto è stato adottato il 24 marzo 2022.

#### *3.1. Profili definitivi*

Le zone silenziose sono aree di pubblica fruizione o comunque accessibili al pubblico, già esistenti ovvero oggetto di individuazione me-

<sup>5</sup> S. CIMINI, *L'inquinamento acustico*, cit., 738.

dianche pianificazione acustica. Esse non risentono ovvero risentono in maniera non significativa dei suoni tecnologici e in misura contenuta dei suoni antropici e sono caratterizzate dai suoni caratteristici della zona, come percepiti dai fruitori e ritenuti da essi “coerenti con le loro aspettative”, pertanto considerati “suoni desiderati” e “attesi” (all. A, punto 3, d.m. 24 marzo 2022).

Queste zone valgono come zone di mitigazione e compensazione ovvero come zone di prevenzione degli effetti nocivi dell'inquinamento acustico, ma fungono anche come aree di perseguimento e preservazione di “buona qualità acustica ambientale” (art. 2 d.m. 24 marzo 2022), condizione e, al contempo, obiettivo che, come si vedrà, evoca anche l'aspetto della percezione dei suoni, ossia il significato che a essi la comunità attribuisce allo scopo di preservare i “suoni desiderati”.

### *3.2. Criteri e modalità di individuazione*

Sul piano delle competenze, l'individuazione delle zone silenziose di un agglomerato spetta all'autorità amministrativa alla quale la regione ha attribuito la funzione di mappatura acustica strategica (ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. a, e comma 3, lett. a, d.lgs. n. 194/2005) avente ad oggetto l'“agglomerato”, nozione intesa come l'area urbana individuata dalla regione, costituita anche da più centri urbani contigui, con popolazione complessiva superiore a 100.000 abitanti (art. 2, comma 1, lett. a, d.lgs. n. 194/2005).

L'individuazione delle zone silenziose in aperta campagna è oggetto di un processo condiviso tra regione e comuni. Spetta alla regione il compito di promuovere l'individuazione delle zone, con attività di informazione e consulenza nei confronti dei comuni, nonché di proposta delle zone in caso di inerzia degli stessi; mentre ai comuni spetta l'effettiva individuazione e delimitazione delle zone sia pure sotto forma di proposta soggetta all'approvazione regionale.

Significativo è l'approccio “olistico” previsto dal decreto in ordine ai parametri utili per l'individuazione delle zone, in quanto si tratta di criteri sia acustici che non acustici, con l'ulteriore avvertenza che accanto ai criteri obbligatori, sussistono criteri facoltativi che l'autorità competente può aggiungere ai primi ove li ritenga utili per la definizione delle zone. I criteri acustici attengono ai valori di emissione delle sor-

genti sonore presenti nelle aree candidate a essere delimitate come zone silenziose come risultanti dalla mappatura acustica e dalla classificazione acustica, ovvero, in assenza di questi dati, in base alle distanze ritenute idonee, secondo il Report europeo EEA 14/2016, per le diverse sorgenti di rumore (assi stradali, ferrovie, aeroporti, attività industriali, ecc.). Per quanto riguarda i criteri non acustici rilevano, tra gli altri, l'estensione territoriale, la destinazione urbanistica dell'area con specifico riferimento alle aree caratterizzate da pregio naturalistico, paesaggistico, archeologico, architettonico, storico-artistico, il grado di fruibilità dell'area.

### *3.3. L'ambito della gestione*

Anche il profilo della gestione è declinato dal legislatore secondo modalità di tipo obbligatorio e facoltativo.

Tra le modalità di gestione obbligatorie rientrano l'attuazione delle misure di conservazione delle zone silenziose previste dai piani di azione; un regime rafforzato della valutazione dell'impatto acustico sulla zona silenziosa di nuove opere o insediamenti in progetto; interventi periodici di verifica e rendicontazione in ordine al rispetto del divieto di aumento di rumore nelle zone silenziose di un agglomerato; l'integrazione delle misure volte alla conservazione delle zone silenziose con le azioni di tutela già definite per le aree naturali protette, aree archeologiche, architettoniche, storiche, culturali, paesaggistiche.

Tra le misure di gestione facoltative sono citate, a titolo esemplificativo, attività di monitoraggio e mappatura del rumore ulteriori a quelle obbligatorie, la pianificazione di nuove zone silenziose a seguito di programmati interventi di risanamento, la pianificazione di interventi di gestione del traffico (riduzione della velocità, promozione della ciclobilità, dei trasporti pubblici e dei veicoli a bassa rumorosità, istituzione di low emission zone, creazione di spazi e percorsi pedonali, ecc.), la promozione di studi riguardanti gli effetti delle zone silenziose sulla salute umana, la promozione di iniziative di informazione pubblica e partecipazione attiva dei cittadini.

#### 4. Per una “ecologia del suono”

Il tema delle zone silenziose, nella doppia configurazione di difesa dai suoni molesti e di salvaguardia dei suoni desiderati, induce a una riflessione sul “senso” del suono e dell’ambiente sonoro in cui l’uomo è immerso; una riflessione che porta a un ripensamento del significato tradizionale del suono, di entità che sta “sullo sfondo” anzi che caratterizza “lo sfondo acustico” delle attività umane, componente secondaria e, al più ancillare, della vita umana, con l’effetto di sollecitare una sua emancipazione concettuale e una consapevolezza della centralità di significato. Il suono diventa, per questa via, una chiave di lettura della realtà, un modo per comprendere e valutare l’ambiente, anche in chiave evolutiva. In altre parole, il suono è inteso come dato caratterizzante e distintivo dello spazio, elemento che esiste nella sua oggettività, ma anche che rileva per la sua componente soggettiva: il suono è riflesso di attività antropiche e tecnologiche, nonché prodotto della natura, e, in quanto tale, è recepito dall’uomo, riconosciuto e compreso, percepito e quindi valutato. Il suono è bagaglio di un luogo, riflette usi, tradizioni, interessi della comunità ed è testimonianza della storia della natura, espressa attraverso i suoni generati dal vento, dallo scorrere dell’acqua, dallo stormire delle foglie, dai versi degli animali. Come è stato detto i suoni creano paesaggio e il “paesaggio sonoro”<sup>6</sup> è rappresentazione e, al contempo, aspirazione della realtà. È un punto di vista della realtà, che pone al centro l’ascolto e valorizza l’elemento percettivo e soggettivo dell’ascoltatore<sup>7</sup>.

Questa prospettiva è presente nel citato decreto ministeriale, in cui accanto all’obiettivo della “tutela della salute umana e della qualità della vita” è richiamata la finalità di salvaguardia della “biodiversità, ecosi-

<sup>6</sup> R. MURRAY SCHAFER, *The Soundscape. Our Environment and the Tuning of the World*, New York, 1977.

<sup>7</sup> L. AGOSTINO, *Creare paesaggi sonori*, Milano, 2007, 26, in cui l’A. evidenzia il ribaltamento concettuale proposto da Murray Schafer, nel senso che nella concezione del paesaggio sonoro il suono non è tanto quell’energia, quel segnale “da trasferire dalla fonte al ricevente, che può essere valutata e misurata quindi, indipendentemente dall’ascoltatore”, bensì è concetto che “pone al suo centro l’ascoltatore e proclama quindi la soggettività della valutazione del suono e la bi-direzionalità della relazione tra ascoltatore ed ambiente, tra la sorgente audio ed il suo significato”.

stemi e paesaggi sonori” (all. A, punto 3, d.m. 24 marzo 2022) e il “paesaggio sonoro” è definito come “l’ambiente sonoro percepito o conosciuto e/o compreso da un individuo o dalla collettività nell’ambito di uno specifico contesto” (all. A, punto 2, lett. f), nozione che si lega e si completa con quella di “buona qualità acustica ambientale”, intesa quale “condizione acustica di un ambiente caratterizzato dalla predominanza di suoni desiderati, quali suono della biofonia e della geofonia (suoni naturali), corrispondenti a valori identitari della zona e pertanto attesi dai fruitori e tali da garantire condizioni di quiete, svago, ristoro” (all. A, punto 2, lett. j).

Il decreto offre un modello avanzato e significativo di gestione ambientale, che spetta ora agli enti locali recepire. Esso denota la consapevolezza dell’importanza del contesto acustico in cui l’uomo vive e ne rivela la dimensione insieme ecologica e culturale: la zona silenziosa, incentrata sull’obiettivo della sostenibilità acustica nella duplice accezione del contenimento dei suoni molesti e della preservazione dei suoni desiderati, è strumento avanzato di lotta dell’inquinamento acustico e, dunque, è di per sé fattore di tutela ecologica, ma è anche condizione di benessere sociale della comunità, motivo di conoscenza, riscoperta, riappropriazione e fruizione dei luoghi, fonte di apprendimento, affinamento e arricchimento culturale.

CRISTIANO BEVILACQUA

## LA LOTTA ALLE NUOVE POVERTÀ NELL'AMBITO DEL PNRR

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La definizione di povertà. – 3. La povertà abitativa. – 4. La definizione *housing first*. – 5. La Povertà abitativa e PNRR. – 6. La rigenerazione urbana e povertà abitativa. – 7. La povertà energetica. – 8. La transizione energetica come strumento di lotta alla povertà.

### 1. *Introduzione*

Quando Dio domandò a Caino dove si trovasse Abele, Caino, adiratosi, replicò con un'altra domanda: “Sono forse il custode di mio fratello?”

Z.Bauman risponde affermando che: “Certamente sono io il custode di mio fratello; e sono e rimango un essere morale fin tanto che non chiedo un motivo speciale per esserlo”<sup>1</sup>.

Che io lo ammetta o no, sono il custode di mio fratello perché il suo benessere dipende da ciò che io faccio o che mi astengo dal fare. Accettare che il benessere di un simile dipenda da me è ciò che mi rende essere responsabile.

Nel momento in cui metto in discussione tale dipendenza domandando ragione del perché dovrei prendermi cura degli altri, in questo stesso momento abduco alla mia responsabilità.

Da qui ogni discussione sulla povertà e sulla necessità di affrontarla in modo responsabile e seriamente regolato.

Due saranno i commenti sulle povertà che mi permetterò di evidenziare con riferimento al Piano Nazionale Resilienza e Resistenza (PNRR):

- La povertà abitativa;
- La povertà energetica.

<sup>1</sup> Z. BAUMAN, *Homo consumens. Lo sciame inquieto dei consumatori e la miseria degli esclusi*, Trento, 2021.

## 2. La definizione di povertà

Il concetto di povertà ruota intorno a due approcci fondamentali. Fin dagli inizi del secolo, applicava una definizione di povertà assoluta, collegata alla mancanza di risorse necessarie per mantenere l'efficienza fisica e, quindi, ai bisogni primari necessari per la sopravvivenza<sup>2</sup>.

Il concetto di povertà sviluppato negli anni più recenti considera la povertà come un problema non di un particolare gruppo sociale, ma di organizzazione sociale complessiva, dovuto all'effetto della disuguale distribuzione delle risorse; la povertà in definitiva, viene vista come la mancanza di quelle risorse a cui, invece, ha accesso la maggioranza della popolazione e, a questo proposito, si parla di povertà relativa.

Tradizionalmente la misura della povertà richiede l'utilizzo di un'opportuna "linea di povertà", che rappresenta il valore di reddito che separa il sottoinsieme dei poveri da quello dei non poveri. Per un'analisi della povertà a livello familiare, inoltre, è necessario ricorrere ad una scala di equivalenza che tenga conto della diversa composizione e struttura delle famiglie.

Con questi strumenti è possibile procedere al calcolo degli indici di povertà che permettono di valutare il fenomeno con riferimento alla sua diffusione, alla sua intensità e alla concentrazione del reddito posseduto dai poveri<sup>3</sup>.

Tuttavia, i metodi di misurazione della povertà che si basano esclusivamente sul reddito (o sulla spesa per consumi) determinano una semplificazione eccessiva della realtà e presentano, inoltre, difficoltà connesse alla misurazione del reddito corrente<sup>4</sup>. Queste problematiche possono essere superate facendo riferimento al fenomeno povertà in un'ottica multidimensionale, nella quale la privazione può derivare da

<sup>2</sup> B.S. ROWNTREE, *Poverty. A study of town life*, Bristol, 1901, ripubblicato nel 2000.

<sup>3</sup> Un indice basato su questi tre indicatori è quello proposto da A.K. SEN, *Poverty: an ordinal approach to measurement*, in *Econometrica*, Vol. 44, No. 2, 1976, 219-221.

<sup>4</sup> Il reddito, infatti, sia esso familiare o individuale, può essere sistematicamente affetto da errori di misura dovuti alla reticenza degli intervistati a dichiarare le proprie entrate effettive, generando problemi di attendibilità e di qualità dei dati raccolti. Con riferimento, poi, al periodo di tempo in cui il reddito deve essere misurato, ci possono essere difficoltà per analizzare le condizioni di quelle famiglie in cui si verificano ampie fluttuazioni del reddito nel breve periodo.

una molteplicità di cause di diversa natura (determinate, ad esempio, dall'istruzione, dalla salute, dalle condizioni abitative e dalla partecipazione al lavoro) e può avere conseguenze che investono tutti gli aspetti della vita di una persona.

Il primo a studiare la povertà in un contesto multidimensionale è Townsend, il quale definisce povere le famiglie che “*mancono delle risorse per seguire il tipo di alimentazione, partecipare alle attività ed avere le condizioni di vita che sono abituali, o almeno ampiamente incoraggiate, o approvate, nelle società in cui vivono*”<sup>5</sup>. Il riferimento, quindi, è ad un concetto di povertà come privazione relativa, che tiene conto del particolare contesto storico, economico, sociale, geografico, culturale e istituzionale che viene analizzato. Nel suo studio individua dodici dimensioni principali della povertà, rispettivamente: l'alimentazione, il vestiario, le spese per la casa, i servizi nelle abitazioni, le condizioni abitative, le condizioni di lavoro, la salute, l'istruzione, l'ambiente, le attività familiari, le attività ricreative e le relazioni sociali. Come si vede, ben tre delle dodici dimensioni considerate fanno riferimento al fenomeno abitativo e tra le voci manca espressamente l'energia che ormai è entrata, purtroppo, tra tali parametri<sup>6</sup>.

### 3. La povertà abitativa

Il significato della povertà abitativa è ben espresso da Whelan<sup>7</sup> che ipotizza e sottopone a verifica attraverso un'analisi fattoriale l'esistenza di tre fattori di privazione fondamentali. Il fattore di privazione primaria comprende quelle risorse ritenute necessarie alla sopravvivenza fisica, come l'alimentazione e il vestiario.

<sup>5</sup> P. TOWNSEND, *The Development of Research on Poverty*, in *Social Security Research: The Definition and Measurement of Poverty*, Londra, 1979.

<sup>6</sup> Queste categorie sono state riprese in tutti i successivi studi basati sul concetto di povertà multidimensionale, condotti tra gli altri da: J.E. FOSTER e A.F. SHORROCKS, *Subgroup consistent poverty indices*, in *Econometrica*, Vol. 59, No. 3, 1991, 687-709; J. MYLES e G. PICOT, *Poverty Indices and Policy Analysis*, in *Review of Income and Wealth*, Vol. 46, No. 2, 2000, 161-179; J. DUCOLOS, D. SAHN e S.D. YOUNGER, *Robust Multidimensional Poverty Comparisons*, 2001.

<sup>7</sup> B. NOLAN, C. WHELAN, *Poverty and Deprivation in Europe*, in *Oxford Academic*, 2011.

La privazione secondaria riguarda la non partecipazione a quelle attività proprie di uno stile di vita medio sufficientemente confortevole, come viaggi e hobbies.

La povertà abitativa è trattata separatamente e costituisce la terza forma di privazione; a differenza delle prime due, essa risulta correlata solo debolmente con il reddito corrente, rivelandosi, quindi, più appropriata per misurare la povertà permanente o di lungo periodo.

L'analisi delle condizioni abitative nell'ambito dello studio della povertà, in generale fa riferimento essenzialmente a quattro principali categorie di indicatori che riguardano rispettivamente:

- il titolo di godimento;
- la quota di spesa per l'alloggio;
- l'affollamento;
- la qualità dell'abitazione.

#### 4. *La definizione housing first*

Un modello di intervento nell'ambito delle politiche per il contrasto alla grave marginalità basato sull'inserimento in appartamenti indipendenti di persone senza dimora è l'*housing first*.

Nasce negli Stati Uniti negli anni 50-60 evolvendosi negli anni 90 mentre in Europa, a partire dal 2006, si diffonde con una serie di iniziative supportate dal programma europeo PROGRESS<sup>8</sup>.

La prima è "Discus Housing Firts" ad Amsterdam, che insieme ad "ACT a Copenaghen", "Turning Point Scotland" a Glasgow, "Casas Primeiro" a Lisbona, "Pilisi Forest Project" a Budapest rappresentano le prime cinque città europee ad abbracciare il modello housing first co-

<sup>8</sup> L'Unione Europea, con Decisione 1672/2006/CE, ha istituito il Programma comunitario per l'occupazione e la solidarietà sociale – PROGRESS 2007-2013, che sostituisce i quattro precedenti programmi conclusi nel 2006, che riguardavano il contrasto alla discriminazione, l'uguaglianza tra uomini e donne, interventi per l'occupazione e la lotta all'esclusione sociale. PROGRESS è il Programma europeo finalizzato a supportare il raggiungimento degli obiettivi nei settori dell'occupazione, degli affari sociali e delle pari opportunità, definiti nell'Agenda Sociale Europea. La *mission* del Programma è di rafforzare il contributo dell'UE per supportare gli impegni e gli sforzi degli Stati Membri per creare maggiori e migliori opportunità di lavoro e per costruire una società più inclusiva.

siddetto “puro” ovvero quello ideato da Sam Tsemberis. Queste città fanno parte della rete europea “Housing First Europe” che, nata come progetto sperimentale supportato dalla DG for Employment, social affairs and equal opportunities area, diventa negli anni una rete di apprendimento continuo e trasferimento di buone pratiche.

La Conferenza tenutasi a Amsterdam nel Giugno 2013, cui anche l'Italia ha partecipato con fio.PSD come membro dello Steering group, è stata l'occasione per discutere e facilitare il confronto tra le città promotrici di HFE, dove gli effetti dell'approccio sono stati valutati (test cities) e le altre città (dette Peer cities) dove si stanno sperimentando progetti di HF che seguono solo in parte il modello americano (Dublin, Gent, Gothenburg, Helsinki and Vienna).

Infine, a Lisbona, il 9 dicembre 2013, durante la Conferenza Ending Homelessness, ospitata dall'Istituto Universitario delle Scienze Psicologiche, Sociali e della Vita, un gruppo di studiosi ed esperti di tutto il mondo decide di allargare la rete e iniziare i lavori di avvio di un network internazionale sull'Housing First. Anche in questa occasione l'Italia e fio.PSD sono presenti e sono promotori del processo.

Gli 8 principi chiave dell'approccio Housing First definiti a livello europeo sono:

1. l'abitare come un diritto umano;
2. la riduzione del danno;
3. il diritto di scelta e controllo per i partecipanti;
4. il coinvolgimento attivo senza coercizione;
5. la distinzione tra soluzione abitativa e trattamento;
6. la progettazione centrata sulla persona;
7. un orientamento alla recovery;
8. il supporto flessibile per tutto il tempo necessario.

##### *5. La Povertà abitativa e PNRR*

L'abitare è una funzione complessa, che chiama in causa l'organizzazione della città, i suoi servizi essenziali e sociali e la funzione residenziale vera e propria, che è composta a sua volta da qualità e adeguatezza dell'edilizia residenziale e da fattori quali tariffe, canoni, accessibilità e molti altri aspetti che decidono della qualità dell'esistenza di ciascuno.

Il PNRR non ha posto grande attenzione, né ha dato rilevante spazio finanziario agli interventi per migliorare l'offerta abitativa, in particolare a basso costo, mentre, come detto, oltre ad aver dedicato risorse alla ristrutturazione del patrimonio di edilizia pubblica in condizioni precarie, ha almeno ricordato la necessità di affrontare le urgenze delle persone senza fissa dimora.

Nel PNRR la parola “povertà” compare 13 volte mentre il termine “lavoro”, lo troviamo citato 199 volte o con mercato/mercati che compaiono un centinaio di volte. Eppure, dalla premessa del Piano emerge che in quindici anni il numero dei poveri assoluti è più che raddoppiato e con la pandemia è triplicato rispetto al 2005.

Si pone allora, come il problema di come occuparsi di povertà attraverso il PNRR.

Nel Piano si fa riferimento a più forme di povertà: educativa, energetica, abitativa, minorile ma si non prende esplicitamente in esame una misura contro la povertà assoluta<sup>9</sup> perché quella esiste già: entra però in alcune dimensioni che la compongono. La misura più vicina al contrasto della povertà assoluta è quella abitativa relativa all'housing temporaneo e alle “stazioni di posta”, con un investimento previsto di 0,45 miliardi di euro.

1. L'housing temporaneo riguarda le persone senza dimora, affinché accedano ad una sistemazione temporanea in appartamenti per piccoli gruppi o famiglie.
2. Le stazioni di posta – i centri servizio per il contrasto alla povertà – offriranno accoglienza notturna, servizi sanitari, ristorazione, orientamento al lavoro, distribuzione di beni alimentari con l'obiettivo di sviluppare azioni incentrate sull'inserimento lavorativo grazie al supporto dei Centri per l'Impiego. Tali centri, invero, erano già stati recepiti nel Piano nazionale degli interventi e dei servizi sociali, anche se le risorse non sono ancora state toccate.

Un'altra misura riguarda gli interventi socio-educativi per combattere la povertà educativa nel Mezzogiorno, con 0,22 miliardi, finanziando iniziative del Terzo settore: la misura intende coinvolgere fino a 50mila minori in condizione di disagio o a rischio devianza.

<sup>9</sup> Povertà assoluta, che riguarda il 7,7% delle famiglie e il 9,4% degli individui, in crescita nelle zone più sviluppate del Paese.

Tutti questi progetti possono drenare un numero significativo di fragilità. All'obiettivo collaborano inoltre gli interventi trasversali a favore delle cosiddette "quattro priorità": donne, giovani, disabili e Sud Italia.

Ma tutti gli interventi e tutte le priorità dovranno avere un riferimento attorno al quale connettersi e coordinarsi.

Il PNRR prevede più approcci: l'ambiente, la casa, l'educazione e il socio-educativo, la sanità. Ma ciò che conta è che questi approcci siano connessi tra loro secondo uno schema di collegamenti interni, di presa in carico, di scambi informativi.

Dal punto di vista soggettivo nel PNRR documento viene richiamato il coinvolgimento delle associazioni di volontariato, però è assente un riferimento al Terzo settore nel suo insieme e alla comunità tutta, depotenziando le chance di consolidamento di questa metodologia di intervento.

Il Terzo settore ha la responsabilità di raccogliere sfide concrete e sperimentare buone prassi che le istituzioni hanno il compito di consolidare.

In quest'ottica il Terzo settore, e nello specifico il settore della cooperazione, svolgono senz'altro un ruolo centrale nell'elaborazione di proposte (programmazione e gestione attuano pienamente la sussidiarietà orizzontale) in cui l'Housing First possa inserirsi come intervento strutturale.

Più che di accoglienza in ottica temporanea occorre quindi parlare di abitare di lungo periodo.

Se realizzato come approccio di rete, non potendo prescindere dal legame con il territorio, la costruzione di partnership locali rende possibile il concreto sviluppo di percorsi virtuosi (*housing first* implica anche *Local first*), che vedono già da tempo proficue collaborazioni tra le pubbliche amministrazioni, le associazioni di piccoli proprietari e di cooperative sociali e d'abitazione, al fine di promuovere percorsi volti alla trasformazione delle esperienze di Housing First in tangibili opportunità di ripartenza dei percorsi di vita attraverso la gradualità degli obiettivi che mirino, ove possibile, a promuovere per i partecipanti coinvolti, occasioni di riscatto delle locazioni inizialmente in capo agli enti del Terzo settore coinvolti nella realizzazione delle attività.

Per questa ragione non sembra credibile immaginare percorsi a scadenza, come attualmente proposto nel PNRR.

Gli interventi dovranno essere mirati a farsi carico di tradurre le aspirazioni espresse dai partecipanti in obiettivi e conseguentemente in interventi da realizzare in accordo con i Servizi, al fine di ridurre la riproposizione di modelli assistenziali, promuovendo opportunità di Recovery.

Oltre alle note criticità istituzionali (cronica debolezza dei servizi sociali e assistenziali) e sociali (alto numero di situazioni di grave emarginazione), l'approccio Housing First rimanda alla altrettanto nota inadeguatezza delle politiche della casa nel nostro Paese in cui l'offerta di alloggi in affitto accessibili risulta del tutto insufficiente rispetto al fabbisogno. Questa mancanza spiega il numero ancora limitato di esperienze centrate sull'approccio Housing First e l'invito ai comuni presente nel PNRR a mettere a disposizione appartamenti rischia di non cogliere "il" problema, ovvero la perdurante debolezza del welfare abitativo e cadere nel vuoto<sup>10</sup>.

Purtroppo la Missione 5 (1.3), non assumendo la dimensione strutturale del problema a cui Housing First rimanda, rischia di "mantenere in un angolo" questa innovativa metodologia di intervento.

La soluzione allora nell'immediato dovrebbe passare per:

1. un censimento delle case vuote inseribili sul mercato;
2. una valorizzazione del patrimonio pubblico e privato inutilizzato;
3. una *urban regeneration* nei centri storici possono rappresentare alcune piste di lavoro per allargare la platea dei beneficiari di progetti Housing First.

Più in generale, come si può leggere nell'Instant Report Fio.PSD (persone senza fissa dimora) del novembre 2020, l'Housing First si dovrebbe collocare all'interno di un cambiamento sistemico nell'approccio con le persone senza dimora che richiederebbe di:

1. inserire i servizi alla grave marginalità in una programmazione territoriale strategica;

<sup>10</sup> A. TOSI, *Le case dei poveri. È ancora possibile pensare un welfare abitativo?* Mutamenti. Società e culture in Transizione, Sesto San Giovanni, 2017.

2. promuovere servizi capacitanti che puntino fin da subito ad attivare le persone nella gestione stessa degli spazi, delle relazioni e dei percorsi;
3. coinvolgere il terzo settore nella programmazione- progettazione.

#### 6. *La rigenerazione urbana e povertà abitativa*

Nonostante la necessità e l'ambizione di una riforma urbanistica generale, da alcuni anni l'interesse parlamentare si è concentrato su ipotesi legislative concernenti la rigenerazione urbana e il contenimento del consumo di suolo, senza che abbia preso corpo un testo di principi in grado di rappresentare una vera guida del ripensamento in chiave di sostenibilità climatica e sociale degli aggregati urbani secondo le priorità UE e l'esempio di alcuni Paesi europei.

Ugualmente è stata incomprensibilmente accantonata l'ipotesi di riforma della disciplina degli standard urbanistici e edilizi (pure già concordata in una sede mista tra Stato, regioni e comuni), lasciata ferma al 1968.

L'adozione di una nuova formulazione di quelle regole informatrici delle priorità e dell'organizzazione della parte pubblica della città avrebbe certamente aiutato i comuni nella formulazione di piani integrati di rigenerazione urbana, che non possono ridursi a una progettazione puramente edilizia e da misurare con il parametro del metro quadrato da finanziare, come purtroppo avviene tuttora anche nell'ambito del PNRR.

I riferimenti per la presentazione delle proposte dei piani cosiddetti PINQuA, adottati in epoca precedente al PNRR e da questo rifinanziati

Non c'è un testo di principi che siano una guida del ripensamento in chiave di sostenibilità climatica e sociale degli aggregati urbani secondo le priorità UE con 2 miliardi di euro, rendono con palmare chiarezza la distanza concettuale e istituzionale tra gli obiettivi che la normativa avrebbe dovuto esprimere (e che era pronta per poter essere espressa) e ciò a cui l'amministrazione pubblica centrale si è dovuta rassegnare per cercare di rappresentare i propri propositi di qualità urbana. Fenomeni assai complessi sono stati ridotti a una questione di metri quadri da misurare e dichiarare senza poter fare riferimento ad alcuna

disciplina o strumento che non fossero le poche righe della stessa normativa di finanziamento.

Del resto da tempo le politiche urbane sono state espresse solo da una continuità di annunci.

1. Nel 2012 con i fondi per il frettolosissimo Piano Città, la cui attuazione era nel 2020 ancora molto problematica;
2. Nel 2016 con i finanziamenti del Piano Periferie gestito dalla Presidenza del Consiglio dei ministri senza alcun coordinamento con il Piano Città.

Negli anni successivi con una pioggia di risorse aggiuntive di provenienza comunitaria a esaurire fino all'ultimo arrivato le graduatorie dei progetti presentati e infine nel 2019 con il bando PINQuA incrementato dal PNRR di ulteriori circa 2 miliardi rispetto ai circa 800 milioni di partenza.

È però strano che i fondi per il Programma innovativo per la Qualità dell'Abitare e quelli per i Programmi di rigenerazione urbana siano distinti tra loro e abbiano distinte amministrazioni titolari di riferimento.

Questi fondi sono peraltro separati dagli altri che interpretano la frontiera più avanzata dei servizi, costituendo, proprio quei servizi, i requisiti per la mescolanza sociale e generazionale nelle città.

Invece di una posta complessiva delineata negli obiettivi e quando necessario ripartita in voci distinte, nelle pagine del PNRR tutto si incanala nel solco di segmentazioni di competenze legislative, burocratiche e culturali ormai superate.

Si pensi ai due fondi per la Rigenerazione urbana e per i Piani urbani integrati di complessivi 5,75 miliardi di euro gestiti dal Ministero dell'Interno come portato della antica competenza prefettizia sugli enti locali.

Tali fondi non presentano nessi operativi con i fondi gestiti dal Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità sostenibili - MIMS o da altri Ministeri o Dipartimenti di Palazzo Chigi, a parte qualche labile concerto nell'adozione degli atti.

Tornando al PNRR si ritrovano al suo intero gli investimenti in progetti di rigenerazione urbana per ridurre l'emarginazione e il degrado sociale, con 3,30 miliardi.

È importante il termine utilizzato "rigenerazione" perché essa non si

propone semplicemente di promuovere la riqualificazione urbana, ma punta ad intervenire anche sulla dimensione sociale ed economica del degrado urbano, contrastando i fenomeni di marginalità sociale.

Sono fondi dedicati alla manutenzione per il riutilizzo e la rifunzionalizzazione di aree pubbliche e di strutture edilizie pubbliche esistenti; per il miglioramento del decoro urbano, del tessuto sociale e ambientale, con attenzione allo sviluppo di servizi sociali e culturali, educativi, didattici e sportivi, oltre che per la mobilità sostenibile. Per la qualità dell'abitare sono stati stanziati altri 2,80 miliardi destinati a nuove strutture di edilizia residenziale pubblica, ridurre le difficoltà abitative nel patrimonio pubblico esistente, riqualificare le aree degradate.

All'interno della Missione 5, nell'ambito delle Infrastrutture sociali, famiglie, comunità e Terzo settore, si sviluppano due importantissime linee di finanziamento che avranno (potenzialmente) un impatto rilevante sul territorio nazionale soprattutto verso una serie di comuni di taglia limitata che solitamente restano ai lati della pianificazione e della finanza pubblica. In particolare, l'Investimento 4 riguarda progetti di rigenerazione urbana, volti a ridurre situazioni di emarginazione e degrado sociale (3,3 miliardi di investimenti ai comuni con più di 15 mila abitanti). Il DPCM del 21 gennaio 2021 che ha stabilito i pertinenti obiettivi indica interventi per:

- riutilizzo e rifunzionalizzazione di aree pubbliche e strutture edilizie pubbliche esistenti a fini di pubblico interesse, compresa la demolizione di opere abusive eseguite da privati in assenza o in totale difformità dal permesso di costruzione e la sistemazione delle aree di pertinenza;
- miglioramento della qualità del decoro urbano e del tessuto sociale e ambientale, anche attraverso la ristrutturazione di edifici pubblici, con particolare riferimento allo sviluppo di servizi sociali e culturali, educativi e didattici;
- progetti di mobilità verde, sostenibile e intelligente.

In aggiunta a tali obiettivi sussistono anche una serie di criteri in relazione alla popolazione residente nei comuni

Con decreto del Ministero dell'Interno, il 30 dicembre 2021 sono stati individuati i comuni beneficiari del contributo previsto dal DPCM del gennaio 2021. Sono 2.418 i progetti per i quali le richieste sono per-

venute nei tempi previsti includendo progetti ammessi con riserva e progetti esclusi perché non ammissibili.

Il DPCM del 21 gennaio 2021, discusso tra le amministrazioni concertanti (Interno, Infrastrutture ed Economia e Finanze) prima che risultassero disponibili le risorse PNRR e sulla base della cospicua somma di 2,8 miliardi di euro già resa disponibile per la rigenerazione urbana dalla legge di bilancio per il 2020 (portati a 3,3 miliardi dal PNRR), aveva previsto che si potessero finanziare «singole opere pubbliche o insiemi coordinati di interventi pubblici». Bisogna sperare che questa possibilità sia stata colta appieno dai comuni perché la rigenerazione urbana per definizione non può consistere in una opera pubblica isolata dal contesto.

Non è noto quali caratteristiche abbiano questi interventi e in che misura riguardino, eventualmente, il patrimonio pubblico destinato a edilizia residenziale, finalità che non è espressamente richiamata nei criteri di finanziamento. È possibile che essi piuttosto si rivolgano verso il decoro urbano e le strutture destinate a vivificare il tessuto sociale con nuovi servizi, che rappresenta in ogni caso un fatto positivo.

Resta da considerare che in assenza di norme e indirizzi nazionali aggiornati (senza dover risalire ai contratti di quartiere del Ministero dei Lavori pubblici di trenta anni fa e a tutto il dibattito che ne è seguito), i principi e i criteri per la rigenerazione urbana e i metodi e criteri per la sua pianificazione e attuazione sono stati elaborati e diffusi con le leggi delle regioni in materia, alcune delle quali sono notevolmente avanzate e dotate di visione strategica del territorio, altre sono assolutamente inadatte e prive di una tale visione strategica.

Le pratiche rigenerative hanno necessità, per essere avviate, di connettere gli attori istituzionali, quelli economici e sociali, le comunità di pratiche e di saperi che agiscono nell'arena urbana in modo spesso sconnesso, talvolta conflittuale, più spesso ignorandosi reciprocamente.

C'è quindi necessità di attori locali che entrino in campo e scommettano collettivamente su una strategia di futuro capace di mettere in rete risorse, competenze, saperi.

### *7. La povertà energetica*

Che cos'è la povertà energetica?

La povertà energetica si verifica quando una famiglia non è in grado di garantire un livello e una qualità dei servizi energetici domestici (raffreddamento e riscaldamento degli ambienti, cucina, elettrodomestici, tecnologia dell'informazione) sufficienti per i suoi bisogni sociali e materiali. Questa definizione anche se molto contestata e ampia si trova sulla punta di un vasto iceberg scientifico e politico, che coinvolge complesse relazioni sociotecniche che si estendono in tutto il pianeta.

La povertà energetica colpisce milioni di persone nel mondo, anche se le cause e le conseguenze variano a seconda del contesto.

L'intervento si muove verso una concettualizzazione della privazione energetica domestica come questione sistemica che attraversa più ampie configurazioni materiali e politiche coinvolte nella fornitura di alloggi, nella regolamentazione del settore energetico e nelle decisioni politiche quotidiane.

La Commissione Europea ha lanciato, nel gennaio 2018, l'Osservatorio sulla povertà energetica (EPOV), che mira a sostenere un processo decisionale informato a livello locale, regionale e nazionale fornendo una risorsa di facile utilizzo e ad accesso aperto. Lo scopo è quello di promuovere l'impegno pubblico sul tema della povertà energetica, oltre a servire a diffondere informazioni e buone pratiche tra le parti interessate pubbliche e private. La prima fase del progetto si è conclusa nell'agosto 2020 ed un'indagine ha concluso che l'8% della popolazione dell'UE ha dichiarato di non essere in grado di mantenere la propria casa adeguatamente calda. La povertà energetica rimane quindi una sfida importante e far uscire da essa i cittadini vulnerabili ed è un problema urgente che l'UE e i suoi membri devono assolutamente affrontare con urgenza e competenza. A tal fine è stato creato un osservatorio, compreso il suo sito web appena rinnovato.

Recentemente è nata anche la piattaforma chiamata EPAH (Energy Poverty Advisory Hub), destinata a diventare un portale informativo utile per i Governi europei che si stanno impegnando nella lotta alla povertà energetica.

Il portale mette a disposizione tre corsi di formazione online con diversi livelli e approcci al tema. I soggetti interessati potranno così mi-

gliorare le proprie competenze, al fine di sviluppare le proprie analisi, piani e progetti per combattere questo fenomeno.

La piattaforma fornisce anche supporto a tutti gli enti che vogliono rimanere aggiornati sulle politiche Ue in materia e per partecipare viene messo anche a disposizione degli enti locali un sistema di supporto che offre la possibilità di essere sempre aggiornati sulle politiche attive in Europa e partecipare ai bandi messi a disposizione dalla Commissione europea.

L'iniziativa si completa con un data base contenente tutte le politiche, i progetti e le pubblicazioni delle organizzazioni che lavorano sulla povertà energetica e verrà anche presentato un Atlante interattivo online, dove verranno tracciate e saranno visibili tutte le azioni a livello locale per mitigare degli effetti della povertà energetica.

Sin qui la *vision* europea, il mio approccio teorico al PNRR, invece, si basa sul campo emergente delle "geografie energetiche"<sup>11</sup>, che evidenzia l'importanza di elementi come luogo, territorio, dipendenza dal percorso e sviluppo irregolare nel plasmare i flussi di risorse e allo stesso modo le pratiche di consumo<sup>12</sup>.

La ricerca in questo settore in espansione ha fornito resoconti multistrato dei modelli globali complessi di estrazione e domanda di energia, nonché delle implicazioni spaziali delle transizioni sociotecniche verso un futuro sostenibile e a basse emissioni di carbonio. Utilizzo anche le idee del "pensiero di assemblaggio"<sup>13</sup> per argomentare a favore della concettualizzazione della vulnerabilità energetica nell'UE come un mix eterogeneo di componenti materiali, tecnici e giuridico-istituzionali con specifiche ramificazioni territoriali.

In primo luogo si deve sottolineare l'importanza dei servizi energetici nel plasmare sia l'esperienza che la comprensione della povertà ener-

<sup>11</sup> P. CALVERT, *From 'energy geography' to 'energy geographies' Perspectives on a fertile academic borderland*. *Progress in Human Geography*, 40, 2015, 105-125; PASQUALETTI & BROWN, *The Thread of energy*, Oxford, 2014; S. BOUZAROVSKI, S. HERRERO, S. PETROVA, J. FRANKOWSKI, R. MATOUSEK, T. MALTBY, *Multiple transformations: Theorizing energy vulnerability as a socio-spatial phenomenon*. *Geografiska Annaler: Series B*, in *Human Geography*, 99, 2017, 20-41.

<sup>12</sup> G. BRIDGE, S. BOUZAROVSKI, M. BRADSHAW, N. EYRE, *Geographies of energy transition: Space, place and the low-carbon economy*, in *Energy policies*, 53, 2013.

<sup>13</sup> B. ANDERSON, C. MCFARLANE, *Assemblage and Geograph* in *Current Urban Studies*, 3, 2015, 402-408.

getica. Come parte di questo, mi concentro sulle più ampie ingiustizie lungo la catena energetica, in modo da andare oltre le analisi unidimensionali dedicate esclusivamente ai mercati o allo “stato” come attori rilevanti.

La povertà energetica mette a rischio la salute fisica e mentale, riduce le performance sul lavoro e a scuola e ha anche effetti negativi sull'ambiente e la sua misurazione è complessa poiché è un fenomeno con diverse cause ed è incorporato in un contesto sociotecnico a sua volta complesso; quindi, non sarebbe corretto misurarla con un solo indicatore.

L'osservatorio Europeo della Povertà Energetica (EPOV) indica quattro diversi indicatori primari per misurare la povertà energetica, dei quali due sono il consumo energetico troppo basso e la quota di reddito dedicata alla spesa energetica troppo elevata. Gli altri due indicatori spesso usati per catturare la povertà energetica, sono il ritardo nel pagamento delle bollette e l'incapacità di mantenere la casa adeguatamente calda d'inverno (o fredda d'estate). Tra gli indicatori secondari della povertà energetica è opportuno menzionare la mortalità invernale in eccesso o la presenza di gravi problemi di qualità dell'abitazione, come perdite dal tetto, umidità nei pavimenti, nei muri o nelle fondamenta, muffe e funghi alle finestre.

Nell'Unione Europea, i paesi periferici meridionali e orientali sono quelli maggiormente toccati dalla povertà energetica rispetto ai paesi centrali (occidentali e nordici). Il fatto che i paesi nordici siano meno toccati dalla povertà energetica rispetto ai paesi più caldi del Sud Europa da una parte conferma che la povertà energetica è determinata molto dai redditi e dalle performance delle case, e dall'altra suggerisce che il caldo estivo dei paesi del Sud ha un peso rilevante.

Secondo gli ultimi dati, in Italia nel 2018 l'8,8 per cento era la quota delle famiglie in povertà energetica. L'indicatore, adottato dai documenti strategici del Governo italiano, misura la povertà energetica in base alla quota sia delle famiglie con spesa per elettricità e riscaldamento troppo elevata, sia delle famiglie in condizioni di grave deprivazione e con spesa per riscaldamento pari a zero. Riguardo le dimensioni territoriali della povertà energetica, l'indicatore “registra una situazione più grave per le regioni del sud Italia, soprattutto per la Sicilia”. In termini di ampiezza familiare, l'indicatore rivela un le-

game crescente tra l'indice della povertà energetica e il numero dei componenti del nucleo.

La pandemia da Covid-19, inoltre, ha aggravato vulnerabilità e disuguaglianze già esistenti, anche nell'ambito del consumo domestico dell'energia. Le restrizioni hanno aumentato radicalmente il tempo passato a casa dalle persone, e conseguentemente il fabbisogno energetico delle famiglie.

Diversamente rispetto a quando i membri della famiglia andavano al lavoro o a scuola e uscivano nel tempo libero, durante il confinamento pandemico la casa è diventata uno spazio totale, ospitando una serie di attività che prima avevano luogo fuori. Questo ha portato a un uso elevato del riscaldamento (per poter stare al caldo tutto il giorno), dell'acqua calda (per lavare le mani spesso), della cucina (per preparare il cibo a casa invece di mangiare fuori), dell'illuminazione. Sono sorti anche nuovi fronti di domanda di energia, come quella relativa all'elettricità per il lavoro a distanza, la didattica a distanza e le attività ricreative domestiche (come l'uso esteso delle piattaforme streaming, ecc.). Di conseguenza, per tante famiglie le spese per l'energia sono aumentate nello stesso periodo in cui gli effetti devastanti della pandemia sul mercato del lavoro hanno ridotto radicalmente i redditi. Molte famiglie devono, cioè, sostenere spese energetiche più elevate in presenza di redditi più bassi. A questo punto si incrociano due vulnerabilità: spesso le famiglie con redditi bassi vivono in case meno efficienti da un punto di vista energetico e devono usare più energia per ottenere lo stesso livello di servizio rispetto alle famiglie che vivono in case con alta efficienza energetica. Inoltre, le persone con reddito basso occupano posti di lavoro che sono stati colpiti sin da subito dalla crisi causata dalla pandemia, e quindi hanno perso parzialmente o totalmente i loro redditi di lavoro. Si può dunque assumere che la pandemia abbia aggravato la situazione delle famiglie che vivevano già in una condizione di vulnerabilità o povertà energetica.

A fronte di questo quadro si pone il problema di come affrontare la povertà energetica.

In primo luogo, gli interventi scelti devono rispondere ai fattori determinanti della povertà energetica.

In tale contesto lo strumento più importante per combattere la povertà energetica è il potenziamento del 'rendimento energetico in edilizia e dell'efficienza energetica nelle abitazioni.

Un rinnovamento energetico profondo delle case riduce radicalmente il consumo ed il costo dell'energia a lungo termine. Ma poiché che questi tipi di interventi necessitano di elevati investimenti e hanno tempi di ritorno abbastanza lunghi, è importante rendere accessibili gli strumenti finanziari e tecnici per la ristrutturazione energetica e le fonti di energia rinnovabile alle famiglie vulnerabili. Gli investimenti pubblici nella ristrutturazione energetica mirati ai gruppi vulnerabili hanno un ritorno più elevato in termini di riduzione dei costi sanitari rispetto a quelli mirati alle famiglie con livello di reddito più alto.

Un secondo tipo di misure accresce le risorse familiari, nella forma di vari sostegni al reddito delle famiglie vulnerabili.

Questi tipi di sostegni in generale non sono direttamente connessi al fenomeno della povertà energetica, ma aumentando i redditi aiutano a ridurre il peso dell'energia sugli stessi. Anche i programmi che finanziano la riqualificazione “profonda” del parco immobiliare (quella che comprende interventi complessi e ambiziosi, come per esempio l'isolamento termico) possono avere effetti positivi indiretti sui redditi, attraverso la crescita dell'occupazione in settori in cui sono spesso presenti i profili più vulnerabili sul mercato del lavoro.

Il terzo tipo di supporto riduce il peso complessivo del costo dell'energia, nella forma di tariffe sociali (che riducono il livello dei prezzi) o di bonus (che riducono l'importo finale delle bollette).

Infine, ci sono altre forme di supporto, come le misure per la protezione dei consumatori vulnerabili (per esempio la dilazione e rateizzazione dei pagamenti oppure il divieto dell'interruzione della fornitura di energia ai clienti vulnerabili nei periodi critici) o i servizi di consulenza energetica, i quali supportano le famiglie nel modificare il modo in cui utilizzano l'energia al fine di ridurre i consumi.

#### *8. La transizione energetica come strumento di lotta alla povertà*

Durante la pandemia tanti governi hanno riconosciuto il bisogno di dare un supporto al consumo di energia per prevenire che le famiglie rimangano senza servizi.

Alcune ricerche hanno mappato i primi supporti introdotti dai vari governi, che sono stati soprattutto i seguenti: divieto di disconnessione,

ripristino della fornitura eventualmente interrotta, fornitura di energia gratuita, sconti o agevolazioni per la fornitura di energia, adeguamenti o blocchi tariffari, modalità di pagamento differito o personalizzato.

Nel 2020 l'Unione Europea, oltre all'annuncio del quadro finanziario pluriennale ha lanciato anche altre iniziative e strumenti, come il Recovery and Resilience Fund, il Just Transition Fund e l'Ondata di ristrutturazioni.

Ognuno di questi strumenti è mirato anche, almeno parzialmente, alla protezione del clima; quindi, supporta interventi che aumentano l'efficacia energetica e incentivano l'uso delle risorse d'energia pulita. Anche il quadro legislativo della transizione energetica sottolinea, in vari punti, l'importanza di includere, raggiungere e supportare i consumatori vulnerabili e le famiglie in condizioni di povertà energetica.

Pertanto, c'è un ventaglio di opportunità per combattere la povertà usando risorse dedicate alla transizione energetica e alla mitigazione dei cambiamenti climatici.

Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) Italiano prevede dei piani ambiziosi nell'ambito della riqualificazione energetica degli edifici residenziali privati e pubblici.

Il Piano dedica 13,81 miliardi di euro per la riqualificazione energetica e l'adeguamento antisismico del patrimonio immobiliare privato, e per l'edilizia sociale, con un obiettivo di 50.000 edifici ristrutturati all'anno (per 5 anni). Il piano evidenzia che le misure di efficientamento energetico (e sismico) degli edifici "contribuiscono a dare un forte impulso all'economia e all'occupazione del Paese" e promuovono anche la "resilienza sociale migliorando le condizioni abitative della popolazione e alleviando il problema della povertà energetica".

La misura prevede strumenti di detrazione fiscale, la "cessione del credito" e il "pagamento anticipato". Questi ultimi due strumenti agevolano gli ingenti investimenti iniziali, quindi aiutano a mirare le misure di riqualificazione anche alle famiglie a basso reddito, pertanto contribuendo potenzialmente alla riduzione della povertà energetica.

Tuttavia, i fondi dedicati dimostrano un impegno reale e ambizioso per la riqualificazione energetica degli edifici, anche nel contesto internazionale.

Secondo una ricerca preliminare di Housing Europe, in comparazione con gli altri paesi membri dell'Unione Europea, l'Italia dedica un

percentuale molto alto e la somma più alta, in valore assoluto, per la riqualificazione degli edifici residenziali. Anche l'introduzione degli strumenti finanziari inclusivi è incoraggiante, permettendo alle famiglie con redditi bassi (potenzialmente toccate dalla povertà energetica) di ridurre il loro consumo di energia.

Per valutare la misura in cui il PNRR sarà in grado di ridurre la quota di famiglie povertà energetica, tuttavia, sarà necessario attendere un maggior livello di dettaglio sulla distribuzione e la destinazione dei fondi e monitorare la concreta implementazione dei piani.

Oggi gli strumenti innovativi ed utili per affrontare crisi e povertà energetica sono

- Una corretta pianificazione energetica;
- la costituzione di comunità energetiche.

La pianificazione energetica è uno strumento d'intervento a disposizione delle Pubbliche Amministrazioni per coinvolgere attivamente tutte le amministrazioni e soprattutto le comunità locali nel percorso verso la sostenibilità energetica, attraverso la programmazione di azioni locali che, attraverso il ricorso alle fonti rinnovabili, migliorino l'efficienza energetica e favoriscano il risparmio energetico e l'uso razionale dell'energia.

In particolare, in ambito energetico ed ambientale la conoscenza del territorio deve spaziare dagli aspetti morfologici e orografici a quelli antropici e biologici, e gli strumenti di programmazione energetica devono integrarsi con gli altri strumenti più generali di governo del territorio, come i piani urbanistici e paesistici e quelli di tutela della qualità dell'aria, che sono capaci di incidere direttamente sulle trasformazioni fisiche attraverso l'imposizione di vincoli.<sup>14</sup>

Un cenno va fatto alle comunità energetiche (CER) che costituiscono uno strumento nuovo per affrontare meglio la transizione energetica.

Si definisce comunità di energia rinnovabile quel soggetto giuridico composto da persone fisiche, piccole e medie imprese ed enti locali il

<sup>14</sup> Gli strumenti di pianificazione energetica sono collocati a vari livelli: a livello statale abbiamo il Piano d'Azione per l'Efficienza Energetica (PAEE) ed Piano nazionale integrato per l'energia e il clima (PNIEC); a livello regionale i piani energetici ambientali regionali (PEAR); a livello locale il Piani energetico comunale (PEC) ed il Piano d'azione per l'energia sostenibile ed il clima (PAESC). Cfr. F. SALVIA, N. GULLO, C. BEVILACQUA, *Manuale di diritto Urbanistico*, Padova, 2021.

cui obiettivo principale è fornire benefici ambientali, economici o sociali a livello di comunità ai suoi membri o alle aree locali in cui opera, piuttosto che profitti finanziari. La particolarità di tali comunità risiede nel fatto che la comunità energetica deve essere situata nelle vicinanze degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili che appartengono e sono sviluppati dalla stessa<sup>15</sup>.

Per garantire il carattere no profit delle comunità energetiche, non è ammessa la partecipazione, in qualità di membri della comunità, di aziende del settore energetico (fornitori e ESCO) che possono, invece, prestare servizi di fornitura e di infrastruttura.

Sulla base delle esperienze finora maturate in ambito europeo possono essere sintetizzate due modelli di organizzazione di una comunità energetica:

Il primo prevede l'uso dell'energia prodotta mediante iniziative collettive di produzione dove i soggetti della comunità partecipano all'investimento a sostegno delle iniziative di produzione della comunità e ne hanno in cambio il fatto che il loro consumo, o parte di esso, risulta commercialmente soddisfatto dalla produzione degli impianti della comunità stessa.

Il secondo modello prevede un uso dell'energia prodotta da singoli mediante accordi di compravendita organizzati tra singoli o su piattaforme che consentono lo scambio di energia a livello locale. Ed è da tale modello che, oltre ovviamente al rispetto della definizione e delle condizioni proprie di una comunità energetica (cioè non il fine esclusivo di lucro, ma il beneficio sociale), emerge un ulteriore elemento caratterizzante della stessa costituito dalla modalità di commercio dell'energia che tende verso un modello di scambio tra soggetti dove il cittadino è produttore/consumatore (prosumer) e si pone al centro del modello decentralizzato.

Si apre così la strada ad alcuni canoni di condivisione sociale che evidenziano come il principio di sussidiarietà orizzontale nel campo dell'energia costituisce il volano normativo per implementare rapida-

<sup>15</sup> Direttiva 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018, in Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea L 328/82 del 21.12.2018 e Direttiva (Ue) 2019/944 Del Parlamento Europeo e del Consiglio, 5 giugno 2019, in Gazzetta ufficiale dell'Unione europea L 158/125 del 14.6.2019.

mente tale modello di produzione e distribuzione di energia che genera un evidente incremento del numero degli attori coinvolti nel sistema

Il processo di creazione delle comunità energetiche in Italia è stato introdotto con il decreto Mille Proroghe 2020, con d.lgs 199/2021 (cd decreto FER) ed il PNRR.

Quest'ultimo prevede la promozione rinnovabili per le comunità energetiche e l'auto-consumo attraverso un sostegno per la realizzazione delle comunità energetiche e alle strutture collettive di autoproduzione focalizzandosi anche sulle aree in cui si prevede il maggior impatto socio-territoriale.

L'investimento individua Pubbliche Amministrazioni, famiglie e microimprese in Comuni anche con meno di 5.000 abitanti, sostenendo così l'economia dei piccoli Comuni, spesso a rischio di spopolamento, e rafforzando la coesione sociale.

Secondo le previsioni del PNRR la realizzazione di questi interventi, ipotizzando che riguardino impianti fotovoltaici con una produzione annua di 1.250 kWh per kW, produrrebbe circa 2.500 GWh annui, contribuirà a una riduzione delle emissioni di gas serra stimata in circa 1,5 milioni di tonnellate di CO<sub>2</sub> all'anno.

I principi su cui si fonda una comunità energetica, quindi, sono il decentramento e la localizzazione della produzione energetica.

Attraverso il coinvolgimento di cittadini, attività commerciali, imprese e altre realtà del territorio è possibile produrre, consumare e scambiare energia in un'ottica di autoconsumo e collaborazione.

In buona sostanza i membri della comunità energetica sono protagonisti attivi nella gestione dei flussi energetici potendo godere non solo di una relativa autonomia energetica ma anche dei seguenti benefici:

1. Possedere un proprio impianto di produzione di energia;
2. consumare ciò di cui si ha bisogno;
3. immettere in una rete locale l'energia in esubero per scambiarla con gli altri membri della comunità oppure accumularla e restituirla alle unità di consumo nel momento più opportuno.

Attualmente lo stato dell'arte post DL Energia 17/2022 delle "semplificazioni" degli iter autorizzativi per il Fotovoltaico è fotografato da una situazione che vede almeno 16 regimi diversi di "semplificazioni" e circa 4 diverse tipologie autorizzative (AU, PAS, DILA, CIL/CAEL, Modello Unico, al netto di screening VIA, VIA, PAUR e, soprattutto,

senza considerare gli enti competenti, tra livelli comunali, provinciali, regionali e nazionali...).

Le ultime novità, a ben vedere, risolvono alcune incoerenze e vanno incontro a determinate esigenze del settore; tuttavia, ad oggi non è più possibile avere quadro chiaro e definito degli iter autorizzativi degli impianti FER senza leggere congiuntamente almeno tre corpi normativi “principali” (il D. Lgs. 387/2003, il D. Lgs. 28/2011 e il D. Lgs. 199/2021, attuativi delle tre principali direttive UE in materia).

Ad essi occorre integrare gli innumerevoli decreti di semplificazione susseguitisi negli anni e le più disparate discipline locali e/o settoriali.

Non sarà forse il caso di iniziare a semplificare le semplificazioni?

CATERINA VENTIMIGLIA

DIRITTO ALLO STUDIO E SOGGETTI VULNERABILI  
NELLE POLITICHE DEL PNRR

SOMMARIO: 1. Notazioni preliminari sull'evoluzione dei sistemi universitari e i processi di integrazione europea. – 2. La costruzione dello Spazio europeo dell'Istruzione superiore ed i soggetti vulnerabili. Analisi dei tre fattori d'influenza del diritto all'istruzione superiore. – 3. Le tendenze dell'ordinamento interno tra disuguaglianze e asimmetrie territoriali. – 4. Il PNRR, il diritto all'istruzione superiore e le vulnerabilità: una conclusione provvisoria.

*1. Notazioni preliminari sull'evoluzione dei sistemi universitari e i processi di integrazione europea*

L'analisi delle dinamiche evolutive del diritto allo studio, riferita al contesto del sistema universitario e della formazione superiore ed in relazione all'ampia categoria multidimensionale delle vulnerabilità, offre una peculiare e feconda prospettiva dalla quale indagare i processi innovativi promossi dai contenuti del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza<sup>1</sup>, al fine di misurarne lo slancio attuativo in termini di garanzie e

<sup>1</sup> Come noto, in risposta alla crisi generata dalla pandemia da COVID-19, il Consiglio europeo del 17-21 luglio 2020 ha istituito lo strumento – con risorse pari a 750 miliardi di euro – denominato *Next Generation EU* (NGEU), in aggiunta al Quadro finanziario pluriennale (QFP) per gli anni 2021-2027. Con 672,5 miliardi di euro (360 in prestiti e 312,5 in sovvenzioni), il dispositivo per la ripresa e la resilienza (*Recovery and Resilience Facility*- RRF), istituito dal Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 febbraio 2021, rappresenta il più rilevante strumento previsto nell'ambito di *Next Generation EU*. Al fine di accedere alle risorse assegnate, gli Stati membri hanno predisposto i piani nazionali per la ripresa e resilienza, in cui definire le riforme e gli investimenti per il periodo 2021-2026, ponendo al centro delle politiche d'intervento la transizione ecologica e digitale, nonché la ripresa economica e sociale. I contenuti del PNRR dell'Italia si sviluppano su tre assi strategici di intervento condivisi a livello europeo: digitalizzazione e innovazione; transizione ecologica; inclusione sociale, mirando al contempo anche al raggiungimento di tre obiettivi trasversali, concernenti la parità di genere, l'attenzione ai giovani, il rilancio dello sviluppo nel Sud. Le missioni

sono sei: Digitalizzazione, Innovazione, Competitività, Cultura e Turismo (49,27 miliardi); Rivoluzione verde e Transizione ecologica (68,65 miliardi); Infrastrutture per la mobilità sostenibile (31,46 miliardi); Istruzione e Ricerca (30,88 miliardi), Inclusione e Coesione (22,37 miliardi); Salute (18,51 miliardi). Il 13 luglio 2021 il PNRR dell'Italia è stato definitivamente approvato con Decisione di esecuzione del Consiglio, che ha recepito la proposta della Commissione europea. Per le informazioni sui contenuti del PNRR e lo stato di attuazione, v. [www.italiadomani.gov.it](http://www.italiadomani.gov.it). Sull'attuale stagione di slancio riformistico a seguito dell'emergenza pandemica ed, in particolare, sulla complessità giuridica e sull'impatto del PNRR, senza pretesa di esaustività, v. i contributi in *Atti del Convegno AIPDA, Next generation UE. Proposte per il Piano di ripresa e resilienza* - 28 aprile 2021, in [www.aipda.it](http://www.aipda.it); inoltre, sull'inquadramento della pianificazione straordinaria a valenza principalmente se non esclusivamente politica, con un grado di vincolatività diretta piuttosto limitata per i soggetti istituzionali coinvolti nella sua attuazione, v. , M. A. SANDULLI, *Problematiche generali dell'attuazione del PNRR*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 15 febbraio 2023; M. CLARICH, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in *Astrid-Rassegna*, 2021, n. 12, 11 ss.; sugli impatti relativi al sistema amministrativo, L. TORCHIA, *Il sistema amministrativo italiano e il Fondo di Ripresa e Resilienza*, in *Astrid - Rassegna*, 2020, n. 17; inoltre, G. PIPERATA, *PNRR e pubblica amministrazione: attuazione, riforme, cambiamenti*, in *Ist. Federalismo*, 2/2022, 311 ss.; F. CORTESE, *Gestione dei fondi "RRF" e diritto amministrativo: sguardo di sintesi e di contesto*, *ivi*, 361 ss.; B. G. MATTARELLA, *La pianificazione delle riforme in una prospettiva di ripresa e di resilienza del sistema-Paese*, in *Etica e finanza pubblica. Attuazione del PNRR e benessere per i cittadini* (Atti del Convegno, Bologna 19-20 novembre 2021), in *Quaderno della Riv. Corte Conti*, 3/2021, 1 ss.; G. DE GIORGI CEZZI, *L'innovazione come veicolo primario di sussidiarietà e di utilità generale*, in *Atti del Convegno Etica e finanza pubblica. Attuazione del PNRR e benessere dei cittadini* (Bologna, 19-20 novembre 2021), *cit.*, 79 ss.; D. DE PRETIS, *Interventi pubblici e opere pubbliche tra obiettivi e priorità*, in *Atti del Convegno Etica e finanza pubblica. Attuazione del PNRR e benessere dei cittadini* (Bologna, 19-20 novembre 2021), *cit.*, 61 ss.; F. SCIAUDONE, B. G. MATTARELLA (a cura di), *Il Manuale del PNRR*, Milano, 2021; G. MENEGUS, *La governance del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: la politica alla prova dell'attuazione*, in *Quaderni costituzionali*, 2021, 4, 945 ss.; V. BONTEMPI, *L'amministrazione centrale alla prova della governance per il PNRR: attualità e prospettive*, in *Dir. cost.*, 2022, 2, 64 ss. Sugli effetti del PNRR nei rapporti tra Stato e autonomie territoriali, v. B. CARAVITA, *PNRR e Mezzogiorno: la cartina di tornasole di una nuova fase dell'Italia*, in *Il PNRR alla prova del Sud*, a cura di L. BIANCHI E B. CARAVITA, Napoli, 2021, 7 ss.; A. POGGI, *Il PNRR come possibile collante dell'unità repubblicana? (Riflessioni in margine al regionalismo e al divario Nord-Sud)*, in *Le Regioni*, 2021, n. 1-2, 199 ss.; sulle prospettive di riforma della giustizia, v. G. VERDE, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e la riforma della giustizia*, in *Nuove Autonomie*, 2021, 1, 169 ss. Sulla missione 4 dedicata all'istruzione ed alla ricerca, ed in particolare sui sistemi d'istruzione, si registra un dibattito giuridico particolarmente intenso a seguito del

strumenti a sostegno dei soggetti (e i territori) portatori di condizioni di svantaggio e di fragilità, per il superamento di disuguaglianze, considerate anche in termini di asimmetrie territoriali<sup>2</sup>.

L'ambito tematico è affrontato, innanzitutto, sul piano dell'evoluzione del sistema universitario e dei nessi d'influenza originati dalle spinte europeiste e dai processi sovranazionali, nella misura in cui tale specifico profilo d'indagine consente di cogliere la progressiva composizione della connotazione sostanziale del diritto all'istruzione superiore – anche con riferimento alle vulnerabilità – in relazione a tre distinti ele-

PNRR in ordine alle istituzioni scolastiche che, invero, supera l'attenzione ed il rilievo delle riforme e degli investimenti programmati per le istituzioni universitarie: senza pretesa di esaustività, A. POGGI, *L'autonomia scolastica come autonomia funzionale: promessa mancata o rivoluzione fallita?*, in *www.federalismi.it*, 32/2022, 48 ss.; A. SIMONATI, *Dal "piano nazionale per l'educazione al rispetto" all'autonomia scolastica: il metodo "reticolare" per l'inclusione e l'integrazione*, 34 ss., M. COCCONI, *Le riforme dell'istruzione nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, *ivi*, 11/2022, 62 ss.; F. MIDIRI, *La scuola nel PNRR*, *FuturAp – Rapporto sul Futuro e l'innovazione dell'Amministrazione Pubblica*, *EDUCatt*, Milano, 2022, 23 ss.; M. MESSORI, L. TORCHIA, *Suggerimenti a-tecnici per una nuova politica dell'istruzione*, in *Astrid-Rassegna*, 2021, 2; A. SANDULLI, *La scommessa del PNRR per il rilancio degli ITS*, in *Munus*, 2/2021; L. SALTARI, *La scuola italiana nelle riforme del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, *ivi*; A. SCIORTINO, *Istruzione e università nel PNRR: quali opportunità per il Mezzogiorno*, in *Il PNRR alla prova del Sud*, a cura di L. BIANCHI E B. CARAVITA, *cit.*, 63 ss.; M. CAVINO, F. CORTESE (a cura di), *La scuola. Esperienze e prospettive costituzionali*, Milano, 2021; F. FRACCHIA, *"Costituzione scolastica": bilancio e letture prospettiche*, *ivi*, 47 ss.

<sup>2</sup> In tema, nella prospettiva della questione meridionale considerata come questione nazionale nel PNRR, nell'ottica del superamento dei divari di cittadinanza e delle asimmetrie territoriali, v. A. BARONE, F. MANGANARO, *PNRR e Mezzogiorno*, in *Quad. cost.*, 1, 2022, 148 ss.; F. MANGANARO, *Osservazioni sulla questione meridionale alla luce del PNRR e del regionalismo differenziato*, in *Nuove autonomie*, 2/2022; B. CARAVITA, *PNRR e Mezzogiorno: la cartina di tornasole di una nuova fase dell'Italia*, *cit.*, 7 ss.; A. SCIORTINO, *L'impatto del PNRR sulle disuguaglianze territoriali: note introduttive*, in *Rivista AIC*, 3/2022, 270 ss.; G. FERRAIUOLO, *PNRR e correzione delle asimmetrie territoriali*, *ivi*, 307 ss.; A. BARONE, *Il tempo della perequazione: il Mezzogiorno del PNRR*, in *Rivista P.A. Persona e Amministrazione*, 2/2021, 7 ss.; L. R. PERFETTI, *Eguaglianza vs. disuguaglianze: l'eguaglianza come «compito della Repubblica», la fondazione dell'eguaglianza nei diritti e le contrastanti evoluzioni dell'ordinamento repubblicano*, *ivi*, 13 ss.; M. C. CAVALLARO, *Divario territoriale, coesione sociale e tutela dei diritti: il ruolo delle regioni in tempo di crisi*, *ivi*, 61 ss.; L. BIANCHI, B. CARAVITA, a cura di, *Il PNRR alla prova del Sud*, *cit.*, 35 ss.; A. POGGI, *Il PNRR come possibile collante dell'unità repubblicana? Riflessioni in margine al regionalismo e al divario Nord-Sud*, *cit.*, 199 ss.

menti d'influenza sovranazionali caratterizzanti; sulla base di tali premesse, possono essere considerate e misurate le tendenze di sviluppo (in parte differenziate e non sovrapponibili) dell'ordinamento interno ed i più recenti dati di contesto e strumenti a cui il PNRR ha affidato il rafforzamento dell'effettività del diritto all'istruzione superiore.

Da un lato, è ormai consolidata la prospettiva interpretativa secondo la quale le Università costituiscono un'amministrazione pubblica particolare<sup>3</sup>, dotata di una speciale autonomia<sup>4</sup>, anche normativa (art. 33, comma 6, Cost.), che si fonda e trae origine dal principio costituzionale

<sup>3</sup> Il riferimento è all'analisi dell'autonomia universitaria e dei più recenti sviluppi del sistema universitario, considerati anche allo specchio dell'ordinamento europeo e nella visione che riconosce alle università il ruolo fondamentale di modello elettivo di sperimentazione - e innovazione - di buona amministrazione, nel contributo di G. AJANI, R. CAVALLO PERIN, BARBARA GAGLIARDI, *L'Università: un'amministrazione pubblica particolare*, in *www.federalismi.it*, 14/2017, 1 ss.

<sup>4</sup> Recentemente, in uno dei suoi ultimi e autorevoli scritti, B. CARAVITA, *L'autonomia universitaria oggi*, in *www.federalismi.it*, 25/2021, III ss.; inoltre, A. MARRA, a cura di, *L'autonomia universitaria del nuovo millennio*, Roma, 2020; S. PALEARI, a cura di, *Il futuro dell'università italiana dopo la riforma*, Torino, 2015; G. PIPERATA, a cura di, *L'Università e la sua organizzazione. Questioni ricorrenti e profili evolutivi*, Napoli, 2014; G. CAPANO, M. REGINI, a cura di, *Tra didattica e ricerca: quale assetto organizzativo per le università italiane? Le lezioni dell'analisi comparata*, Roma, 2011; sulla ricostruzione in termini di autonomia funzionale, v. A. POGGI, *Le autonomie funzionali tra sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, Milano, 2001. Per una ricostruzione dell'intenso dibattito giuridico, senza pretesa di esaustività, v. M. CAMMELLI, *Autonomia universitaria. Ovvero: il caso e la necessità*, in *Diritto pubblico*, 1995, 166 ss.; A. D'ATENA, *Profili costituzionali dell'autonomia universitaria*, in *Giur. Cost.*, 1991, 2973 ss.; ID., *Un'autonomia sotto tutela ministeriale: il caso dell'Università*, in A. D'ATENA, a cura di, *L'Italia verso il "federalismo". Taccuini di viaggio*, Milano, 2001; F. MERLONI, *Autonomie e libertà nel sistema della ricerca scientifica*, 1990, 110 ss.; ID., *L'autonomia delle Università e degli enti di ricerca* (articoli 6-9), in F. MERLONI a cura di, *Il Ministero e l'autonomia delle Università*, Bologna, 1989, 81 ss.; N. OCCHIOCUPO, *Costituzione e autonomia normativa delle Università*, in *Foro It.*, V, 1990, 251 ss.; G. GRASSO, S. CASSESE, *Storia e prospettive dell'ordinamento universitario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, 821 ss.; prima dell'entrata in vigore della l. n. 168 del 1989, L. PALADIN, *Stato e prospettive dell'autonomia universitaria*, in *Quaderni cost.*, 1988, 177 ss.; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *L'autonomia universitaria nella Costituzione*, in *Dir e soc.*, 1980, 229 ss.; F. MODUGNO, *Riserva di legge e autonomia universitaria*, in *Dir. e soc.*, 1978, 758 ss.; S. CASSESE, A. MURA, *Commento agli artt. 33 e 34 della Costituzione*, in G. BRANCA, a cura di, *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1976, 210 ss.; G. M. LOMBARDI, *Autonomia universitaria e riserva di legge*, in *Studi sassaesi*, Milano, 1969, I, 838 ss.

della libertà della scienza e dell'insegnamento (art. 33, comma 1, Cost.) ed è strutturalmente proiettata a garantire la libertà individuale nella scelta della formazione universitaria (art. 34, comma 3, Cost.) quale fondamentale modalità di sviluppo dell'individuo nell'ordinamento (art. 2 e 3, comma 2, Cost.)<sup>5</sup>.

Dall'altro, la riflessione sull'evoluzione dei contenuti del diritto all'istruzione superiore ne ha progressivamente arricchito la struttura di connotazioni multidimensionali, che manifestano la tracciabilità di uno schema definitorio che, invero, va oltre il diritto e permea il sistema universitario, che risulta incisivamente valorizzato quale fondamentale dimensione organizzativa e di servizio pubblico.

In tale cornice, occorre considerare le forti influenze e le spinte riformiste provenienti – nell'ultimo ventennio – dai processi di integrazione europea<sup>6</sup> che, sull'asse tematico dell'istruzione superiore, sono

<sup>5</sup> Sul diritto all'istruzione, compresa quella superiore, quale principio costituzionale comune alle tradizioni giuridiche degli Stati del continente europeo e sulla particolare connessione fra il diritto assoluto all'esercizio delle arti, della ricerca, dell'insegnamento dei soggetti produttori di cultura, ricerca ed istruzione ed il corrispondente diritto di accesso e fruizione, anche per i riferimenti bibliografici, v. G. AJANI, R. CAVALLO PERIN, BARBARA GAGLIARDI, *L'Università: un'amministrazione pubblica particolare*, cit., 4 ss. Sulla finalità del sistema universitario agganciato alla fondamentale chiave di lettura del combinato disposto degli artt. 9, comma 1 Cost. e dell'art. 33, comma 1 Cost. in rapporto con la libertà di manifestazione del pensiero garantita dall'art. 21 Cost., rispetto alla quale gli artt. richiamati costituiscono una forma di tutela ulteriore, v. B. CARAVITA, *L'autonomia universitaria oggi*, cit., XI-XII; ritiene che la prescrizione costituzionale su cui si fonda il diritto-dovere di istruzione sia l'art. 2 Cost., F. FRACCHIA, *Istruzione e differenziazione: la centralità dello studente tra solidarietà intergenerazionale e sviluppo della persona*, in F. ASTONE, M. CALDARERA, F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAITTA, a cura di, *Le disuguaglianze sostenibili nei sistemi autonomistici multilivello*, Torino, 2006, 143 ss.

<sup>6</sup> In tema, S. CASSESE, *L'Università e le istituzioni autonome nello sviluppo politico dell'Europa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, 755 ss.; inoltre, M. GUERRI, *Istruzione: profili comunitari*, in C. MARZUOLI, *Istruzione e servizio pubblico*, Bologna, 2003, 47 ss.; A. ACCARDO, *Ricerca scientifica e Università nella prospettiva europea*, Padova, 1993; E. CASOLINO, *L'Università nei rapporti con l'ordinamento comunitario: prospettive e tendenze*, *Dir. e soc.*, 1992, 57 ss.; S. BRUNO, U. LINDNER, M. CAPPARUCCI, *Università e Istruzione superiore come risorse strategiche. Elementi per una politica*, Milano, 1989. Recentemente, sugli elementi d'influenza europei e sui sistemi universitari da reinterpretare alla luce del quadro europeo, G. DEMURO, *Science and the European Dimension of Freedom and of the Arts and Science*, in M. SECKELMANN, L. VIOLINI, C. FRAENKEL-HAEBERLE, G.

stati contraddistinti dall'evoluzione delle linee fondamentali comuni degli ordinamenti didattici e della ricerca, dei processi di assicurazione della qualità percepita e degli strumenti partecipativi e di valorizzazione della componente studentesca, e ciò nella direttrice valoriale di fondo secondo la quale l'istruzione superiore non deve essere considerata soltanto matrice di una pluralità di posizioni soggettive di diritti e libertà individuali, ma, altresì, specifico ed irriducibile elemento portante dello sviluppo e del progresso, economico ed altresì sociale, anche delle comunità, dei territori, della società nel suo complesso.

Sotto tale profilo, emergono anche le riflessioni più recenti<sup>7</sup> sugli attuali percorsi di sviluppo dei sistemi universitari, che identificano in tale specifico recinto ordinamentale l'ambito ed il ruolo più significativo ed adeguato per guidare la trasformazione delle pubbliche amministrazioni e per realizzare, proiettare e diffondere la creazione di "valore pubblico", potendo intendere tale sintagma quale nozione di sintesi ormai introdotta nel diritto positivo<sup>8</sup> che assume lo scopo di identificare nel miglioramento della qualità della vita e nell'incremento del benessere sociale, economico, educativo, assistenziale, ambientale le finalità immanenti e prioritarie dell'azione amministrativa.

RAGONE, *Academic Freedom Under Pressure? A Comparative Perspective*, Springer Verlag, 2021, 15 ss.; A. POGGI, *L'Università italiana nel contesto del governo multilivello europeo: a che punto siamo? Il caso dell'attività didattica e della sua valutazione*, in *www.federalismi.it*, 4/2022, 10 ss.; B. CARAVITA, *L'autonomia universitaria oggi*, cit., IX ss.

<sup>7</sup> G. AJANI, R. CAVALLO PERIN, BARBARA GAGLIARDI, *L'Università: un'amministrazione pubblica particolare*, cit., 9.

<sup>8</sup> In punto di diritto positivo, la definizione della nozione di "valore pubblico" è recente ed è inserita nella disciplina del Piano Integrato di Attività e Organizzazione (PIAO) introdotto dall'art. 6 del d. l. 9 giugno 2021 n. 80, convertito con modificazioni dalla l. 6 agosto 2021 n. 113, e nei contenuti del D.P.R. 30 giugno 2022, n. 132 (Regolamento recante definizione del contenuto del Piano Integrato di Attività e Organizzazione), laddove l'art. 3 (Sezione Valore pubblico, Performance, Anticorruzione) stabilisce l'obbligo in capo alle Amministrazione di stabilire nella relativa sezione di programmazione del documento "gli obiettivi di valore pubblico generato dall'azione amministrativa, inteso come l'incremento del benessere economico, sociale, educativo, assistenziale, ambientale a favore dei cittadini e del tessuto produttivo (art. 3, comma 1, lett. a, n. 4).

*2. La costruzione dello Spazio europeo dell'Istruzione superiore ed i soggetti vulnerabili. Analisi dei tre fattori d'influenza del diritto all'istruzione superiore*

Al fine di indagare i contenuti del PNRR al cospetto delle vulnerabilità, occorre soffermarsi sull'andamento di sviluppo solo in parte sovrapponibile tra l'ordinamento interno e l'ordinamento comunitario in relazione al processo costruttivo, ormai consolidato e tuttora in corso, dello Spazio Europeo dell'Istruzione Superiore, come noto, promosso dal processo di Bologna<sup>9</sup> e dall'implementazione, sostenuta dall'*Euro-*

<sup>9</sup> Come noto, il Processo di Bologna nasce nel 1999 quale accordo intergovernativo di collaborazione nel settore dell'Istruzione superiore in base all'iniziativa lanciata alla conferenza dei Ministri dell'istruzione superiore europei, sottoscritta a Bologna nel giugno 1999 ed ispirata dall'antecedente incontro dei Ministri di Francia, Germania, Italia e Regno Unito del 1998 (Dichiarazione della Sorbona, 1998). L'obiettivo era costruire uno Spazio Europeo dell'Istruzione Superiore mediante principi e criteri condivisi tra i Paesi firmatari: libertà accademica, autonomia istituzionale e partecipazione di docenti e studenti al governo dell'istruzione superiore; qualità accademica, sviluppo economico e coesione sociale; incoraggiamento alla libera circolazione di studenti e docenti; sviluppo della dimensione sociale dell'istruzione superiore; massima occupabilità e apprendimento permanente dei laureati; considerazione di studenti e docenti quali membri della medesima comunità accademica; apertura all'esterno e collaborazione con sistemi di istruzione superiore dei paesi partecipanti. Tramite le successive riunioni dei Ministri degli Stati membri, il Processo di Bologna è stato aggiornato e approfondito in ultimo nella Conferenza di Parigi (2018) e di Roma (2020), che hanno avuto l'effetto di allineare e armonizzare le riforme strutturali dei sistemi universitari nazionali nell'ambito del processo costruttivo dello Spazio Europeo dell'Istruzione Superiore, mediante l'introduzione di un sistema di titoli comprensibili e comparabili, basato su di un sistema a tre cicli di primo, secondo e terzo livello; la trasparenza dei corsi di studio attraverso un comune sistema di crediti, basato non solo sulla durata ma anche sul carico di lavoro del singolo corso e sui relativi risultati di apprendimento, certificato tramite il diploma supplement; il riconoscimento dei titoli e dei periodi di studio acquisiti in altri paesi; un approccio condiviso all'introduzione di processi di assicurazione della qualità della didattica e della ricerca; l'attuazione di un quadro dei titoli condiviso e finalizzato allo Spazio Europeo dell'Istruzione Superiore. Sulle attuali linee di sviluppo del Processo di Bologna, v. il recente documento finale *Bologna Process Commitments: a way forward* del BWSE FORward project, maggio 2022, consultabile in [www.enqa.eu](http://www.enqa.eu); il documento finale della conferenza celebrativa del ventennale dell'avvio del Processo di Bologna, S. NOORDA, P. SCOTT, M. VUKASOVIC, *Bologna Process beyond 2020. Fundamental values of EHEA*, in <https://bolognaprocess2019.it/publication>; inoltre, le Relazioni attuative

pean University Association (EUA), dall'European Association for Quality Assurance in Higher Education (ENQA), dall'European Student Union (ESU), dall'European Association of Institutions in Higher Education (EURASHE) e, dunque, dalle reti di cooperazione tra le istituzioni che hanno segnato il passaggio dal perseguimento di obiettivi di convergenza ad obiettivi comuni, perseguiti attraverso un sistema articolato di riforme strutturali interne ai sistemi universitari, approdate, come si vedrà, nell'attuale fase, alla valorizzazione della dimensione sociale dell'istruzione superiore<sup>10</sup>.

ed i reports comparativi, consultabili in <https://eurydice.eacea.ec.europa.eu>; inoltre, sulla partecipazione delle università italiane, v. l'approfondimento di C. TUBERTINI, *La riforma dell'Università italiana nel quadro del processo di Bologna: situazione attuale e prospettive*, in *Amministrativ@mente*, 5, 2009.

<sup>10</sup> In tema, l'approfondimento di A. POGGI, *L'Università italiana nel contesto del governo multilivello europeo: a che punto siamo? Il caso dell'attività didattica e della sua valutazione*, cit., 14-15, secondo la quale l'unificazione europea è stata determinante per la creazione dello spazio comune europeo dell'istruzione superiore, considerando quest'ultimo un traino indispensabile per lo sviluppo della coesione economica e sociale dell'Unione: «Lo slogan coniato a Glasgow nel 2005 dai rappresentanti delle istituzioni universitarie europee fu particolarmente emblematico di tale modo di pensare: "Grandi Università per un'Europa forte". (...) il ruolo che esse assunsero divenne ben presto visibile e di peso attraverso l'EUA - *European University Association* - la cui attività di lobby sui Paesi è stata di fondamentale importanza per lo sviluppo dei processi di riforma interni. Del resto vi era molto da fare: i sistemi universitari europei che pure avevano coltivato per secoli la circolazione del pensiero (e dunque non si presentavano impreparati rispetto alla costruzione dello spazio europeo) lo avevano fatto come organizzazioni che si preoccupavano per lo più di formare le classi dirigenti nazionali, più che per formare persone potenzialmente destinate a vivere la propria vita ovunque. La dichiarazione di Glasgow assumeva, pertanto, - in continuità con il lavoro iniziato dalla EUA a Salamanca (2001) e a Graz (2003) - che l'Europa avesse bisogno di università forti e creative in grado di giocare un ruolo chiave nella formazione della società del sapere. Ciò avrebbe potuto realizzarsi unicamente in un contesto istituzionale popolato da solide istituzioni universitarie, in grado di determinare il loro stesso sviluppo e di contribuire al benessere sociale, culturale ed economico sul piano regionale, nazionale ed europeo. Perciò, si auspicava un ripensamento del ruolo dei governi nel loro rapporto con le università. Questi, infatti, avrebbero dovuto potenziare ed incentivare il settore dell'istruzione superiore, concentrandosi su un ruolo di supervisione, piuttosto che di regolamentazione. Nel marzo 2005, a Lisbona nell'ambito di una Conferenza che vide presenti 700 università, dal titolo "Le Università d'Europa oltre il 2010: diversità con un obiettivo comune" (le cui indicazioni finali furono fatte proprie dall'EUA per essere poi presentate ai Ministri dell'educazione nel corso di una Conferenza svoltasi a Londra nel

Nel quadro europeo, deve considerarsi un primo elemento caratterizzante: da tempo, emerge ed è consolidata l'azione europea nel settore dell'istruzione superiore ed, in generale, a sostegno dei sistemi educativi, nella solida consapevolezza che, tra i tanti settori in cui l'integrazione delle politiche dei Paesi membri può assumere la veste di motore di sviluppo, vi è quello universitario poichè è il terreno in cui si misurano gli snodi fondamentali e gli strumenti basilari del progresso e dello sviluppo sostenibile, della coesione sociale, economica e territoriale. Si tratta di investire e coltivare studenti e futuri lavoratori, la cui libera circolazione promossa e internazionalizzata nei processi formativi e di *placement* esprime di per sé un elevatissimo valore d'impatto condizionante e trasversale della cultura e della formazione superiore sulle complessive dinamiche evolutive delle Istituzioni europee e degli Stati membri<sup>11</sup>.

Come evidenziato da una parte della dottrina<sup>12</sup>, i campi del diritto all'istruzione e del diritto di circolazione hanno portato il legislatore europeo a caratterizzare il primo quale diritto fondamentale delle persone, connotato al contempo nella proiezione attuativa correlata alla dimensione dello sviluppo economico e della coesione sociale, poiché il suo esercizio costituisce il fondamento basilare per l'accesso al mercato del lavoro anche in ragione di un'ampia nozione di formazione professiona-

maggio 2007) si compiva un ulteriore passaggio. Con la Dichiarazione di Lisbona, infatti, si passò dall'affermazione di obiettivi di convergenza, che avevano caratterizzato il percorso del Processo di Bologna sino a quel momento, alla necessità di supportare tali obiettivi attraverso riforme strutturali interne.» Inoltre, v. *infra* nota 12.

<sup>11</sup> Cfr. A. POGGI, *L'Università italiana nel contesto del governo multilivello europeo: a che punto siamo? Il caso dell'attività didattica e della sua valutazione*, cit., 11 ss.; inoltre, G. FONTANA, Art. 33, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, Torino, 2006, I, 697 ss.

<sup>12</sup> S. CASSESE, *L'Università e le istituzioni autonome nello sviluppo politico dell'Europa*, cit., 755 ss.; inoltre, sull'impatto dell'integrazione europea sui modelli differenziati dei sistemi universitari nazionali, R. MORZENTI PELLEGRINI, V. MOLASCHI, I. GENUSSI, *Le riforme della governance universitaria in Italia e in Europa*, in *Come cambia la governance. Università italiane ed europee a confronto*, a cura di G. CAPANO, M. REGINI, Fondazione CRUI, 2015, corposo volume ove è altresì contenuta un'analisi comparata rispetto all'evoluzione del modello organizzativo dei sistemi universitari del Regno Unito, dell'Olanda, della Germania, della Francia, della Spagna; inoltre, M. REGINI, *Conclusioni, problemi comuni, risposte differenti*, in *Tra didattica e ricerca: quale assetto organizzativo per le Università italiane? Le lezioni dell'analisi comparata*, a cura di G. CAPANO, M. REGINI, cit., 130 ss.

le, che fonda e assorbe nella competenza dell'Unione l'insegnamento superiore e quello universitario, necessari all'esercizio delle professioni, con una parziale saldatura e riequilibrio tra finalità sociali e economiche, che appare rafforzata dopo la strategia di Lisbona<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> La fase che prende avvio con la strategia di Lisbona, adottata dal Consiglio europeo straordinario del marzo 2000, è centrata sull'obiettivo strategico per l'Unione europea di rafforzare l'occupazione, le riforme economiche e la coesione sociale nel contesto di un'economia fondata sulla conoscenza. Nel prosieguo, l'approvazione da parte del Consiglio europeo di Barcellona del marzo 2002 del programma di lavoro «Istruzione e formazione 2010» (ET 2010), l'istituzione di un nuovo ciclo mediante le conclusioni del Consiglio del 12 maggio 2009 su un quadro strategico per la cooperazione europea nel settore dell'istruzione e della formazione («Istruzione e formazione 2020» —«ET 2020») e la valutazione effettuata tramite la relazione congiunta 2015 del Consiglio e della Commissione sull'attuazione del quadro strategico per la cooperazione europea nel settore dell'istruzione e della formazione conferiscono continuità a un solido quadro per la cooperazione europea nel settore dell'istruzione e della formazione, fondato su obiettivi comuni e il cui scopo essenziale è quello di sostenere il miglioramento dei sistemi d'istruzione e di formazione nazionali attraverso lo sviluppo di strumenti complementari a livello di UE. Si deve rilevare che i leader dell'UE hanno proclamato congiuntamente, in occasione del vertice sociale di Göteborg del 2017, *the European Pillar of Social Rights*, che sancisce il diritto a un'istruzione, a una formazione e ad un apprendimento lungo tutto l'arco della vita inclusivi e di qualità per tutti come primo principio (su cui sia consentito rinviare a C. VENTIMIGLIA, *Diritti sociali, istituzioni, risorse e la sfida dell'effettività*, in *Ragion Pratica*, 2019, 113 ss.). Come noto, la Commissione, insieme agli Stati membri, ha avviato azioni per realizzare questa visione per il futuro dell'istruzione e della formazione attraverso la creazione di uno Spazio europeo dell'Istruzione, a cui il Consiglio ha risposto adottando le *Conclusioni* del 22 maggio 2018 intitolate «Verso la prospettiva di uno spazio europeo dell'istruzione» e la *Risoluzione* del Consiglio del 18 novembre 2019, *sull'ulteriore sviluppo dello spazio europeo dell'istruzione a sostegno di sistemi di istruzione e formazione orientati al futuro*, nel pieno rispetto del principio di sussidiarietà e della diversità dei sistemi d'istruzione nazionali degli Stati membri e sulla base dei risultati conseguiti dai quadri precedenti; nella *Risoluzione* del 27 febbraio 2020 sull'istruzione e la formazione nel semestre europeo, il Consiglio ha, altresì, riconosciuto che gli investimenti nell'istruzione e nella formazione rappresentano il mezzo più efficace per investire nelle persone e nel futuro, con determinanti benefici sociali ed economici per i cittadini, i datori di lavoro e la società in generale. Inoltre, nel *Comunicato di Roma* del 2020, adottato il 19 novembre 2020 in occasione della conferenza ministeriale dello Spazio europeo dell'istruzione superiore, i ministri responsabili dell'istruzione superiore hanno evidenziato il carattere fondamentale delle alleanze costituite nell'ambito dell'iniziativa delle «università europee», quale strumento per una cooperazione sistematica più approfondita e su più vasta scala, che

In particolare, la c.d. *funzionalizzazione* del diritto all'istruzione superiore è ricavabile nell'ordinamento dell'Unione europea nei contenuti del Trattato CE (artt. 3 e 149) sull'azione comunitaria a sostegno di un'istruzione di qualità e della gioventù, del TFUE sulla tutela della circolazione oltre le frontiere dei ricercatori, delle conoscenze scientifiche e delle tecnologie (art. 179 e 180 TFUE); nella Carta di Nizza, ove è stabilita la garanzia soggettiva del diritto all'istruzione e all'accesso alla formazione professionale e continua (art. 14)<sup>14</sup>.

Sul piano comunitario, il secondo elemento rilevante, anche in ra-

può rivelarsi utile per individuare e superare gli ostacoli a una più stretta cooperazione transnazionale da parte degli istituti di istruzione superiore. L'istituzione delle università europee è correlata alle *Conclusioni* del 14 dicembre 2017 del Consiglio europeo, che, da allora, ha invitato gli Stati membri, il Consiglio e la Commissione europea a portare avanti i lavori finalizzati a rafforzare i partenariati strategici tra istituti di istruzione superiore in tutta l'UE e a incentivare la nascita, entro il 2024, di una ventina di «università europee», ossia reti di istituti di istruzione superiore a livello dell'UE caratterizzate da un approccio dal basso verso l'alto che consentano agli studenti di ottenere un diploma combinando gli studi in vari paesi dell'UE, contribuendo alla competitività internazionale delle università europee. In ultimo, v. la *Comunicazione* della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni sulla realizzazione dello spazio europeo dell'istruzione entro il 2025 (30 settembre 2020), che delinea le modalità con cui la cooperazione europea può arricchire ulteriormente la qualità, l'inclusività e la dimensione digitale e verde dei sistemi di istruzione e formazione dell'UE, proponendo un quadro volto a consentire la cooperazione con gli Stati membri e il dialogo con i portatori di interesse, compresa una struttura per la presentazione di relazioni e analisi, insieme a proposte di obiettivi in materia di istruzione per incoraggiare e monitorare le riforme nel settore dell'istruzione e della formazione, al fine di realizzare lo spazio europeo dell'istruzione entro il 2025; inoltre, v. le *Conclusioni* del Consiglio del 10 giugno 2021 *sull'iniziativa delle università europee — Colmare la distanza tra istruzione superiore, ricerca, innovazione e società: aprire la strada a una nuova dimensione dell'istruzione superiore europea* (2021/C 221/03).

<sup>14</sup> Come si è evidenziato, l'azione comunitaria risulta particolarmente rafforzata in materia di istruzione e formazione a far data dalla fase inaugurata dall'Agenda di Lisbona 2000-2010, fino agli sviluppi più recenti di cui alla *Comunicazione* della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni dal titolo «*Un'agenda per le competenze per l'Europa per la competitività sostenibile, l'equità sociale e la resilienza*» del luglio 2020 e della *Comunicazione* della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni dal titolo «*Piano d'azione per l'istruzione digitale 2021- 2027 — Ripensare l'istruzione e la formazione per l'era digitale*» del settembre 2020, e di cui alle note 13 e 15.

gione della connessione con il tema della tutela delle vulnerabilità, può essere individuato nella torsione di contenuto — in termini di arricchimento — del diritto all'istruzione ed alla formazione superiore: infatti, a fianco della dimensione della qualità dell'istruzione, ha assunto gradualmente peculiare spessore la garanzia del perseguimento dell'equità e dell'inclusione nella definizione di ogni funzione d'amministrazione del servizio d'istruzione superiore (dalla programmazione dell'offerta formativa, al monitoraggio dei risultati d'apprendimento, ai processi d'internazionalizzazione).

Sotto tale profilo, s'inquadra il contenuto della recente *“Risoluzione del Consiglio su un quadro strategico per la cooperazione europea nel settore dell'istruzione e della formazione verso uno spazio europeo dell'istruzione e oltre (2021-2030) (2021/C 66/01)”*.

In particolare, l'effettività del diritto all'istruzione è strutturalmente correlata all'equità, all'inclusione, alla prospettiva di genere: *«(..) Garantendo un'istruzione e una formazione di qualità e inclusive per tutti, gli Stati membri possono ridurre ulteriormente le disuguaglianze sociali, economiche e culturali. Tuttavia, in tutta Europa i discenti che provengono da contesti svantaggiati, tra cui da zone rurali e remote, sono sovrarappresentati tra i discenti con risultati insufficienti e la pandemia di COVID-19 ha messo ancora più in luce l'importanza dell'equità e dell'inclusione nell'istruzione e nella formazione. Per garantire un'istruzione veramente inclusiva e pari opportunità per tutti i discenti in tutti i livelli e i tipi di istruzione e formazione, sarebbe opportuno dissociare il completamento di un ciclo di studi e i relativi risultati dallo status sociale, economico e culturale o da altre circostanze personali. (..) Vanno incoraggiate tutte le altre azioni finalizzate a una maggiore inclusione, per esempio quelle volte a sostenere l'accesso a un'istruzione inclusiva di qualità per le persone con disabilità, le persone con bisogni specifici di apprendimento, i discenti provenienti da un contesto migratorio e altri gruppi vulnerabili, a sostenere il reinserimento nei sistemi d'istruzione in una prospettiva di apprendimento lungo tutto l'arco della vita e a offrire opportunità per entrare nel mercato del lavoro attraverso diversi percorsi di istruzione e formazione. Un'istruzione e formazione inclusive implicano anche lo sviluppo della sensibilità di genere nei processi di apprendimento e in seno agli istituti di istruzione e formazione come pure la lotta e lo smantellamento degli stereotipi di genere, soprattutto quelli che limitano le scelte di ragazzi e ra-*

*gazze per quanto riguarda il loro settore di studio. Le professioni tradizionalmente dominate da uomini o donne dovrebbero essere ulteriormente promosse presso le persone del sesso sottorappresentato. È inoltre necessario adoperarsi ulteriormente per conseguire un adeguato equilibrio di genere nelle posizioni dirigenziali negli istituti di istruzione e formazione.» (Priorità strategica 1/Migliorare la qualità, l'equità, l'inclusione e il successo per tutti nell'istruzione e nella formazione)<sup>15</sup>.*

<sup>15</sup> *Risoluzione del Consiglio su un quadro strategico per la cooperazione europea nel settore dell'istruzione e della formazione verso uno spazio europeo dell'istruzione e oltre (2021-2030) (2021/C 66/01), consultabile in <https://eur-lex.europa.eu>, nell'ambito della quale la Priorità strategica 4 è declinata a sostegno dell'istruzione superiore ("Rafforzare l'istruzione superiore europea"): «Il settore dell'istruzione superiore e gli stessi istituti di istruzione superiore hanno dimostrato la propria resilienza e capacità di far fronte a cambiamenti imprevisi, come la pandemia di COVID-19. La crisi ha inasprito le sfide che restano, ma ha anche creato opportunità di ulteriore sviluppo nell'ambito della prevista agenda per la trasformazione dell'istruzione superiore. Nel prossimo decennio gli istituti di istruzione superiore saranno incoraggiati a trovare nuove forme di cooperazione più approfondita, in particolare creando alleanze transnazionali, mettendo in comune le loro conoscenze e risorse e creando maggiori opportunità per la mobilità e la partecipazione di studenti e personale, nonché per dare una spinta alla ricerca e all'innovazione, anche attraverso la piena attuazione dell'iniziativa delle università europee. Si è già svolto un lavoro efficace in vista della creazione di uno Spazio europeo dell'istruzione superiore (SEIS) nell'ambito del processo di Bologna. In futuro sarà importante continuare a lavorare nell'ambito del processo di Bologna, creando nel contempo sinergie maggiori e più forti con lo Spazio europeo della ricerca (SER) ed evitando strutture o strumenti paralleli o doppi.» In precedenza, v. la *Risoluzione del Consiglio dell'8 novembre 2019, sull'ulteriore sviluppo dello spazio europeo dell'istruzione a sostegno di sistemi di istruzione e formazione orientati al futuro*, consultabile in <https://eur-lex.europa.eu>, ove nelle premesse è evidenziata, da un lato, la sfida complessa che l'Europa sta attraversando un'epoca in cui la globalizzazione, il progresso tecnologico, le sfide in materia di sostenibilità, le costanti problematiche legate all'inclusione sociale, l'instabilità politica e i cambiamenti demografici hanno un profondo impatto sulle società e sui cittadini europei; e dall'altro, si pone al centro l'apporto dell'istruzione e della formazione nel promuovere la cittadinanza e la democrazia, lo sviluppo personale, l'inclusione sociale, le pari opportunità e la responsabilizzazione: «Nelle società odierne l'istruzione e la formazione svolgono due principali funzioni sociali strettamente interconnesse e pienamente complementari tra loro, ovvero contribuiscono, da un lato, alla competitività, all'innovazione e all'occupabilità e, dall'altro, alla cittadinanza attiva, all'inclusione sociale, alla coesione e allo sviluppo personale; (...) Il loro potenziale nell'affrontare sfide sociali più ampie dovrebbe essere pienamente riconosciuto in fase di elaborazione della nuova strategia di crescita per l'Unione.*

Tale peculiare connotazione dei processi di riforma, che dovrebbero essere avviati con specifici obiettivi equivalenti da parte degli Stati membri, risulta particolarmente evidente e rafforzata in chiave sostanziale anche nelle linee di obiettivi inserite nei *Traguardi a livello di Unione - Livelli di riferimento del rendimento medio europeo nell'istruzione e nella formazione* di cui all'Allegato II della Risoluzione richiamata, riferite ai tre assi tematici dell'abbandono precoce dell'istruzione e della formazione, del completamento dell'istruzione terziaria, della partecipazione degli adulti all'apprendimento<sup>16</sup>.

Dunque, la dimensione sociale dell'istruzione superiore è ormai elemento strutturale imprescindibile delle politiche ed azioni sovranazionali correlate alla costruzione dello Spazio Europeo dell'Istruzione superiore e, in ultimo, è stata oggetto d'analisi e di proposte di sviluppo nell'ambito della recente Conferenza di Roma 2020 – EHEA che ha elaborato il documento *Principles and Guidelines to Strengthen the Social Dimension of Higher Education in the EHEA*, quale strumento d'orientamento e d'indirizzo per attuare l'interconnessione tra i dieci elaborati principi di accessibilità, equità, diversità ed inclusione ed ogni azione, anche regolamentare ed amministrativa, che connota lo sviluppo dei sistemi universitari<sup>17</sup>.

Un'istruzione e una formazione di elevata qualità conferiscono all'Unione un vantaggio competitivo in un'economia globale sempre più digitale e basata sulla conoscenza, in quanto, in futuro, l'Europa dipenderà in misura crescente da persone creative, altamente qualificate e adeguatamente formate».

<sup>16</sup> Cfr. *Traguardi a livello di Unione - Livelli di riferimento del rendimento medio europeo nell'istruzione e nella formazione* di cui all'Allegato II della *Risoluzione del Consiglio su un quadro strategico per la cooperazione europea nel settore dell'istruzione e della formazione verso uno spazio europeo dell'istruzione e oltre (2021-2030)* (2021/C 66/01), consultabile in <https://eur-lex.europa.eu>, ove i traguardi dell'Unione, che devono essere tradotti in obiettivi equivalenti sul piano nazionale da parte degli Stati membri, sono, in particolare riferiti: alla percentuale di abbandono precoce dell'istruzione e della formazione che dovrebbe essere inferiore al 9% entro il 2030; al completamento dell'istruzione terziaria, in relazione alla quale la percentuale di persone di età compresa tra i 25 e i 34 anni che hanno completato l'istruzione terziaria dovrebbe essere almeno del 45% entro il 2030; alla partecipazione degli adulti all'apprendimento, in ordine alla quale almeno il 47% degli adulti di età compresa tra i 25 e i 64 anni dovrebbe aver partecipato all'apprendimento negli ultimi 12 mesi entro il 2025.

<sup>17</sup> Cfr. *Rome Communiqué 2020, Annex II - Principles and Guidelines to Strengthen the Social Dimension of Higher Education in the EHEA*, consultabile in

Sotto tale profilo, rileva, altresì, il recente Rapporto pubblicato nel marzo di quest'anno dall'European Education and Culture Executive Agency, Rapporto Eurydice, 2022, *Towards equity and inclusion in higher education in Europe*<sup>18</sup>, nel quale viene evidenziata in modo incisivo

<http://ehea.info/page-ministerial-declarations-and-communiques>, nella cui introduzione è evidenziato il rilievo della dimensione sociale dell'istruzione superiore: «The principles and guidelines within this document complement the EHEA 2020 strategy “Widening Participation for Equity and Growth”, which ministers adopted in Yerevan in 2015 as a means to further strengthen the social dimension while concomitantly contributing to increasing quality in higher education. The social dimension should interconnect the principles of accessibility, equity, diversity and inclusion into all laws, policies and practices concerning higher education in such a way that access, participation, progress and completion of higher education depend primarily on students’ abilities, not on their personal characteristics or circumstances beyond their direct influence. With this scope at heart, public authorities should support the implementation of these Principles and Guidelines by offering a legal, financial, administrative and informative framework that can initiate processes of implementation at the local level. This framework will promote inclusive strategies, which provide both specific support for vulnerable, disadvantaged and underrepresented students as well as highlight broader measures and policies wherefrom the student population and staff employed at higher education institutions can mutually benefit. Increased participation of vulnerable, disadvantaged and underrepresented groups in higher education produces wider benefits with respect to decreased social welfare provision, improved health outcomes and increased community involvement. Collectively, these wider benefits sustain cohesive, democratic societies where social justice, public good, public responsibility and social mobility prevail. Graduate qualifications delivered to a wider pool of citizens means better employment prospects, higher earnings premiums and the passing on of an appreciation for the benefits of higher education to the next generation and to their local communities. Beyond reaching the commitments made by the EHEA, taking a holistic and proactive approach to improving the social dimension of higher education further serves to accelerate progress in attaining the UN Sustainable Development Goals. These Principles and Guidelines set the course for the next decade of the EHEA for public authorities and higher education institutions to integrate these principles into the core higher education missions: learning and teaching, research, innovation, knowledge exchange and outreach, institutional governance and management, as well as in the policies for empowering present and future students and higher education staff. Improving the social dimension by moving beyond widening accessibility clauses and instead focusing on the concept of ‘leaving no one behind’ is a crucial step forward when looking to strengthen our societies and democracies».

<sup>18</sup>Anche tale rapporto della rete Eurydice, consultabile in <https://eurydice.eacea.ec.europa.eu/publications/>, affronta il tema dell'equità e

la priorità di perseguire azioni tese a garantire l'equità, la diversità, l'inclusione sociale degli studenti vulnerabili, svantaggiati, o appartenenti a gruppi sottorappresentati; ed altresì, il recente rapporto annuale di Eurydice sugli indicatori strutturali per il monitoraggio dei sistemi di istruzione e formazione in Europa, *Structural Indicators for Monitoring Education and Training Systems in Europe 2022 – Overview of major reforms since 2015*, che contiene oltre 20 indicatori strutturali chiave sulle politiche educative anche nell'area dell'istruzione superiore<sup>19</sup>.

dell'inclusione nell'istruzione superiore in Europa. Attraverso indicatori semplici, analizza la misura in cui i sistemi di istruzione superiore europei appaiono in linea con i Principi e le linee guida richiamate *infra* per migliorare la dimensione sociale nell'istruzione superiore. Lo studio è articolato in dieci capitoli, tanti quanti sono i principi, ciascuno dei quali si apre con l'esposizione completa del principio in questione e delle linee guida corrispondenti. Al termine di ciascun capitolo un indicatore del quadro di controllo riassume, attraverso punteggi, il livello di attuazione delle linee guida nei vari paesi europei, offrendo al lettore un quadro visivo chiaro di quale sia il livello di attenzione dei vari sistemi europei verso l'equità e l'inclusione nell'istruzione superiore. Le conclusioni al termine del rapporto riassumono, infine, i principali risultati. L'anno accademico di riferimento è il 2020/2021 e la fonte principale del rapporto sono le normative e le politiche di livello superiore raccolte dalle Unità nazionali di Eurydice che rappresentano 38 sistemi di istruzione in 36 paesi europei.

<sup>19</sup> Per un approfondimento del modello di analisi e monitoraggio, in chiave comparativa, degli elementi evolutivi e distintivi dei sistemi di istruzione e formazione, è indispensabile il riferimento al recente rapporto annuale della rete Euridyce sugli indicatori strutturali per il monitoraggio dei sistemi di istruzione e formazione in pa, *Structural Indicators for Monitoring Education and Training Systems in Europe 2022 – Overview of major reforms since 2015*, consultabile in <https://eurydice.eacea.ec.europa.eu/publications/>, che contiene oltre 20 indicatori strutturali chiave sulle politiche educative nelle seguenti quattro aree: educazione e cura della prima infanzia, raggiungimento delle competenze di base, abbandono precoce dell'istruzione e della formazione, istruzione superiore. Gli indicatori forniscono informazioni sulle politiche e sulle strutture nazionali che contribuiscono al raggiungimento degli obiettivi del nuovo quadro strategico per la cooperazione europea in materia di istruzione e formazione (2021-2030). I risultati dell'Unione europea e degli Stati membri rispetto a questi obiettivi sono analizzati in dettaglio nel Monitoraggio dell'istruzione e della formazione (ETM 2022) della Commissione europea, mentre, il rapporto di Eurydice contribuisce a fornire informazioni di contesto per questa analisi. Come per le versioni precedenti, il rapporto presenta anche una panoramica delle principali riforme attuate nei paesi europei dal 2015 ad oggi. La novità di contenuto per il Rapporto 2022 è la presentazione di una nuova serie di indicatori sulle competenze digitali che offre una visione d'insieme delle politiche chiave a sostegno dello sviluppo di tali competenze

È da osservare che, in linea di continuità, l'asse tematico dell'istruzione (e la sua dimensione sociale) è valorizzato anche tra gli obiettivi dell'*Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile*<sup>20</sup>, tra i quali rileva il 4° Goals (traguardo/obiettivo) *Istruzione di qualità – Fornire un'educazione di qualità, equa e inclusiva, promuovere opportunità di apprendimento permanente per tutti*, nel quale, con specifici target e strumenti di attuazione, è declinata la promozione dell'istruzione di qualità, equa ed inclusiva a sostegno della realizzazione dell'effettiva opportunità di apprendimento permanente (*lifelong learning*) per tutti, con l'accentuazione espressa del rilievo dell'eliminazione delle disparità di genere, della garanzia della parità di accesso, della protezione per i più vulnerabili comprese le persone con abilità diverse, dei gruppi sottorappresentati, degli studenti provenienti dai Paesi classificati in via di sviluppo o meno sviluppati.

Rispetto alle forme di protezione dei soggetti vulnerabili, sul piano comunitario, emerge un terzo fattore positivo di condizionamento: l'evoluzione della disciplina dei sistemi di qualità che – nella cornice degli *Standards and Guidelines for Quality Assurance in the European Higher Education Area* (ESG) aggiornate nel 2015 rispetto alla prima versione del 2005) e nella declinazione attuativa promossa delle agenzie nazionali (per l'Italia, l'ANVUR) e dagli specifici sistemi di qualità delle nostre Università – si realizzano quali processi complessi tendenti ad assicurare sia la valorizzazione del ruolo dell'intera platea degli studenti nei processi di valutazione, in quanto principali beneficiari della qualità dell'istruzione, della sua equità e della dimensione inclusiva ed, altresì, l'apertura delle Università al contesto culturale e socio-economico di riferimento al fine di coglierne bisogni e domande formative, soprattutto

a scuola in Europa. La selezione di questi indicatori si basa sulle priorità strategiche delineate nel *Piano d'azione per l'istruzione digitale 2021-2027* della Commissione europea, un'iniziativa dell'UE per sostenere l'adattamento sostenibile ed efficace dei sistemi di istruzione e formazione all'era digitale.

<sup>20</sup> Come noto, si tratta del programma d'azione sottoscritto il 25 settembre 2015 dai governi dei 193 Paesi membri delle Nazioni Unite e approvato dall'Assemblea Generale dell'ONU, costituito da 17 Obiettivi per lo Sviluppo Sostenibile – *Sustainable Development Goals*, SDGs – inquadrati all'interno di un programma d'azione più vasto costituito da 169 target o traguardi, ad essi associati, da raggiungere in ambito ambientale, economico, sociale e istituzionale entro il 2030, consultabile in <https://www.agenziacooperazione.gov.it/comunicazione/agenda-2030-per-lo-sviluppo-sostenibile/>.

to nelle dimensioni territoriali caratterizzate da elevati indici di deprivazione socio-economica e da povertà educativa.

Dunque, un modellamento particolarmente procedimentalizzato e tecnicizzato quello dell'assicurazione della qualità che è servito ed è in grado di far emergere negli specifici flussi informativi dati ed elementi di assoluto rilievo in termini di composizione della platea studentesca, soddisfazione, tassi di abbandono, criticità, disallineamenti che, invero, è compito delle Università considerare ed integrare con le politiche attuative, gli obiettivi e i risultati/dati estraibili dai bilanci sociali, dai bilanci di genere e, soprattutto, dal *Gender Equality Plan*, programmazione di ultima generazione e di grande impatto sui temi della parità di genere, della diversità e dell'inclusione<sup>21</sup>.

### 3. *Le tendenze dell'ordinamento interno tra disuguaglianze e asimmetrie territoriali.*

Rispetto alle marcate linee di sviluppo sovranazionali, nell'ordinamento interno – come anticipato in parte nelle premesse – è stata prevalente la visione incentrata sul principio personalistico: ossia, si è consolidata una lettura individualistica, fondata sul principio personalistico che, come noto, si radica nei commi 3 e 4 dall'art. 34 Cost., e negli artt. 2 e 3 comma 2 Cost., nella prospettiva interpretativa che riconosce nella formazione universitaria un'essenziale modalità per il pieno sviluppo della persona nell'ordinamento, governata dal principio concorsuale e dalla meritocrazia, ossia dalla compresenza di capacità e merito<sup>22</sup>, oltre la fascia della scuola dell'obbligo per cui è garantita la gratuità.

<sup>21</sup> Alcune categorie di soggetti giuridici, tra cui le Università, che fanno domanda di partecipazione a Horizon Europe devono disporre di un GEP (*Gender Equality Plan*) quale requisito basilare o di una strategia equivalente per poter beneficiare del finanziamento. Si tratta di una programmazione sistemica e strategica che prevede strumenti e azioni concrete per supportare l'uguaglianza di genere nella ricerca e nell'innovazione. *Ex multis*, v. il GEP dell'Università degli studi di Palermo, consultabile in <https://www.unipa.it/Gender-Equality-Plan/>.

<sup>22</sup> Cfr. G. CORSO, *Principi costituzionali sull'istruzione*, in C. MARZUOLI, a cura di, *Istruzione e servizio pubblico*, cit., 40. Nella prospettiva del diritto al godimento delle prestazioni amministrative in cui si concreta l'istruzione, v. S. CASSESE, A. MURA, *Artt. 33-34*, in AA. VV., *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna-

In questa sede, pur non essendovi spazio per soffermarsi sul tema rilevante – anche dopo la riforma del Titolo V, Parte II della Costituzione – del riparto di competenze tra lo Stato e le Regioni<sup>23</sup> sul diritto allo studio e sulla disciplina e l'attivazione degli interventi volti a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale per il concreto esercizio di tale diritto, tra cui l'erogazione delle borse di studio, si deve registrare una lenta stratificazione normativa sul diritto all'istruzione superiore che, nel tempo, ha delineato l'ampiezza delle prestazioni che lo concretizzano: il riferimento è alla prima disciplina organica contenuta nella l. 2 dicembre 1991 n. 390 (Norme sul diritto agli studi universitari) alla quale si deve, come noto, l'elaborazione di un impianto tripartito di competenze e responsabilità dello Stato, delle Regioni e delle Università<sup>24</sup>; al successivo d. P. C. M. 9 aprile 2001 (Uniformità di trattamento sul diritto agli studi universitari, ai sensi dell'articolo 4 della legge 2 dicembre 1991, n. 390), che aggiorna la disciplina dei servizi e gli interventi non destinati alla generalità degli studenti e i criteri di merito e di condizione economica per l'accesso ai benefici; dopo la riforma Gelmini, al d. lgs. 29 marzo 2012, n. 68 (Revisione della normativa di principio in materia di diritto allo studio e valorizzazione dei collegi universitari legalmente riconosciuti) e alle successive disposizioni normative e regolamentari relative alla disciplina della contribuzione universitaria e del beneficio della no tax area, delle borse di studio, comprese quelle a sostegno della mobilità studentesca, dei servizi di orientamento e tutorato e dei servizi abitativi<sup>25</sup>.

Roma, 1976, 253 ss.

<sup>23</sup> In tema, anche per i riferimenti bibliografici, M. COCCONI, *Le Regioni nell'istruzione dopo il nuovo Titolo V*, in *Le Regioni*, 2007, 725 ss.; R. MORZENTI PELLEGRINI, *Istruzione e formazione nella nuova amministrazione decentrata della Repubblica*, Milano, 2004; A. POGGI, *Il diritto allo studio fra Stato, Regioni e autonomie nel dettato costituzionale e nell'evoluzione normativa*, in *Il diritto allo studio nell'università che cambia. Atti del Convegno per il decennale della Fondazione CEUR*, a cura di L. VIOLINI, Milano, 2002, 56 ss.

<sup>24</sup> L'ambito di competenza delle Università è delineato dagli artt. 3, 12, 13, 14 e 15 del richiamato decreto, con interventi a favore anche degli studenti lavoratori e stranieri.

<sup>25</sup> Per una recente ricognizione del quadro normativo di riferimento ed una lettura sostanziale dell'effettività del diritto allo studio rispetto alla portata applicativa delle distinte tipologie d'intervento, v. il Cfr. Corte dei Conti, Sezioni Riunite in sede di Controllo, *Referto sul Sistema Universitario*, maggio 2021, consultabile in

Tuttavia, nonostante la progressiva calibratura e l'estensione degli strumenti e – negli ultimi anni anche – delle risorse economiche a sostegno dell'effettività del diritto, la mera considerazione di due dati fattuali appare restituire ancora una volta l'immagine di un diritto sociale ancora finanziariamente condizionato e, soprattutto, non in grado di offrire una compiuta protezione alle diverse forme di vulnerabilità.

Il primo elemento che si richiama è inserito nell'analisi degli interventi per il diritto allo studio contenuta nel Referto della Corte dei Conti - Sezioni Riunite, sul Sistema Universitario (maggio 2021) ove sono descritte le significative differenziazioni territoriali che ancora permangono nella forbice tra idonei e beneficiari delle borse di studio, più elevata nelle regioni del Meridione anche se in parziale miglioramento, differenziali negativi considerati anche rispetto alla media europea ed ai confronti internazionali, cui si accompagna il rilievo critico sulla vetustà delle disposizioni risalenti al D. P. C. M. 2001 relative ai requisiti di merito e di condizione economica dello studente<sup>26</sup>.

Il secondo dato di riferimento è contenuto nella premessa del PNRR: «L'Italia è il paese dell'UE con il più elevato tasso di ragazzi tra i 15 e i 29 anni non impegnati nello studio, nel lavoro o nella formazione (NEET - Not in Education, Employment or Training). Il tasso di partecipazione delle donne al lavoro è solo il 53,8%, molto al di sotto del 67,3% della media europea. Questi problemi sono molto più accentuati nel Mezzogiorno, dove il processo di convergenza con le aree più ricche del Paese è ormai fermo»<sup>27</sup>.

Un'analisi analiticamente scandagliata anche nei dati (di conferma) in serie storica e per aggregati territoriali, riportati anche nel Rapporto annuale ISTAT, Benessere Equo e Sostenibile - BES 2021 e nei rapporti successivi: «In Italia, il livello di istruzione e formazione che gli individui riescono a raggiungere è correlato ancora in larga misura con l'estrazione sociale, il genere, il contesto socio-economico e il territorio in cui si vive. L'Italia è distante dalle medie europee e gli indicatori del livello di istruzione e delle competenze hanno subito una battuta d'arresto negli ultimi

<https://www.corteconti.it/>, in particolare 181-209.

<sup>26</sup> Cfr. Corte dei Conti, Sezioni Riunite in sede di Controllo, *Referto sul Sistema Universitario, cit.*, in particolare 184-188.

<sup>27</sup> Cfr. i dati contenuti nel PNRR 2021-2026, consultabile in <https://www.italiadomani.gov.it/>.

*due anni. La pandemia del 2020, con la conseguente chiusura di scuole e università e il prevalere della didattica integrata hanno acuito le difficoltà.»<sup>28</sup>.*

#### *4. Il PNRR, il diritto all'istruzione superiore e le vulnerabilità: una conclusione provvisoria*

Le vulnerabilità permangono al centro del dibattito non soltanto di taglio giuridico e, soprattutto dopo la crisi pandemica, non può negarsi che emerga nella sua complessità una questione meridionale<sup>29</sup>, che si manifesta in modo incisivo nel campo del diritto allo studio ed alla formazione superiore in relazione ai soggetti vulnerabili.

Pur non essendo questa la sede per delineare il perimetro definitivo delle vulnerabilità, si deve osservare come l'evoluzione dei processi di identificazione/riconoscimento/tutela delle vulnerabilità abbia progressivamente rilevato, con maggiore tecnicismo, quella caratteristica

<sup>28</sup> Cfr. ISTAT, Rapporto BES 2021, consultabile in <https://www.istat.it>, 68-69, ove si riportano dati negativi sull'uscita dal sistema di istruzione e formazione che manifestano il rilievo perdurante della questione del Mezzogiorno e dei divari territoriali: «L'uscita dal sistema di istruzione e formazione è un fenomeno che riguarda più frequentemente dei sottogruppi di ragazzi che, provenendo da contesti socio-economici più difficili, non riescono ad affrontare i problemi oggettivi riscontrati nell'apprendimento. La quota di coloro che hanno abbandonato precocemente gli studi è più elevata nel Mezzogiorno: sono il 19,5% nelle Isole (stabile rispetto al 19,9% del 2020) e il 15,3% nel Sud (in calo rispetto al 17,5% del 2020). In Sicilia, Puglia, Calabria e Campania la quota è particolarmente alta tra i maschi, tra i quali supera il 18% (rispettivamente 24,8%, 19,6%, 18,6% e 18,4%). Ampliando la classe d'età di riferimento e guardando anche al mondo del lavoro un altro gruppo di giovani è fortemente in difficoltà nell'inserirsi nella vita attiva del Paese. Nel 2021, tra i giovani di 15-29 anni, il 23,1% non studia né lavora, in calo rispetto al 2020, quando avevano raggiunto il 23,7%, con un incremento di 1,6 punti percentuali rispetto all'anno precedente la pandemia. Tra le donne il 25% non fa formazione né lavora (erano il 25,8% nel 2020), mentre tra gli uomini sono il 21,2%, erano il 21,8% nel 2020; tuttavia, sia tra le donne sia tra gli uomini, il calo non compensa l'incremento di NEET osservato nel primo anno di pandemia. Le differenze regionali rimangono elevate e ricalcano la dicotomia Nord-Mezzogiorno. Le regioni con la quota più elevata di NEET sono la Puglia (30,6%), la Calabria (33,5%), la Campania (34,1%) e la Sicilia (36,3%).»

<sup>29</sup> Sul punto, v. *infra* nota 2.

strutturale di apertura semantica della categoria, intesa come potenzialità di senso che si correla all'emersione di bisogni, interessi, valori ritenuti meritevoli di protezione, centrati sulla persona nelle sue diverse dimensioni esistenziali e che richiedono una protezione rafforzata nell'ottica di una permanente tensione verso l'universalità e l'egualianza nei diritti; allo stato, più che in passato, tali processi costituiscono la premessa condizionante delle politiche pubbliche e delle azioni amministrative anche nell'ambito dell'istruzione superiore<sup>30</sup>.

Alla luce degli elementi e delle considerazioni fin qui evidenziati, l'analisi del PNRR consente di evidenziare l'avvio, rispetto al passato, di un'inedita fase di riconoscimento e tutela della dimensione sociale dell'istruzione superiore, la quale coglie le tendenze ed i risultati d'avanzamento consolidati nella dimensione sovranazionale richiamata ed appare solidamente ancorata alle distinte componenti caratterizzanti l'intera struttura composita del documento: le aree d'intervento e gli assi strategici, le priorità trasversali, le riforme, le missioni.

Come noto, da un lato, tra le aree d'intervento stabilite dal Regolamento RRF<sup>31</sup>, assumono rilievo la Crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, la Coesione sociale e territoriale, le Politiche per le nuove generazioni, l'infanzia e i giovani, che delineano lo spazio d'intervento e le finalità dei Piani nazionali, che devono rispondere alle conseguenze sociali ed economiche della crisi pandemica attraverso strategie che devono contribuire a migliorare la produttività, la competitività e la stabilità macroeconomica anche attraverso l'attuazione del Pilastro europeo dei diritti sociali e di politiche mirate alla coesione sociale e territoriale ed al superamento delle disuguaglianze, con una peculiare attenzione, in or-

<sup>30</sup> *Ex multis*, v. ISTAT, Rapporto 2020, *Le misure della vulnerabilità: un'applicazione ai diversi ambiti territoriali*, consultabile in <https://www.istat.it/>, nel quale l'Indice di Vulnerabilità Sociale e Materiale (IVSM) (indicatore composito costruito attraverso la sintesi di sette indicatori riferiti alle dimensioni della vulnerabilità sociale e materiale) costituisce un valido strumento per esprimere con un unico valore un fenomeno di natura multidimensionale, al punto che è letto unitamente all'Indice di vulnerabilità per fragilità territoriale ed all'Indice di contrasto alla vulnerabilità sociale con riferimento alla mappatura dell'interventi pubblici messi in campo per famiglie e soggetti in condizioni di svantaggio anche nella dimensione comunale.

<sup>31</sup> Regolamento (UE) 2021/41 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il Dispositivo per la Ripresa e la Resilienza, Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, 18 febbraio 2021.

dine al tema d'interesse, ai divari generazionali ed alle nuove generazioni che devono essere sostenute da sistemi educativi, di cura e d'istruzione capaci di rafforzarne le competenze e dall'ampliamento dell'accessibilità e delle opportunità che tali sistemi d'istruzione superiore possono fornire ad un modello di sviluppo e di società basato sulla conoscenza.

Dall'altro, il PNRR si impenna intorno ai tre assi strategici condivisi a livello europeo: digitalizzazione e innovazione, transizione ecologica, inclusione sociale che, in modo diretto e trasversale, si correlano al tema fondamentale dell'accrescimento delle competenze e delle prospettive occupazionali dei giovani ed, altresì, del riequilibrio territoriale e dello sviluppo del Mezzogiorno e, invero, connotano tutte le componenti del Piano e appaiono funzionalmente perseguibili mediante il miglioramento dei sistemi d'istruzione, compresa quella superiore terziaria.

Sul piano delle priorità trasversali – condivise dalle sei missioni e dal sistema delle riforme (riforme orizzontali o di contesto, riforme abilitanti, riforme settoriali) – esse sono identificate nella promozione delle pari opportunità generazionali, di genere e territoriali, sulle quali s'impennano in linea di coerenza le politiche per i giovani, per le donne, e per il superamento dei divari (territoriali) di cittadinanza, comprese le politiche per il rilancio del Mezzogiorno<sup>32</sup>, per cui, anche sotto tale pro-

<sup>32</sup> Cfr. PNRR- Next Generation Italia, 36-45, consultabile in [www.italiadomani.gov.it](http://www.italiadomani.gov.it). In particolare, il Piano ribadisce che l'obiettivo principale è «accompagnare una nuova stagione di convergenza tra Sud e Centro-Nord per affrontare un nodo storico dello sviluppo del Paese» (39), rilevando che la diminuzione degli investimenti nel Mezzogiorno tra il 2008 ed il 2018 ha aggravato la già esistente carenza di strutture e servizi. In tale prospettiva, «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» (37). Sull'origine del dibattito giuridico sulla questione meridionale, sul rilancio del Mezzogiorno come questione nazionale nel PNRR, sulle prospettive attuative che richiedono strumenti di perequazione e sull'eguaglianza che richiede omogeneità delle prestazioni fondamentali, garantite dai livelli essenziali delle prestazioni dei diritti civili e sociali, precetto per la coesione territoriale, anche per i riferimenti bibliografici, v. l'approfondimento di F. MANGANARO, *Osservazioni sulla questione meridionale alla luce del PNRR e del regionalismo differenziato*, in *Nuove Autonomie*, 2, 2022, 387 ss.; inoltre, A. BARONE, F. MANGANARO, *PNRR e Mezzogiorno*, in *Quad. cost.*, 1, 2022, 148 ss.; A. ROMEO, *Sviluppo economico e disuguaglianze territoriali: il divario nord-sud nell'Italia del nuovo del nuovo millennio*, in *Dir.*

filo, sono confermate e valorizzate le parole chiave fondamentali che pongono al centro le azioni a sostegno dei giovani e del rafforzamento delle competenze, che sono strutturalmente elaborate nell'ottica funzionale e immanente di integrazione con quelle poste a fondamento degli obiettivi di coesione sociale e territoriale. Sotto tale profilo, come è stato osservato, la crisi sanitaria e la conseguente emanazione del Next Generation EU hanno avuto l'effetto dirompente di riproporre il dibattito sul modello di sviluppo del Mezzogiorno, insieme all'esigenza di recupero sociale ed economico dell'intera Nazione, inquadrando pertanto la questione meridionale come questione nazionale, che manifesta una crisi profonda dell'eguaglianza<sup>33</sup>.

Sul piano delle missioni che fondano e indirizzano in modo vincolante l'azione delle Amministrazioni, innanzitutto delle Università, il versante della dimensione sociale dell'istruzione superiore e della promozione dei giovani mediante il superamento/temperamento delle diverse tipologie di ostacoli di vulnerabilità incidenti sull'accessibilità e sul conseguimento del pieno successo formativo, è inserito nella Missione 4 (*Istruzione e Ricerca*), ed, inoltre, nella Missione 5 (*Inclusione e Coesione*), essendo ambiti d'intervento le cui misure appaiono fortemente intrecciate sul piano biunivoco della reciprocità del condizionamento fondamentale che l'attuazione delle medesime è in grado di imprimere, complessivamente, sul conseguimento dei risultati che danno sostanza all'effettività del diritto considerato.

*amm.*, 4, 2020, 807 ss. Sull'attualità del concorrente dibattito relativo al regionalismo differenziato e alle prospettive di riforma delle specialità, v. M. IMMORDINO, *L'autonomia regionale alla luce del regionalismo differenziato nel pensiero di Luciano Vandelli*, in *Ist. Federalismo*, 2019, 45-51; ID., *La specialità regionale nella prospettiva del regionalismo differenziato* (con N. GULLO), in *Diritto amministrativo e società civile, Muovendo dalle opere di Fabio Roversi Monaco*, Vol. III, *Problemi e prospettive*, Bologna, 2020, 37 ss.; ID., *Presentazione*, in *Atti del convegno Specialità e differenziazione. Le nuove frontiere del regionalismo italiano*, a cura di G. ARMAO, F. ASTONE, M. IMMORDINO, G. MOSCHELLA, V. PRUDENTE, Napoli, 2022, 9-15; ID., *Introduzione. Verso quale specialità?*, in *Atti del convegno internazionale Le autonomie speciali nella prospettiva del regionalismo differenziato*, a cura di M. IMMORDINO, N. GULLO, G. ARMAO, Napoli, 2021.

<sup>33</sup> F. MANGANARO, *Osservazioni sulla questione meridionale alla luce del PNRR e del regionalismo differenziato*, cit., 395; A. ROMEO, *Sviluppo economico e disuguaglianze territoriali: il divario nord-sud nell'Italia del nuovo del nuovo millennio*, cit., 807 ss.

In particolare, da un lato, rileva l'investimento sulle borse di studio per l'accesso all'università e sull'orientamento attivo nella transizione scuola-università, sull'estensione del numero dei dottorati di ricerca e sui dottorati innovativi per la pubblica amministrazione e il patrimonio culturale; e dall'altro, le riforme progettate del sistema di orientamento, delle classi di laurea, delle lauree abilitanti per le professioni, della legislazione sugli alloggi per gli studenti, della disciplina dei dottorati<sup>34</sup>, interventi che vanno considerati unitamente al quadro degli investimenti e delle riforme di carattere manifestamente trasversale dedicati all'inclusione e alla coesione per la rimozione delle condizioni di povertà socioeducativa, culturale ed economica, nell'articolazione tripartita a sostegno delle politiche per il lavoro, delle infrastrutture sociali, delle famiglie, delle comunità ed del terzo settore, e degli interventi speciali per la coesione territoriale<sup>35</sup>.

Dall'analisi dei contenuti, emerge la visione complessiva dell'investimento sulla formazione e sul miglioramento delle competenze, ancorata altresì al principio d'eguaglianza, quale preconditione di sviluppo di un modello di società e di economia basato sulla conoscenza, con un rafforzamento, rispetto al passato e in linea con l'avanzata visione comunitaria, delle azioni di sostegno alla formazione ed all'occupazione considerate in una dimensione integrata con le politiche inclusive, di contrasto delle situazioni di svantaggio, le quali, tuttavia, più che in passato, richiedono una maggiore intensità d'esercizio dell'autonomia funzionale e responsabile delle Università.

L'idea che l'istruzione non sia soltanto una politica pubblica, e come tale esposta al raffronto o al bilanciamento – anche finanziario – con altre politiche, bensì un campo differenziato connotato da irriducibili garanzie, quale leva basilare anche di obiettivi sociali ed economici ed,

<sup>34</sup> Cfr. PNRR, M4C1 - *Potenziamento dell'offerta dei servizi di istruzione: dagli asili nido all'Università*, 180 ss.

<sup>35</sup> Cfr. PNRR, M5C1 - *Politiche per il lavoro*, M5C2 - *Infrastrutture sociali, alle famiglie, alle comunità ed al terzo settore*, M5C3 - *Interventi speciali per la coesione territoriale*, 202 ss. Inoltre, v. M5C3 Investimento 3 - *Interventi socio-educativi strutturati per combattere la povertà educativa nel Mezzogiorno a sostegno del Terzo Settore*, i cui atti e provvedimenti di attuazione sono consultabili in <https://politichecoesione.governo.it/it/pnrr-e-coesione/la-missione-5-m5-componente-3-del-pnrr-su-interventi-speciali-per-la-coesione-territoriale>.

al fondo, concepita come preminente, poiché essenziale per lo sviluppo dell'individuo e della comunità nelle sue proiezioni *multilevel*, valorizza e pone al centro in modo inedito i sistemi universitari.

È su questo piano che si gioca la partita da vincere sull'effettività del diritto all'istruzione superiore anche per i soggetti vulnerabili, poiché non vi potrà essere alcun rafforzamento duraturo del servizio d'istruzione superiore, nonostante l'incisiva varietà e la stringente tempestività d'azione richiesta dal PNRR, senza la capacità amministrativa delle Università di sostenere l'attuazione delle riforme e gli investimenti, anche in rete con altri enti pubblici e privati, con una specifica ed indirizzata calibratura di risorse ed obiettivi nel medio e lungo periodo: in particolare, con l'accentuazione dell'asse collaborativo scuola-università e università-realtà territoriali ed extra-territoriali, in un'ottica di valorizzazione dell'azione universitaria indirizzata a studenti di qualsiasi provenienza e condizione ma, soprattutto, appartenenti a contesti connotati da povertà educativa e deprivazione socioeconomica; con il rafforzamento delle attività di orientamento in entrata, in itinere ed in uscita e dei sistemi di tutoraggio declinati in base al target studentesco di riferimento; con maggiori risorse economiche a sostegno dell'ampliamento della platea degli studenti beneficiari di sgravi contributivi e/o borse di studio; con l'innesto della transizione digitale per migliorare la capacità del sistema d'istruzione superiore di offrire anche istruzione e cultura digitale per garantire un accesso più ampio e colmare i divari territoriali<sup>36</sup>; con l'innovazione dei contenuti delle funzioni di programmazione e controllo alla luce del PNRR, anche con un'efficace modellamento dei processi interni di assicurazione della qualità che siano in grado di rilevare gli scostamenti e le criticità sul piano dell'accessibilità e del conseguimento del pieno successo formativo in relazione ai soggetti vulnerabili.

In altri termini, ai sistemi universitari è richiesta in modo sfidante la capacità amministrativa di ricomporre ad unità e sincronizzare – peraltro in un tempo inedito e straordinario di riscrittura della disciplina del sistema universitario<sup>37</sup> – una notevole varietà di finalità, obiettivi, stru-

<sup>36</sup> In tema, anche per i riferimenti bibliografici, sia consentito il rinvio a C. VENTIMIGLIA, *Amministrazione e Cultura nella transizione digitale*, Bari, 2021.

<sup>37</sup> Il riferimento è all'intensa stagione riformista e d'impatto anche sul sistema universitario avviata dagli interventi normativi di cui al d. l. 31 maggio 2021 n. 77, (Gover-

menti, maggiori risorse disponibili attorno al baricentro fondamentale costituito dallo studente e dai suoi bisogni d'eguaglianza; e ciò al fine di prevenire il rischio concreto che la stringente mappatura dei *milestone* e dei *target* previsti nel PNRR possa dequotare l'intervento pubblico in mero adempimento burocratico, di breve e/o medio termine, anche nel campo fondamentale della protezione dei soggetti vulnerabili.

Questa è, in parte, una conclusione provvisoria che soltanto gli scenari attuativi – e i futuri dati sulle vulnerabilità e sulle performance universitarie – dei prossimi anni potranno confermare o smentire.

nance del PNRR e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure), convertito con modificazioni dalla l. 29 luglio 2021 n. 109; d. l. 9 giugno 2021 n. 80, (Misure urgenti per il rafforzamento della capacità amministrativa delle pubbliche amministrazioni funzionale all'attuazione del PNRR), convertito con modificazioni dalla l. 6 agosto 2021, n. 113; d. l. 6 novembre 2021 n. 152, (Disposizioni urgenti per l'attuazione del PNRR e per la prevenzione delle infiltrazioni mafiose), convertito con modificazioni dalla l. 29 dicembre 2021, n. 233; d. l. 30 aprile 2022 n. 36, convertito con modificazioni dalla l. 29 giugno 2022 n. 79.



ANTONIO BALSAMO

DIRITTI UMANI:  
LE NUOVE VULNERABILITÀ.  
CONCLUSIONI

Desidero anzitutto esprimere la mia gratitudine alla Libera Università Maria SS. Assunta e all'Università di Palermo per averci offerto questa grande occasione di scambio di idee e di valori nel segno dell'innovazione. Permettetemi di rivolgere uno speciale ringraziamento alla Professoressa Maria Immordino che ha svolto una grande funzione di sviluppo della cultura – non solo giuridica – per generazioni di studenti qui a Palermo, in una prospettiva di apertura di orizzonti di cui questo incontro italo-brasiliano è una espressione veramente ricca di significato.

È in questa prospettiva che va collocata la riflessione sul rapporto tra i diritti umani e quel concetto di vulnerabilità che, dopo essere stato considerato come uno dei principali fattori di inizio della modernità<sup>1</sup> alla luce del pensiero di Paul Ricoeur<sup>2</sup>, ci appare oggi, nella difficile stagione aperta dalla pandemia del 2020, anche come l'emblema della continuità tra il passato e il presente, tra secoli che conoscevamo solo attraverso la narrazione letteraria e il nostro tempo contrassegnato dalla globalizzazione.

Ma proprio la chiave di lettura che discende dalle luci e ombre del momento storico nel quale siamo immersi mette in risalto tre aspetti che potranno essere importanti nel mondo di domani, per assicurare un trattamento adeguato, sul piano giuridico ed extragiuridico, alla complessa realtà della vulnerabilità.

1) Il primo aspetto è la capacità del concetto di vulnerabilità di rife-

<sup>1</sup> Cfr. sul tema, sul piano antropologico, C. CANULLO, *Fragilità e vulnerabilità dell'umano*, in L. SANDONÀ (a cura di), *La struttura dei legami. Forme e luoghi della relazione*, Brescia, 2010.

<sup>2</sup> P. RICOEUR, *Finitudine e colpa*, Bologna, 1970.

rirsi ad ogni essere umano, a ciascuno di noi, superando tutte le distinzioni legate a strutture sociali e culturali inevitabilmente datate.

Come ha detto di recente Papa Francesco, «quando ci si accosta con sincerità alle persone vulnerabili, col desiderio di aiutarle, succede di essere rimandati alle proprie vulnerabilità. Le abbiamo tutti»<sup>3</sup>.

Si tratta di una linea culturale che si impegna nella “scoperta” della vulnerabilità non più come condizione di eccezione ma come dato ontologico della vita umana<sup>4</sup>. È significativo che sulla vulnerabilità si sia concentrata l’attenzione di diversi filosofi di origine ebraica come Emmanuel Lévinas, Simone Weil, Hannah Arendt, a spiegazione dell’esigenza di una riflessione sulla violenza contro le persone inermi dettata dall’urgenza dell’esperienza vissuta della persecuzione e dello sterminio nella prima metà del Novecento.

E si tratta della stessa radice da cui nasce la affermazione internazionale dei diritti umani come “leggi del più debole”.

Come ha sottolineato Luigi Ferrajoli, i diritti fondamentali essi hanno rappresentato altrettante conquiste di soggetti deboli contro le leggi dei più forti ed hanno corrisposto, ogni volta, a un “mai più” stipulato contro la violenza e la prepotenza generate dall’assenza di limiti e di regole. I diritti umani, e con essi ogni progresso nell’uguaglianza, sono sempre nati «dal disvelarsi di una violazione della persona divenuta a un certo punto intollerabile»<sup>5</sup>.

Una parabola ancora tutt’altro che conclusa, ma ricca di importanti significati, anche perché in essa si fondono la garanzia dei diritti e la loro internazionalizzazione.

I diritti fondamentali sono divenuti “il linguaggio comune dell’epoca attuale”<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Papa FRANCESCO, *Il cielo sulla terra. Amare e servire per trasformare il mondo*, Roma, 2020.

<sup>4</sup> M. BOUCHARD, *Sulla vulnerabilità nel processo penale*, in *Dir. pen. e uomo*, 2019, 12, 5-6.

<sup>5</sup> L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Bari-Roma, 2007.

<sup>6</sup> G. ZAGREBELSKY, *Relazione*, in AA.VV., *I diritti fondamentali oggi. Atti del V Convegno dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, Padova, 1995, 21; V. ONIDA, *I diritti umani in una comunità internazionale*, in *Il Mulino*, 2006, 411.

Di fronte alla sfida della diversità e del multiculturalismo, che rende molto più complessa e magmatica la società civile rispetto al passato, la realtà istituzionale dispone di uno strumento importante per ricercare la propria indispensabile base culturale unitaria. Questo strumento è dato da un impegno congiunto di tutte le istituzioni per la tutela dei diritti fondamentali, visti come la base su cui costruire il processo di integrazione e il dialogo tra le diverse identità proprio in una realtà polarizzata e con forte antagonismo.

La tutela dei diritti può così divenire uno strumento di inclusione, attraverso la valorizzazione della dignità di ogni essere umano, a partire proprio dalle persone più vulnerabili.

In questa prospettiva, i diritti fondamentali vengono ad operare come “motore di espansione” del diritto penale nelle situazioni nelle quali si riscontra una diffusa sottoprotezione di determinate categorie di soggetti, “deboli” anche in quanto vittime – per usare le parole di un giudice che per noi è anche un martire della fede, Rosario Livatino – di «quei reati che per tradizione o per costume o per altro nel passato erano raramente perseguiti»<sup>7</sup>.

2) Il secondo aspetto è la necessità di affrontare i problemi della vulnerabilità attraverso un ripensamento del sistema delle garanzie che ne potenzi l'effettiva portata sulla base dell'evoluzione tecnologica.

È questa la via maestra per concretizzare quella prospettiva estremamente suggestiva del costituzionalismo digitale, di cui parlava il Prof. Ilton Norberto Robl Filho.

Ad esempio, con riferimento alle ipotesi dei discorsi di odio e della diffusione di fake news, cui faceva riferimento il prof. Gabriele Carapezza Figlia, si aprono spazi importanti per la diffusione di un nuovo modello di giustizia riparativa, che valorizzi il suo legame genetico con il diritto alla verità. Mi sembra molto significativo il richiamo che ha fatto a questo modello anche il Presidente del Tribunale di Giustizia del Paraná, José Laurindo de Souza Netto.

Tutta questa tematica ha adesso un nuovo volto, di fronte alle sfide di amplissima dimensione tipiche di una fase storica che ha conosciuto

<sup>7</sup> R. LIVATINO, *Il ruolo del giudice nella società che cambia* (conferenza tenuta il 7 aprile 1984 presso il Rotary Club di Canicattì).

una rapidissima evoluzione sia del sistema globale delle comunicazioni (sempre più spesso veicolate da sistemi informatici o telematici, tanto che ormai si riscontra un netto ridimensionamento delle distinzioni tra telecomunicazioni e flussi informatici), sia delle modalità di azione degli ambienti criminali (sempre più caratterizzate dall'uso della tecnologia informatica, anche al di fuori dell'area del cybercrime in senso stretto: si pensi al ruolo-chiave che le comunicazioni via internet hanno assunto per lo sviluppo del terrorismo, dei traffici internazionali di stupefacenti, della tratta di esseri umani, del traffico illecito di beni culturali e di risorse ambientali, del riciclaggio anche attraverso lo strumento delle criptovalute, per noi ancora tutto da esplorare).

Tra gli elementi che distinguono oggi il cybercrime rispetto alle forme tradizionali di criminalità vi è la possibilità di colpire un numero di vittime estremamente elevato: appare assolutamente esatta la diagnosi effettuata nel 2019 dal coordinatore antiterrorismo dell'Unione Europea, Gilles De Kerchove, secondo cui "più siamo connessi, più diventiamo vulnerabili".

In questo nuovo contesto, sono a rischio i diritti di tantissime nuove fasce deboli di persone, a cominciare dai più giovani. Le nuove tecnologie hanno reso possibili anche forme brutali di sfruttamento di tantissimi bambini e bambine, della stessa età dei nostri figli, da parte di organizzazioni criminali internazionali senza scrupoli.

Per consentire alla magistratura di svolgere un ruolo adeguato alla realtà in intensa evoluzione, possono sicuramente essere utili nuovi strumenti internazionali. In particolare, potrà essere importante la nuova Convenzione ONU in avanzato stadio di elaborazione per contrastare l'uso delle tecnologie della informazione e della comunicazione per scopi criminali.

Ma sin da ora possono giocare un ruolo importantissimo le nuove potenzialità operative degli strumenti esistenti, e in particolare della Convenzione di Palermo, la Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, che per il numero estremamente elevato dei Paesi che vi aderiscono (ben 190) e per la ampiezza delle sue previsioni, rappresenta oggi uno degli strumenti più utilizzati a livello globale per la lotta a tutte le forme più gravi di cybercrime.

La Convenzione ONU di Palermo si presenta infatti come uno strumento di portata tendenzialmente generale, flessibile e capace di

adattarsi alle dinamiche evolutive di tutti i più allarmanti fenomeni delittuosi, compresi quelli che non sono da essa espressamente contemplati.

Quella del cybercrime è una sfida che richiede un sistema penale di tipo postmoderno, capace di cogliere la dimensione collettiva della criminalità, di rinnovare tutto il complesso degli strumenti di indagine adeguandolo ai grandi cambiamenti che hanno investito il sistema delle comunicazioni e ogni aspetto della vita sociale, di rendere possibili interventi immediati di raccolta della prova e di reazione giudiziaria, sia repressiva che preventiva, su scala globale.

In effetti, è proprio l'ampiezza della sfera di applicazione oggettiva e soggettiva della Convenzione di Palermo a farne lo strumento privilegiato per escludere ogni "zona franca", ogni area di impunità, ogni "safe haven" rispetto alle condotte delittuose collettive di maggiore gravità, quale che sia la loro tipologia.

3) Il terzo aspetto è l'esigenza di attivare una forte logica di solidarietà, sul piano interno e internazionale, per progettare e realizzare forme di tutela adeguate rispetto ad una condizione di fragilità che è un riflesso della stessa condizione umana nell'epoca presente. Quello spirito di fratellanza di cui parlava il Presidente del Tribunale di Giustizia del Paraná, José Laurindo de Souza Netto. Proprio per questo, il contributo del diritto europeo assume un ruolo imprescindibile.

A ben vedere, gli indirizzi di sviluppo dei due grandi filoni del diritto europeo – quello "eurounitario" e quello discendente dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo – delineano due prospettive destinate sicuramente a incrociarsi e ad arricchirsi a vicenda.

La prima prospettiva è quella della individuazione, compiuta con particolare impegno dalla Corte di Strasburgo negli ultimi anni, di una serie aperta di "gruppi vulnerabili", che comprende categorie come i Rom, i richiedenti asilo, le vittime dell'HIV, i detenuti, i bambini, i malati di mente, le vittime di violenza domestica. All'appartenenza del ricorrente a queste categorie è stata attribuita una precisa rilevanza giuridica, sviluppando la nozione di obblighi positivi di fonte convenzionale o invertendo l'onere della prova, in modo da richiedere alla pubblica

autorità di dimostrare il rispetto dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti<sup>8</sup>.

Si tratta, comunque, di una categorizzazione che non dispensa la Corte europea dal compito di procedere ad una valutazione individuale, tenendo conto anche dei fattori che possono precludere la possibilità di trarre conseguenze giuridiche dall'appartenenza del singolo a un determinato gruppo. Occorre, infatti, che esista una specifica correlazione tra la condizione di vulnerabilità e la lamentata violazione di un diritto fondamentale<sup>9</sup>.

La prima prospettiva viene quindi a convergere con la seconda, che è focalizzata sulla valutazione dei profili di vulnerabilità che attengono al singolo individuo nel caso concreto.

È questa la direzione in cui si è mossa la normativa dell'Unione Europea, con i principi-guida fissati nella direttiva 2012/29/UE, del 25 ottobre 2012, che contiene norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato.

Tale direttiva, che definisce lo «statuto europeo dei diritti della vittima», richiede, infatti, che per enucleare con criteri personalizzati le sue esigenze di protezione venga effettuata tempestivamente una valutazione individuale, al fine di determinare se ed in quale misura siano raggiungibili benefici mediante l'applicazione di misure speciali.

Al riguardo, appare pienamente condivisibile il commento della dottrina secondo cui la direttiva ha compiuto un importante passo in avanti nella costruzione di una tutela effettiva prescrivendo l'individualizzazione della protezione della vittima. Si tratta di un atto normativo che rappresenta il prodotto principale della mutata percezione scientifica del ruolo del diritto penale e traduce in disposizioni comuni l'esigenza di tutelare non una vittima qualsiasi, standardizzata, bensì una persona specifica, con le sue precise esigenze e problematiche. Da qui la necessità di imporre agli Stati membri una forte personalizzazione

<sup>8</sup> Cfr. M. O'BOYLE, *The notion of "vulnerable groups" in the case law of the European Court of Human Rights, report per la Conference on the Constitutional Protection of Vulnerable Groups: a Judicial Dialogue*, tenuta a Santiago del Cile nei giorni 4-5 dicembre 2015, 2 ss.

<sup>9</sup> Così M. O'BOYLE, *op. cit.*, 9.

della protezione della vittima, che tenga in debito conto le particolari caratteristiche del soggetto leso<sup>10</sup>.

I criteri-guida di ordine generale così delineati a proposito della vittima possono ben essere estesi ad altre figure come l'imputato e il testimone, nel quadro di un «garantismo a 360 gradi» che si proponga di tutelare tutti i diritti fondamentali che vengono in gioco nel processo penale.

Si tratta di un percorso nel quale può giocare un ruolo fondamentale l'idea, espressa dalla Prof.ssa Anna Simonati, di una rendicontazione, una responsabilità sociale, secondo una logica gender-sensitive, dell'attività degli enti pubblici, che si presta ad una serie di applicazioni importanti con riferimento al mondo della giustizia.

Come diceva il Presidente Laurindo, la innovazione è frutto della conoscenza, della formazione, del *mindset*, della gestione delle risorse umane come funzione sociale finalizzata alla tutela dei diritti umani: è questa una sfida da raccogliere per la nostra giustizia, di cui ciascuno di noi può farsi portatore. Si pensi al ruolo della intelligenza emotiva. Il programma che si incentra sull'essere umano come centro della giustizia può essere un modello per tutti noi, anche sotto i profili, segnalati dal Presidente Laurindo, dell'osservatorio sui diritti umani e dell'atelier di innovazione.

Il concetto di cittadinanza di genere, con il suo carattere olistico e il suo fondamento culturale in una idea di diversità fruttuosa, può promuovere una serie di positive interrelazioni tra la realtà giuridica interna e alcune rilevanti linee di tendenza internazionali, come quelle sulla inclusività. È importante collegarlo a una visione universalistica, nell'ottica del *no one should be left behind* che è tipica oggi delle Nazioni Unite e che mette in pratica alcuni dei più nobili principi della cristianità. Sono quei principi di equità e di inclusione cui faceva riferimento la Prof.ssa Caterina Ventimiglia a proposito del tema, veramente centrale, dell'istruzione.

È oggi possibile sviluppare innovazioni che valorizzano le tecnologie

<sup>10</sup> In questi termini S. ALLEGREZZA, *Il ruolo della vittima nella Direttiva 2012/29/UE*, in L. LUPÁRIA (a cura di), *Lo statuto europeo della vittima di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, Milano, 2015, 18.

come strumenti di rafforzamento della tutela dei diritti, con la diffusione collettiva della conoscenza degli effetti concreti delle decisioni giudiziarie, dei “diritti in azione”, per tutti, cittadini e stranieri, in modo comprensibile a ogni persona anche sul piano linguistico.

È un esperimento che è stato avviato presso il Tribunale di Palermo partendo da due diritti che hanno una forte dimensione europea e internazionale.

Il primo settore è quello della tutela della salute e della dignità dei lavoratori subordinati, anche di quelle nuove tipologie di lavoratori per i quali il potere direttivo e disciplinare del datore di lavoro si attua esclusivamente mediante piattaforme informatiche: si pensi ai rider (il cui numero in Italia è raddoppiato per effetto della pandemia, tanto che oggi sono circa 1 milione e mezzo), per i quali si sono riscontrate forme di licenziamento mediante distacco dalla App, o situazioni di completa mancanza di cautele contro gli infortuni.

Il secondo settore è quello del “diritto alla verità” sulle più gravi violazioni dei diritti umani, che ha trovato riconoscimento da parte prima della Corte interamericana dei diritti umani e poi della Corte europea dei diritti dell’uomo, le quali ne hanno attribuito la titolarità non solo alle vittime e ai loro familiari, ma anche alla collettività nel suo insieme.

Un diritto che ha un significato speciale a Palermo, dove tra la fine degli anni ’70 e i primi anni ’90, sono stati commessi alcuni degli episodi delittuosi più gravi della storia del nostro paese, quelli che hanno caratterizzato la stagione del “terrorismo mafioso”. Non è un caso quindi che proprio dal Tribunale di Palermo siano state emesse la maggior parte delle sentenze adottate da giudici del nostro Paese sul diritto alla verità.

Il lavoro giudiziario anche a Palermo ha prodotto effetti positivi sulla società. Per questo, è importantissimo potenziare in nuove forme la comunicazione tra il mondo della giustizia e la società.

La posta in gioco in questo sviluppo tecnologico è duplice: da un lato, restituire quella dignità che spetta a ogni persona che ha subito violazioni dei diritti umani; dall’altro, assicurare la conoscenza dei propri diritti anche ai soggetti più deboli, dando piena attuazione alla dimensione europea e internazionale del principio di legalità.

La Corte europea dei diritti dell’uomo ha fortemente valorizzato gli aspetti qualitativi di tale principio, che riguardano l’accessibilità e pre-

vedibilità non solo delle fonti normative ma anche della giurisprudenza. Sul piano dei principi democratici, si tratta di rendere veramente effettiva l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge e di accrescere la fiducia diffusa nella giustizia. E anche sul piano dell'efficienza del sistema giudiziario, si tratta di un fattore che può produrre effetti estremamente positivi.

Si può realizzare così una versione tecnologica di quella giustizia di prossimità di cui ha parlato il Presidente Laurindo.

L'uso avanzato delle tecnologie della informazione e della comunicazione può rivestire un ruolo chiave anche per dare attuazione concreta alle indicazioni scaturenti da alcune importanti sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo sugli obblighi di coordinamento tra uffici giudiziari in funzione della tutela dei diritti fondamentali (come, ad esempio, la sentenza del 15 dicembre 2009 nel caso *Maiorano e altri c. Italia*, relativa a un gravissimo caso di femminicidio, con la quale il dovere di adottare le appropriate misure con funzione preventiva di azioni criminose di terzi viene imposto all'apparato giudiziario e investigativo nel suo insieme, sulla base di una visione sistemica che si oppone ad ogni parcellizzazione atomistica delle sfere di competenza dei diversi organi).

È questo il quadro di idee e di valori su cui è oggi possibile costruire il futuro della lotta alla criminalità e della affermazione dei diritti, a livello interno come a livello internazionale, trasformando una crisi drammatica in una grande opportunità di rinnovamento delle nostre strutture giuridiche, sociali e culturali. Se «diffondere la speranza è il nostro compito» – come ha ricordato la Ministra della Giustizia Marta Cartabia nella sua dichiarazione nazionale in apertura del Congresso di Kyoto delle Nazioni Unite – allora non c'è dubbio che le fasi storiche più difficili sono quelle in cui un simile compito diviene più importante e fecondo.

Il metodo e i valori che insieme l'Italia e il Brasile hanno espresso nella lotta alla criminalità organizzata e nella tutela dei diritti dei più deboli costituiscono un grande fattore di speranza per tutti quei popoli e quelle persone che vogliono divenire protagonisti di un riscatto collettivo, di una nuova fase della loro Storia, libera dal peso opprimente di ogni forma di criminalità del potere.

Permettetemi quindi di esprimere un auspicio: che il metodo

espresso dal nostro convegno sia il punto di partenza per una serie di iniziative formative che diano continuità allo straordinario scambio di idee e di valori nel segno dell'innovazione che abbiamo qui sperimentato, per rispondere alle nuove sfide poste alla giustizia attraverso la duplice apertura alla società e all'orizzonte internazionale di cui parlava un grande giurista francese, André Tunc<sup>11</sup>.

Questa è sicuramente la via maestra per riattivare quella sinergia tra elaborazione scientifica, impegno giudiziario e passione civile che ha contrassegnato l'opera di giuristi come Cesare Beccaria, di avvocati come Piero Calamandrei, di magistrati come Giovanni Falcone, che continuano a rappresentare l'identità più autentica e più forte del mondo giuridico italiano agli occhi della comunità internazionale. Quella sinergia che abbiamo visto oggi nei bellissimi interventi degli amici e colleghi brasiliani.

<sup>11</sup> A. TUNC, *Sortir du néolithique (Recherche et enseignement dans les Facultés de droit)*, in *Recueil Dalloz de doctrine, de jurisprudence et de législation*, 1957, *Chroniques*, 71 ss.

DIRITTI UMANI:  
RICONOSCIMENTO NORMATIVO  
ED EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA



GUIDO CARLINO

CORTE DEI CONTI E TUTELA  
EFFETTIVA DEI DIRITTI UMANI

Sono davvero lieto di essere qui a Palermo, in un contesto scientifico di così alto spessore intellettuale, aperto al confronto tra accademici e operatori del diritto, che saluto cordialmente, giunti anche da oltre oceano, per ragionare insieme su temi che hanno costantemente interessato la dottrina e le Istituzioni, e tra queste la Corte dei conti, considerato il ruolo dell'Istituto inteso ad assicurare un uso congruo delle finanze pubbliche per la concreta realizzazione dei diritti dei cittadini.

Ruolo questo che, presentando molteplici affinità con le omologhe istituzioni di area latino-americana, induce a incoraggiare interazioni ormai consolidate nel tempo, che auspico sempre più intense.

L'attività di scambio culturale, anche a livello internazionale, e l'approccio di tipo comparato consentono di riflettere su analogie e differenze tra le realtà politico-sociali e giuridiche italiane e quelle degli altri Paesi e di affinare la sensibilità per le molteplici trasformazioni in atto e per il conseguente mutamento degli scenari che ineriscono all'esercizio delle funzioni delle Istituzioni superiori di controllo, permettendo una trasparente disamina di temi comuni fondamentali che richiedono approfondimenti e confronti.

L'ascolto di voci diverse riflette l'attitudine di saper cogliere le infinite sfumature presenti nel dibattito culturale contemporaneo, che è una peculiarità delle istituzioni accademiche come la LUMSA, che ci ospita in questa sede, nelle cui aule risuonano gli insegnamenti dei grandi valori umani e sociali non negoziabili, tra i quali la fraternità, l'eguaglianza e la solidarietà.

Valori questi che, unitamente alla responsabilità, devono contraddistinguere le Istituzioni al servizio del bene comune, come sottolineato in diverse occasioni dal nostro Presidente della Repubblica.

Sono convinto che stimolare la cultura della legalità e acquisire maggiore familiarità con le regole che governano l'uso che si fa delle ri-

sorse pubbliche possa aiutare a sviluppare una reale coscienza collettiva in un Paese democratico, che deve sentire il bisogno di ancorarsi a principi su cui costruire il vivere insieme, fondati su valori etici, quali onestà, senso del dovere, giustizia ed equità che, quando condivisi, sono più forti e tengono unita una comunità, capace di soddisfare i pubblici interessi, avendo riguardo alla dignità di ciascuno e all'armonia tra le diverse identità.

Desidero complimentarmi con i componenti del comitato organizzatore e di quello scientifico per l'ottima programmazione del convegno e in particolare con la Prof.ssa Maria Immordino, Presidente per l'Italia dell'Associazione italo-brasiliana dei professori di diritto amministrativo e costituzionale, e con il Segretario generale Cristiano Celone, che entrambi ringrazio per l'invito a partecipare a questa iniziativa, destinata ad ampliare gli orizzonti intellettuali e ad arricchire le relazioni con un Paese come il Brasile, il cui patrimonio culturale rispecchia una nazione straordinaria e aperta al mondo.

Tale consapevolezza, nell'ottica di potenziare le interazioni con organismi di controllo di varie parti del mondo, ha indotto la Corte dei conti italiana a promuovere fin dal secolo scorso, era il 1995, un progetto di cooperazione tecnico-scientifica con la Corte dei conti dello Stato del Paraná, per lo scambio di esperienze e conoscenze in materia di controllo esterno della pubblica amministrazione, in particolare nei settori della finanza, bilancio e patrimonio, estendendo in seguito il dialogo multilaterale anche alla lotta alla corruzione e alla trasparenza dell'azione pubblica, fino al recente ingresso dell'Istituto che presiedo nell'OLACEFS, l'Organizzazione che riunisce le Istituzioni Superiori di Controllo latino-americane e caraibiche.

Una ulteriore grande opportunità per condividere esperienze, discutere problemi e aspetti riguardanti l'attività delle Istituzioni Superiori di Controllo sarà resa possibile in occasione del XXIV Congresso mondiale delle Istituzioni Superiori di Controllo (INCOSAI), che si terrà a Rio de Janeiro il prossimo novembre e sarà presieduto dalla Corte dei conti federale brasiliana.

Ogni Istituzione superiore di controllo mira a fornire un servizio di rilevanza sociale laddove garantisce con le proprie funzioni di controllo e giurisdizionali, svolte in sinergia, che il denaro pagato dalla popolazione con le tasse sia ben speso, in modo trasparente, efficiente e re-

sponsabile, nel rispetto sia della legalità che dell'etica, e ritorni alla comunità attraverso l'erogazione di servizi necessari ai bisogni da soddisfare e prestazioni di qualità.

La buona gestione delle risorse pubbliche, infatti, come ho già detto, è un fattore determinante per far sì che i diritti garantiti a livello costituzionale si realizzino in concreto. La qualifica di diritti "fondamentali", diritti umani che sono universali perché appartengono a tutti, viene attribuita in ragione dell'importanza che il bene giuridico assume per la collettività e per l'individuo, nell'ottica della conduzione di un'esistenza degna.

L'attività di controllo e giurisdizionale della Corte dei conti italiana, così come di quella brasiliana, è pertanto legata in modo indissolubile al concetto di effettività della tutela dei diritti, il cui percorso tra fonti normative e interpretazione giurisprudenziale sarà tracciato dalla Prof.ssa Maria Alessandra Sandulli, dell'Università degli Studi Roma Tre, che ringraziamo fin d'ora.

L'effettività dei diritti dei cittadini è garantita anche dalla realizzazione del giusto processo, da celebrare in termini ragionevoli, che conceda all'accusato il tempo necessario per poter approntare la propria difesa e assicuri il diritto al contraddittorio fra le parti, il diritto alla parità tra accusa e difesa davanti a un giudice indipendente e imparziale, come ascolteremo dal Prof. Daniele Marrama dell'Università di Napoli, Federico II e dal Dott. Pasquale Pantalone dell'Università degli Studi di Milano.

In questa complessa fase storica di transizione politica, sociale ed economica sulla via dello sviluppo sostenibile, nuovi percorsi di ricerca e di applicazione nella vita quotidiana per la salvaguardia e la concreta realizzazione dei diritti fondamentali, tra cui quelli alla salute e all'uguaglianza di genere, verranno focalizzati dal Giudice Ausiliario della Presidenza del Tribunale di Giustizia del Paraná, Anderson Fogaça e dal Giudice del Tribunale di Giustizia del Paraná, Carolina Vieira.

D'altra parte, il diritto alla salute deve essere bilanciato con il principio della regolarità dei conti pubblici, entrambi diritti costituzionalmente protetti.

Lo Stato, infatti, deve mirare ad avere i conti in ordine per potersi "permettere" di spendere nei settori di rilievo sociale.

Il rispetto della regolarità finanziaria è, perciò, anche funzionale alla continuità dell'impegno dello Stato nel settore sanitario.

Un approfondimento in ordine agli strumenti simultanei di controllo esterno e monitoraggio gestionale per l'ottimizzazione delle politiche di tutela dei diritti umani e di salute pubblica, settore fragile e strategico anche alla luce di quanto sperimentato e sofferto durante la pandemia, ci verrà offerto dall'Avv. Flávio Berti, Procuratore della Corte dei conti del Paraná, che, vi ricordo, è venuta alla luce nel 1947, circa un anno prima delle Sezioni della Corte dei conti per la Regione siciliana.

La via della legalità e dei controlli rigorosamente neutrali e disinteressati della Corte dei conti in Italia e in Brasile, rivolti all'uso corretto delle risorse pubbliche e alla regolare gestione delle attività amministrative e dei servizi resi ai cittadini, secondo criteri di efficacia, efficienza ed economicità, è un bene primario indispensabile per assicurare alle comunità il "diritto a una buona amministrazione" e conduce al soddisfacimento dell'interesse pubblico e delle reali esigenze della società.

L'azione di controllo si rivela, pertanto, uno strumento di effettiva tutela dei diritti fondamentali, in quanto, nel vigilare sull'operato delle amministrazioni, tende a inibire deviazioni delle attività che possano vanificare la realizzazione dei diritti fondamentali dei cittadini.

Al controllo preventivo e successivo della Corte dei conti si affianca anche l'esercizio di un controllo concomitante, che va svolto su gestioni in corso e non concluse, quando è ancora possibile implementare misure correttive per reindirizzare l'azione amministrativa, che siano tali da evitare, tra l'altro, gravi irregolarità gestionali o situazioni potenzialmente illegittime o pregiudizievoli e consentano di evidenziare rilevanti ritardi nella realizzazione di piani e programmi.

I risultati delle verifiche effettuate sui conti pubblici sono portati a conoscenza della comunità con relazioni periodiche agli organi di rappresentanza, principali luoghi di confronto delle istanze dei cittadini, nell'esercizio della specifica funzione ausiliaria verso le assemblee rappresentative, per rispondere sia all'interesse della informazione completa e certa sui conti della finanza pubblica resi dagli esecutivi, sia all'interesse delle amministrazioni a vedere riconosciuta la correttezza della propria azione nel rispetto dei canoni di buona e sana gestione.

In ossequio alle sollecitazioni delle comunità, la Corte dei conti è sempre pronta ad adeguare e a riorientare i propri sistemi di controllo

per migliorare le modalità di affiancamento delle amministrazioni nel corso della gestione delle risorse. A tal fine, è disponibile al dialogo e al confronto con le altre istituzioni, anche internazionali.

Diamo inizio alla sessione di questo pomeriggio, le cui conclusioni sono affidate a uno dei massimi esponenti della scienza costituzionale italiana, il Professore emerito dell'Università degli Studi di Messina, Antonio Ruggeri, che ringraziamo per la sua disponibilità.



MARIA ALESSANDRA SANDULLI

EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA TRA FONTI NORMATIVE  
E INTERPRETAZIONE GIURISPRUDENZIALE\*

Gli eventi naturali, sociali, politici ed economici con i quali siamo stati e saremo purtroppo costretti nel prossimo futuro a confrontarci impongono, oggi più che mai, un'attenta riflessione sui diritti fondamentali e un forte impegno per assicurarne la massima garanzia.

Il primo diritto dell'uomo è, innegabilmente, come ci ricorda il primo articolo della Dichiarazione dei diritti dell'uomo, quello a una "vita dignitosa", il che implica, tradizionalmente, innanzitutto, oltre alle garanzie dei diritti di libertà personale, il diritto a livelli minimi di assistenza sociale e sanitaria, il diritto a un lavoro adeguatamente retribuito e, correlativamente, a una formazione adeguata, ma anche – e il tema ci è drammaticamente tornato vicino in questi ultimi mesi – il diritto alla tutela della pace tra le Nazioni e al rispetto dei limiti internazionali in caso di conflitti bellici.

La nostra era è peraltro esposta a un'altra gravissima emergenza globale, che, anche senza pensare alle armi nucleari o chimiche, vede sempre più drammaticamente fondato il rischio di una prossima estinzione della nostra specie. Ne abbiamo avuto forti segnali con l'epidemia da SARS-Covid 19, ma ne abbiamo sempre più evidenti conferme con i fenomeni climatici che stanno rapidamente trascinando il nostro pianeta in una situazione diffusa di siccità, premessa per inevitabili fenomeni di carestia. Se non riusciamo a intervenire in modo concreto per invertire – o quanto meno fermare – questa agghiacciante e inesorabile tendenza, il rapporto tra la popolazione mondiale – in crescita – e le aree produttive diventerà purtroppo insostenibile già per i nostri nipoti, se non addirittura per i nostri figli.

Tutti noi abbiamo quindi prima di ogni altra cosa il dovere di ado-

\* Il testo non è aggiornato.

perarci per combattere questi fenomeni e pretendere dai nostri governanti la sollecita adozione di ogni possibile misura per impedire un massacro collettivo che è purtroppo una realtà molto prossima.

Non abbiamo più tempo per rinviare e per delegare.

Per questa ragione ho creduto opportuno svolgere questa breve premessa al mio intervento, che toccherà invece un tema apparentemente collaterale, ma strettamente strumentale alla tutela di tutti i diritti umani: l'effettività della tutela giurisdizionale nei confronti del potere pubblico.

Emmanuel Kant, nel suo "Principi metafisici della dottrina del diritto", significativamente scriveva che "se la giustizia scompare, non ha più valore la vita degli uomini sulla terra".

La tutela della salute, dell'ambiente, della sicurezza e a ben vedere di ogni diritto umano, richiede infatti interventi e controlli pubblici, che, per non indulgere in arbitrio, devono essere a loro volta regolati e controllati. A tali fini, secondo il nostro ordinamento costituzionale democratico, i poteri pubblici devono perciò, imprescindibilmente, essere configurati, indirizzati e – più o meno dettagliatamente – definiti da regole generali e astratte, direttamente espresse o comunque riconducibili – attraverso gli strumenti della legge delega o della conversione in legge dei decreti assunti in via d'urgenza dal Governo – agli organi direttamente rappresentativi della volontà popolare: Parlamento, Consigli regionali e Consigli delle Province autonome di Trento e di Bolzano.

Il pluralismo delle fonti normative, interne e sovranazionali, e la crisi della politica, che ha peraltro visto sempre più spesso di fatto esautorare il Parlamento da un effettivo potere di controllo sul Governo, hanno però progressivamente determinato una situazione di grave incertezza del quadro regolatorio di riferimento, che ha dato adito a una crescente espansione del cd "diritto giurisprudenziale", vedendolo gradatamente rafforzare fino a travalicare i limiti della interpretazione per trasmodare in interventi di vera e propria "creazione" di regole non soltanto ignote al sistema, ma addirittura in diversi casi chiaramente contrarie al dettato legislativo.

La questione, sulla quale ho più volte richiamato l'attenzione in appositi scritti e convegni, segnalando i rischi di un sistema regolatorio istituzionalmente "imprevedibile", è stata recentemente riproposta - in termini generali e con riferimento alle varie branche del diritto – in un

interessante convegno organizzato in collaborazione dalla mia Università e dal Consiglio di Stato il 20 aprile scorso, i cui atti sono liberamente accessibili su *Youtube* all'indirizzo reperibile sul sito della giustizia amministrativa. L'incontro, dedicato ai c.d. "materiali della legge", ha specificamente approfondito il tema del ruolo della giurisprudenza nella creazione delle *regulae iuris*.

Nel diritto amministrativo il tema assume, come anticipato, contorni particolarmente delicati e complessi.

Il pluralismo normativo che caratterizza l'esercizio del potere amministrativo – fortemente condizionato anche dal diritto dell'Unione europea e disciplinato anche da fonti regionali e locali, con conseguenti complessi intrecci dei criteri di prevalenza, determinati da competenze, livelli di gerarchia, ordini cronologici e di specialità – moltiplica a dismisura le interpretazioni possibili, indebolisce la certezza delle regole e rende drammaticamente difficile reperire la soluzione corretta.

Il doppio ruolo del Consiglio di Stato – organo di vertice della nostra magistratura amministrativa e consulente del Governo – e la "familiarità" di molti magistrati amministrativi con l'esercizio della funzione legislativa (attraverso gli alti incarichi che ricoprono negli uffici dei vari ministeri, regioni ed enti locali) favoriscono sotto altro profilo una naturale tendenza dei giudici amministrativi a "rielaborare" i testi di legge in direzioni a loro avviso più convincenti od opportune, ancorché non necessariamente coerenti con la volontà dei loro redattori e con l'intento riformatore declamato attraverso i media e, talvolta, con la stessa lettera delle disposizioni.

Per dare più agevole evidenza del fenomeno ai nostri ospiti brasiliani è utile fare alcuni esempi concreti. Tra i più eclatanti sicuramente quello per cui, nonostante il nostro codice del processo amministrativo espressamente disponga che il decreto cautelare monocratico "non è impugnabile", alcuni Presidenti di Sezione del Consiglio di Stato ne hanno ammesso l'appello a tutela dei diritti fondamentali. La nuova "regola" – coniata, in contrasto con quella codicistica, attraverso il diretto richiamo alla Costituzione – se pure è in sé sicuramente apprezzabile, introduce una sorta di sindacato diffuso di costituzionalità che allo stato l'ordinamento vuole assolutamente precluso ai giudici comuni, tra cui rientrano quelli amministrativi, i quali, al più, possono individuare, se il dato testuale consente più interpretazioni possibili, quella più coe-

rente alla Costituzione, ma mai costruire in via autonoma una regola *contra legem*. Un altro esempio è dato da una recente giurisprudenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, sorprendentemente avallata dalla Corte costituzionale, che – per correggere una disposizione del codice processuale amministrativo (art. 120) che ancora lega il termine di impugnazione dell'aggiudicazione dei contratti pubblici a una “comunicazione” prevista dal codice degli appalti pubblici del 2006, che è stata però abrogata dal codice contrattuale del 2016 e non trova preciso corrispondente nel quadro da questo disegnato –, ha – erroneamente – introdotto nel sistema un inesistente termine di presentazione dell'istanza di accesso agli atti (totalmente ignoto al vigente codice contrattuale) e, per l'effetto, ha introdotto una causa di decadenza dall'impugnazione che non trova alcun fondamento normativo(!).

Analoghi fenomeni di creazione normativa in danno dell'amministrato si riscontrano con riferimento alle norme sulle c.d. misure di semplificazione amministrativa: silenzio assenso, segnalazione certificata di inizio di attività e, più in generale, autodichiarazioni sostitutive di certificazioni. I magistrati, stante il loro connaturale senso di giustizia sostanziale, tendenzialmente non accettano l'idea che un'attività *contra legem* possa essere indisturbatamente espletata solo perché gli organi deputati al controllo amministrativo non sono intervenuti a bloccarla nei termini perentori stabiliti dalla legge per il loro esercizio e, dunque, sostituendosi indebitamente a un legislatore di cui non approvano le scelte, ritengono di potere – e addirittura dovere – autonomamente “raddrizzare” le sue norme, cercando ogni possibile modo per “anestetizzarle”<sup>1</sup>.

È evidente come, al di là della maggiore o minore “preferibilità” della linea giurisprudenziale sul piano dell'astratta giustizia o ragionevolezza, tale *modus operandi* sia fonte di grave instabilità e si traduca in una inaccettabile lesione dei principi di certezza giuridica e, per l'effetto, dello stesso principio fondamentale di effettività della tutela contro l'illegittimo esercizio del potere pubblico.

<sup>1</sup> Cfr. la sentenza Cons. Stato, sez. VI, 15 marzo 2021, n. 2207, con nota di V. SORDI, *La concessione della Certosa di Trisulti al Dignitatis Humanae Institute. Autotutela e “anestetizzazione” del termine per provvedere*, in *Giustizia insieme*, 11 maggio 2021.

Perché la legittimità dell'azione amministrativa va misurata alla stregua delle regole generali e astratte previamente fissate dal legislatore (o dagli altri soggetti deputati dall'ordinamento all'esercizio del potere normativo) e debitamente rese note nelle forme e con le modalità proprie delle fonti normative. E non può essere desunta da regole di volta in volta coniate, sia pure sulla base di astratti canoni di ragionevolezza, dai giudici comuni, per effetto di una indebita trasformazione del loro, pur ampio, potere-dovere di interpretazione in un potere-dovere di supplenza o di rivisitazione legislativa, inconciliabile con il nostro ordinamento costituzionale.

Come ho già altre volte osservato, la supplenza dei giudici amministrativi è vieppiù criticabile in quanto essi, per le posizioni che occupano negli uffici legislativi, avrebbero maggiori possibilità di incidere direttamente sul quadro normativo.

Se è vero che il concetto di certezza giuridica<sup>2</sup> non è più esclusivamente ancorato, secondo la teorizzazione illuministica, alla corretta formulazione della legge, ma inevitabilmente comprende, come testimonianza della sua perdurante valenza o della sua necessaria evoluzione, la dimensione giudiziaria<sup>3</sup>, la dissoluzione del primato della legge scritta sugli atti che devono darvi attuazione o farne applicazione non è accettabile, perché “*il legame fra imparzialità e legalità, e quindi fra imparzialità e democraticità tramite appunto la legalità, implica naturalmente che quest'ultima venga assunta nel suo valore sostanziale, venga intesa cioè nell'unico senso idoneo a consentire l'adeguarsi dell'amministrazione all'indirizzo posto, attraverso la legge, dall'organo direttamente rappresentativo della comunità popolare*”<sup>4</sup> e perché “*nel sistema delle fonti del di-*

<sup>2</sup> La letteratura in materia è evidentemente sterminata. Si richiamano, pertanto, solo le principali voci enciclopediche, M. CORSALE, voce *Certezza del diritto*. I) *Profili teorici*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VI, 1988, 5; J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, 2013, 248 e gli atti dei Convegni annuali AIPDA su “*Incertezza delle regole*” (Napoli 2014) e “*Il sistema delle fonti nel diritto amministrativo in Italia*” (Padova 2015), rispettivamente in *Annuario AIPDA*, Napoli, 2015 e 2016.

<sup>3</sup> Per tutti, sempre, V. MARINELLI, voce *Precedente giudiziario*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, 2002, 890; L. MENGONI, *Diritto vivente*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, VI, 1990, 445 ss.

<sup>4</sup> L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, Cedam, Padova, 1974, 132 ss.

*ritto la legge è sovraordinata alla giurisprudenza anche allo scopo di garantire l'uniformità e la certezza delle regole di comportamento, sottraendole alle ondivaghe opinioni e tendenze interpretative*"<sup>5</sup>.

Il problema è avvertito dagli stessi giudici. Mi piace ricordare in questa sede che, con tre ordinanze gemelle del 29 giugno 2018, il CGA per la regione siciliana aveva rimesso alla Corte costituzionale la questione di l.c. dell'art. 3, co. 3, della legge regionale 11 agosto 2016, n. 17 (recante *inter alia* "Disposizioni in materia di elezione del sindaco e del consiglio comunale e di cessazione degli organi comunali"), laddove stabilisce che "Le disposizioni del presente articolo si applicano anche per l'elezione dei consigli circoscrizionali", in riferimento agli artt. 3 e 101, co. 2, Cost., per ciò che, per la sua imprecisione e vaghezza, contrasta col principio di ragionevolezza e con la soggezione del giudice alla legge, evocando l'immagine del "gregge privo di pastore" prospettata dalla Consulta nella sentenza n. 204 del 1982. La Corte costituzionale ha però dichiarato la manifesta inammissibilità delle questioni sollevate, ritenendo che la scarsa comprensibilità della disposizione oggetto di censura non fosse conseguenza della sua irragionevolezza e non intelleggibilità, ma frutto del mancato ricorso a un'interpretazione in chiave sistematica della stessa che consentiva di superare il denunciato contrasto tra le diverse disposizioni<sup>6</sup>.

Significativamente, anche l'Adunanza plenaria, nella sentenza n. 4 del 2018, con riferimento alla possibilità di dedurre dal sistema una regola di immediata impugnabilità delle clausole del bando di gara prive

Sulla crisi di identità del principio di legalità v. invece anche M. VOGLIOTTI, voce *Legalità*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. VI, 2013, 402, che propone una moderna categoria di legalità "ibrida", non più "pura", prevalente rispetto a quella democratica.

<sup>5</sup> Cass. civ., sez. III, 22 marzo 2011 n. 6514.

<sup>6</sup> Ordinanza 151/2019, nel senso che il contrasto tra l'art. 3, comma 3, della legge reg. siciliana n. 17 del 2016 e l'art. 4-ter, comma 1, della legge reg. siciliana n. 35 del 1997, in ragione del rinvio da parte di quest'ultimo ai soli commi 1, 2, 4, 5 e 7 del precedente art. 4, rinvio rimasto immutato in seguito all'inserimento nell'art. 4 del comma 3-ter è solo apparente, tenuto conto che, come osservato dal giudice di primo grado, sussiste un nesso di presupposizione logica tra il comma 3-ter e il comma 7 dell'art. 4, anche perché, altrimenti argomentando, non vi sarebbe alcuna regola chiara su come individuare il seggio da attribuire al candidato Presidente non eletto maggiormente votato.

di effetti immediatamente lesivi, ebbe a precisare che, in assenza di chiare disposizioni in tal senso, anche laddove “*venissero ravvisati così imperiosi motivi per ritenere che l’obbligo di impugnazione immediata delle prescrizioni non escludenti del bando si imponga, ciò probabilmente non potrebbe avvenire in via ermeneutica, ma dovrebbe passare per il vaglio della Corte costituzionale sulla compatibilità (rispetto ai precetti di cui agli articoli 24 e 97 della Costituzione) dell’ inciso del comma 5 dell’art. 120 [cpa] “autonomamente lesivi”.*”

Le pronunce appena richiamate confermano i rischi cui inevitabilmente espone il creazionismo giurisprudenziale: pur sforzandosi di raggiungere e rispettare indirizzi univoci, la giurisprudenza evidentemente offre, soprattutto in un quadro normativo incerto e contraddittorio, soluzioni interpretative spesso eterogenee<sup>7</sup>, dettate dalla inevitabile difficoltà di coniare proprie “regole generali” in sede di risoluzione di controversie necessariamente legate alle peculiarità del caso concreto<sup>8</sup> e, come visto, finisce talvolta persino per contrapporre la “propria” regola a quella tracciata dal legislatore. Il problema si aggrava quando si consideri la valenza retroattiva che, come mera “interpretazione”, viene riconosciuta alla regola giurisprudenziale<sup>9</sup>, pur parzialmente temperata

<sup>7</sup> Fortemente critico sull’effetto di incertezza derivante dalle eccessive oscillazioni giurisprudenziali, F. SAITTA, *Valore del precedente giudiziale e certezza del diritto nel processo amministrativo del terzo millennio*, in *Dir. amm.*, 2005, 651, che parla al riguardo di “*sfrenata fantasia dell’interpretazione giuridica*”.

<sup>8</sup> F. PATRONI GRIFFI, *Usi e consuetudini giudiziari e diritto giurisprudenziale*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2017, ha in quest’ottica giustamente ricordato l’importanza di favorire meccanismi che rafforzino l’uniformità di interpretazione delle Corti superiori, osservando che non è accettabile che casi identici siano decisi in maniera difforme e che “*quello che per il giudice è sacrosanta autonomia di giudizio, per il cittadino corre il rischio di apparire schizofrenia*”. Pur riconoscendo che “*nel nostro ordinamento non esiste il valore vincolante del precedente*”, egli ammette pertanto “*forme di rafforzamento della funzione nomofilattica*” (anche attraverso strumenti diretti a “*incentivare l’adeguamento al precedente per esempio prevedendo una motivazione semplificata delle sentenze con riferimento ai precedenti conformi*”) e “*la fissazione al giudice di criteri rigidi per discostarsene*”.

<sup>9</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 28 agosto 2017, n. 4077, ricordando che “*In un sistema di diritto scritto e non giurisprudenziale, il giudice dice e non pone il diritto*”. Il problema è molto ben evidenziato dalla III Sezione civile della Corte di Cassazione nell’ord. 22 marzo 2011 n. 6154, rilevando come vada “*tenuto presente che, mentre una legge che*

dal c.d. *prospective overruling*, riconosciuto dalla Corte di cassazione soltanto in ambito processuale<sup>10</sup>, ma per il quale l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato sembra mostrare maggiore sensibilità (cfr. le sentenze n. 4 del 2015 e n. 13 del 2017).

Il tema è della massima rilevanza, in quanto non vi è dubbio che, come ben sottolineato dalla stessa Corte di cassazione, “il principio per cui il giusto processo deve essere regolato dalla legge richiede e presuppone che il privato abbia il diritto di sapere con certezza quali siano le regole in vigore nel momento in cui agisce, siano esse legali o giurisprudenziali”<sup>11</sup>.

Pur riconoscendo l'importanza e l'utilità della funzione di nomofilachia<sup>12</sup>, riconosciuta sin dal 1941 (art. 65 r.d. n. 12) alla Corte di cassa-

*innovi al diritto preesistente contiene normalmente anche le norme transitorie e la disciplina dei rapporti in corso – e, se non le contiene, è comunque soggetta ai principi generali in materia (art. 10 e 11 delle preleggi, art. 25 Cost., ecc.) – una nuova regola giurisprudenziale nasce del tutto scollegata dai problemi di diritto intertemporale, pur venendo di fatto a rivestire, nella formazione del diritto vivente e concretamente applicato, una rilevanza spesso non inferiore a quella della legge” e che “La mancata, espressa previsione e disciplina del problema si ricollega al principio generale per cui le regole di origine giurisprudenziale, non avendo forza di legge, non possono formalmente vincolare le parti o gli interpreti, quindi possono essere disattese in qualunque momento, precedente o successivo alla loro formulazione”. In dottrina, per tutti R. RORDORF, *Nomofilachia e motivazione*, in *Libro dell'anno del diritto*, Treccani, Roma, 2012, 661. Per un parallelismo tra giurisprudenza creativa e disposizione di legge, sotto il profilo della valenza temporale, E. STICCHI DAMIANI, *Efficacia nel tempo delle pronunce nomofilattiche dell'Adunanza Plenaria*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 4, 1143 ss.*

<sup>10</sup> Cfr. la nota sentenza Sez. Un. n. 15144 del 2011 e l'ampia attenzione dedicata dalla dottrina processualciviltistica al tema dell'*overruling* giurisprudenziale negli anni 2011 e 2012, con importanti contributi (cfr. per tutti, tra gli altri, di C.M. BARONE, R. CAPONI, G. COSTANTINO, D. DALFINO, A. PROTO PISANI, G. RUFFINI, G. SCARSELLI E G. VERDE), leggibili soprattutto sulla *Rivista di diritto processuale*. Al principio si affianca quello del cd *anticipatory overruling*, che consente al giudice di rango inferiore di non seguire l'orientamento dell'organo di nomofilachia quando appaia ragionevolmente certo che questo non lo seguirà più. Di nuovo, il criterio della “ragionevole certezza” è però ben lontano dall'offrire le garanzie tipiche della legalità.

<sup>11</sup> Ord. n. 6154/2011 cit.

<sup>12</sup> Il lemma deriva dal greco “nomofilace”, cui sembra fosse attribuito il compito di custodire il testo ufficiale della legge. La bibliografia sulla nomofilachia è, a partire da P. CALAMANDREI (*Opere giuridiche. VII. La Cassazione civile*, Morano, Napoli, 1965), am-

zione (quale giudice “distaccato” dal fatto) ed estesa nel 2010 (art. 99 c.p.a.) all’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, per assicurare una maggiore uniformità dell’interpretazione giurisprudenziale, non si può dunque ritenere che essa possa sostituire – neppure soltanto in termini di certezza e di prevedibilità – la garanzia data dalla legalità.

I problemi posti dal diritto giurisprudenziale sono aggravati dal fatto che, anche per effetto di improvvise sollecitazioni del legislatore<sup>13</sup>, le controversie amministrative, a prescindere dalla rilevanza e complessità delle questioni sollevate, vengono sempre più spesso decise in forma “semplificata”, mediante il semplicistico e superficiale richiamo a pre-

plissima. Senza alcuna pretesa di esaustività, si richiamano *ex multis*, oltre agli AA. già citati, C. CONSOLO, *La funzione nomofilattica della Corte di Cassazione, tra nuove (auspicabili) prospettive e (gravi) rischi di deriva dallo ius litigatoris*, in *Rass. for.*, 2014, 3-4, 621 ss.; G.P. CIRILLO, *La nozione di nomofilachia*, in *Giur. Amm.*, 2012, 4, 253 ss.; A. PAJNO, *Nomofilachia e giustizia amministrativa*, in *Rass. for.* 2014, 3-4, 641 e ss., G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Dir. pubbl.*, 2017, 1, 21 ss.; A. BARONE, *The european “nomofilachia” network*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, 2, 315 ss.; G. LAMBERTI, *Stare decisis, nomofilachia e supremazia nel diritto amministrativo*, in *Giur. it.*, 2013, 4, 976 ss.; F. LIGUORI, *La funzione nomofilattica nell’età dell’incertezza*, in *Dir. e proc. amm.*, 2017, 2, 587 ss.; A. MASUCCI, *Nomofilachia ed accesso al giudice di cassazione nei processi amministrativi. Le esperienze tedesca, francese e spagnola*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 693 ss.; S. MAZZAMUTO, *Certezza e prevedibilità: nuove frontiere della nomofilachia e tentativi di enforcement del precedente*, in *Pol. dir.*, 2003, 2, 157 ss.; S. OGGIANU, *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica. L’adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, Cedam, Padova, 2011; Id., *Profili della funzione nomofilattica del Consiglio di Stato nel nuovo codice del processo amministrativo (Art. 99, co. 3) e nella più recente giurisprudenza amministrativa (Ad. Pl., 25 febbraio 2011, nn. 912-917)*, in *Dir. e proc. amm.*, 2011, 4, 1043 ss.; G. PESCE, *L’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e il vincolo del precedente*, ES, Napoli, 2012; L. ROVELLI, *La nomofilachia è la funzione istituzionale della Cassazione*, in *Rass. for.*, 2014, 3-4, 659 ss.; nonché i contributi in E. FOLLIERI E A. BARONE (a cura di), *I principi vincolanti dell’adunanza plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo*, Cedam, Padova, 2015 e, da ultimo, A. DE SIANO, *Il potere nomofilattico fra legislazione e giurisprudenza*, in *Precedente giudiziario e decisioni della P.A.*, *Quaderni di Diritto e processo amministrativo*, 27, ESI, 2018.

<sup>13</sup> In tal senso in particolare l’art. 120 c.p.a. per le controversie relative alle procedure di affidamento dei contratti pubblici. Si consenta, per alcune considerazioni critiche, il rinvio a M.A. SANDULLI, *Il tempo del processo come bene della vita*, Relazione al Convegno di Studi amministrativi di Varenna 2014, in *Federalismi.it*, n. 18, 2014.

sunti “precedenti” o c.d. “sentenze pilota”, che, a un più attento esame, si rivelano però resi su fattispecie e/o su domande e censure oggettivamente diverse<sup>14</sup> (sicché il giudice, in luogo di prenderle indebitamente a modello, dovrebbe piuttosto seguire la logica che anche i sistemi di *common law* definiscono del “*distinguishing*”<sup>15</sup>).

Le riferite considerazioni inducono dunque a guardare con grande disfavore la tendenza a valorizzare qualsiasi “precedente”, anche non

<sup>14</sup> Sul tema, più ampiamente, V. MANES, Relazione al Convegno organizzato dal CNF e dalla Scuola Superiore dell’Avvocatura il 13 ottobre 2017 sul valore del precedente, nel senso che “*alle parole non si può torcere il collo: ogni fattispecie ha un carapace semantico che nessuna interpretazione può perforare*”; M.A. SANDULLI *Principi e regole dell’azione amministrativa. Riflessioni sul rapporto tra diritto scritto e realtà giurisprudenziale*, cit. e AA. ivi richiamati; S. SICA, *Il valore del precedente: attuale dimensione del diritto “vivente”*, in *Federalismi.it*, 18, 2018, nonché, più recentemente, A. DE SIANO, *Precedente giudiziario e decisioni della P.A.*, cit. (anche per una completa rassegna bibliografica, alla quale si rinvia, non senza richiamare i fondamentali lavori di G. GORLA, *Introduzione alla Raccolta di saggi sull’interpretazione e sul valore del precedente giudiziale in Italia*, in *Quaderni de “Il Foro italiano”*, 1966, 8 ss.; voce *Precedente giudiziale in Italia*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXIII, 1990; *Postilla su “l’uniforme interpretazione della legge e i tribunali supremi”*, in *Foro it.*, 1976, 5, 127 ss.; M. TARUFFO, *Dimensioni del precedente giudiziario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1993, 411 ss.; Id., *Precedente e giurisprudenza*, Napoli, 2007; P. CHIASSONI, *Il precedente giudiziale: tra esercizi di disincento*, in P. COMANDUCCI e R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto*, 2004, 75 ss.; V. MARINELLI, *Precedente giudiziario*, cit.; A. PIZZORUSSO, voce *Certezza del diritto. III) Profili applicativi*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VIII, 1988; U. MATTEI, *Il diritto giurisprudenziale globalizzato e il progetto imperiale. Qualche spunto*, in *Pol. dir.*, 2005, 1, 85 ss.; Id., voce *Precedente giudiziario e stare decisis*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. XIV, 1996, 148 ss.) e le Relazioni e gli Interventi di A. TRAVI, G. SEVERINI, A. LAMORGESE, F.G. SCOCA e C. ZUCHELLI alle già richiamate Giornate di Studio sulla giustizia amministrativa, svolte a Modanella l’8-9 giugno 2018.

<sup>15</sup> Cfr. R. MANDELLI, *La determinazione e l’applicazione della ratio decidendi del precedente giudiziale nella Common Law*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 319 ss., il quale osserva che l’individuazione e l’applicazione di tale *ratio decidendi* richiede tre “operazioni”: la prima consiste nel “*reasoning by analogy*” o “*reasoning from case by case*”, ossia in una serie di giudizi sul possibile distinguo (razionale) tra i fatti del presunto precedente e quelli del caso attenzionato dal giudice e l’influenza di un’eventuale diversità ai fini di un diverso trattamento giuridico; la seconda nel dimostrare l’eventuale diversità oggettiva tra le due fattispecie, tramite la tecnica del “*distinguishing*”; e la terza nell’applicare la *ratio decidendi* ai fatti di causa.

nomofilattico<sup>16</sup>, giustificando, attraverso il richiamo a decisioni previamente assunte da giudici di pari livello, o addirittura a meri *obiter dicta*<sup>17</sup>, (dichiaratamente utilizzati per indirizzare le autorità amministrative al di là della decisione del caso concreto), la deroga all'obbligo di dare alle parti – e alla collettività – una chiara e convincente motivazione delle ragioni che hanno portato a una determinata soluzione della controversia<sup>18</sup>, nonché la possibilità che, come previsto dall'art. 360-bis c.p.c., il potenziale contrasto con le decisioni dell'organo di nomofilachia precluda l'accesso al giudice naturale della controversia<sup>19</sup>.

Il tema del valore del precedente assume contorni vieppiù delicati nel processo amministrativo, che ha normalmente a oggetto l'esercizio di poteri negativamente incidenti su posizioni giuridiche soggettive, e la motivazione con richiamo al precedente è vieppiù pericolosa soprattutto con riferimento alle controversie relative a misure afflittive o, più in generale, a quelle la cui soluzione non può prescindere da un'attenta

<sup>16</sup> Si veda in argomento E. PICOZZA, *Il processo amministrativo*, Milano, 2009, 636, “*la norma non specifica se sia sufficiente un precedente consolidato del Tar competente, ovvero se si debba trattare di un precedente sufficientemente consolidato dell'intera giurisprudenza e quindi preferibilmente oggetto di una pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato che possiede la c.d. funzione nomofilattica. Tale seconda soluzione appare da preferire in nome del principio di effettività della tutela giurisdizionale e della applicazione delle regole del giusto processo*”).

<sup>17</sup> Sul valore degli *obiter dicta* come “indirizzi” alle pp.AA. cfr. l'Introduzione del Presidente Frattini al richiamato Incontro di studio sui “materiali della legge” svoltosi presso il Consiglio di Stato il 20 aprile scorso.

<sup>18</sup> Cfr. la Comunicazione di G. PANZIRONI alle richiamate Giornate di studio sulla giustizia amministrativa 2018.

<sup>19</sup> La disposizione è ancora più grave nella lettura datane dal “Documento programmatico sulla sesta sezione civile” inserito sul sito della Corte di Cassazione il 1° giugno 2016, in cui, richiamato il compito di tale “sezione filtro” di “*decidere, con la massima rapidità possibile, un numero di ricorsi tali da consentire alle sezioni ordinarie di svolgere esclusivamente l'attività nomofilattica propria della Corte*”, (i) le si chiede di elevare la percentuale dei ricorsi ritenuti inammissibili (attualmente un terzo) e (ii) si afferma che l'inammissibilità non è legata a una giurisprudenza consolidata e deve essere quindi disposta (sempre dalla stessa sezione e in camera di consiglio) anche quando vi sia “*una sola sentenza se ritenuta convincente*” [dalla stessa sezione speciale sollecitata ad operare, in camera di consiglio, il massimo filtro possibile nel minimo tempo possibile!].

valutazione dell'elemento soggettivo dell'amministrato, nelle quali il precedente ha, se mai, ragione di operare soltanto *in bonam partem*, a tutela dell'amministrato contro l'applicazione retroattiva di eventuali "principi di diritto" innovativamente enunciati in senso a lui sfavorevole<sup>20</sup>.

Come sottolineato in altre occasioni, per le ragioni fin qui esposte, e *in primis* per la più volte sottolineata rilevanza del "fatto" (sostanziale e processuale), il giudice non può evidentemente "appiattirsi" sulla decisione assunta da un diverso (ma anche dallo stesso) giudice in un'altra controversia (e dunque su un diverso fatto e su diverse prospettazioni difensive), assurda per mera "ventura" di anteriorità temporale a un ruolo indebitamente sovraordinato<sup>21</sup>, che dovrebbe esonerare il giudice, che (per la stessa "ventura") si esprima in un momento successivo, dal dovere generale di approfondire, dimostrandolo con una "propria" motivazione, le stesse o altre censure e/o semplicemente gli stessi o i nuovi argomenti addotti per sostenerle<sup>22</sup>.

La garanzia di effettività della tutela e di "giustizia nell'amministrazione" (e, dunque, di "buona amministrazione") risulta evidentemente e inaccettabilmente ridotta<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> A tale proposito merita peraltro segnalare l'ordinanza 12 aprile 2022 n. 467, con la quale il Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana ha rimesso all'Adunanza Plenaria la questione della estensibilità del valore nomofilattico a parti di testo ulteriori alla mera enunciazione del principio di diritto.

<sup>21</sup> E. FOLLIERI, *Nomofilachia e certezza del diritto con particolare riferimento al Consiglio di Stato*, in *Ars interpretandi*, 2015, 2,113.

<sup>22</sup> In linea teorica, il nostro sistema processuale amministrativo attribuisce valore vincolante soltanto ai principi di diritto enunciati dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, ai sensi e nei termini (e limiti) ora specificati dall'art. 99 c.p.a.

Sulla valore del precedente vincolante, cfr., per tutti, C.K. ALLEN, *Law in the making*, Oxford, 1964, 187 ss.; R. CROSS, J.W. HARRIS, *Precedent in English law*, Oxford, 1977, 22 ss.; D.N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978.

<sup>23</sup> Il più volte richiamato ultimo studio sull'argomento (A. DE SIANO, *op.cit.*), che, pur negando alla giurisprudenza il carattere di "fonte" del diritto (146), prendendo dichiaratamente le mosse dalla "convincimento dell'indispensabilità dell'elaborazione giurisprudenziale quale momento di completamento prescrittivo e di sviluppo" di quest'ultimo, (159) giunge poi ad affermare il valore "normativo" delle pronunce delle Corti cui la legge riconosce potere nomofilattico (148 s.), è stato del resto costretto ad affermarne la generalità e astrattezza, caratteri che connaturalmente sono invece estranei alla funzione

A ciò si aggiunga che, come noto, affinché il “precedente” possa costituire una valida espressione della *rule of law*, astrattamente idonea a valere come fonte produttiva di regole interpretative (e dunque, come detto, tendenzialmente retroattive), deve avere alcune imprescindibili determinate caratteristiche:

- presupposti identificativi chiaramente individuabili (una recente analisi ha invece identificato non meno di diciotto diversi metodi di identificazione<sup>24</sup>);
- stabilità: Calamandrei giustificava il valore del precedente perché riteneva preferibile una giurisprudenza costante a una giurisprudenza giusta; ma la costanza è condizione imprescindibile.

Il carattere semi-vincolante del precedente innovativo sul caso singolo è invece soltanto destabilizzante<sup>25</sup>, soprattutto se utilizzato per

dei giudici chiamati ad interpretare la disposizione in funzione della sua applicazione valutata al caso concreto. Lo stesso A. ha peraltro cura di precisare che “*a scanso di equivoci circa il ruolo qui assegnato al precedente giudiziario è opportuno ribadire che esso, proprio in quanto norma giuridica, non crea diritto, limitandosi ad esprimere l'esatto significato delle disposizioni normative poste dagli organi dotati del potere di regolare la convivenza; in altre parole, il precedente giudiziario è espressione di un potere (non normativo ma) interpretativo qualificato, ciò che rende le sentenze che lo contengono a loro volta di natura interpretativa*” (160) e che “*affinché il precedente giudiziario proveniente dalle Corti di vertice possa fungere da paradigma di legittimità della condotta della P.A. è necessario (tra le altre cose) che il legislatore appronti un sistema strumentale alla sua diffusione erga omnes, così da abilitare una delle principali prerogative del trattamento giuridico della norma, l'ignorantia legis non excusat, dalla quale fatalmente dipendono il dovere conformativo del destinatario e l'utilizzazione del relativo apparato sanzionatorio in caso di inadempimento*” (161). Ciò che, in termini di estrema sintesi, conferma che, almeno allo stato, nessun precedente può avere effetto vincolante fuori dai limiti che gli attribuisce direttamente la legge e men che mai può, come dallo stesso auspicato in nome di un maggior ordine del sistema, costituire paradigma di legittimità per soggetti diversi dai giudici che per legge sono tenuti (di norma) a uniformarvisi e avere “*la medesima forza di imporsi della disposizione interpretata*” rivolgendosi “*a tutti i destinatari di questa che si trovano in una situazione non ragionevolmente distinguibile a .da quella oggetto della controversia che l'ha generato*” (153).

<sup>24</sup> P. CHIASSONI, *L'ineluttabile scetticismo della “scuola genovese”*, in *Analisi e diritto* 1998. *Ricerche di giurisprudenza analitica*, a cura di P. COMANDUCCI - R. GUASTINI, Torino, 1999, 88 ss.

<sup>25</sup> Lo stesso A. DE SIANO, *Precedente giudiziario*, cit., all'esito del suo studio, nega che il precedente possa annoverarsi nella categoria delle fonti del diritto (146) e conclu-

- giudicare comportamenti anteriori alla sua formazione (si pensi alla giurisprudenza sulle cause di esclusione dalle procedure selettive o a quella sulle eccezioni processuali, delle cui problematiche offre una significativa rassegna l'ordinanza con cui nel 2017 la III Sezione del Consiglio di Stato aveva chiesto all'Adunanza Plenaria una serie di chiarimenti sull'overruling effettuato dalla stessa Sezione sui termini di impugnazione del bando di gara<sup>26</sup>);
- pubblicità: il problema, rilevato da Gino Gorla<sup>27</sup> e ripreso da Vincenzo Marinelli<sup>28</sup>, in particolare con riferimento ai profili legati alla

de che “*Insomma, la incerta natura giuridica del precedente giudiziario, con la conseguente difficoltà di individuare il relativo regime giuridico, lo sta rendendo poco utile per la realizzazione di quegli interessi cui pare essere preordinato. Anzi, apportando un contributo piuttosto casuale (figlio sostanzialmente del self-restraint dei destinatari delle disposizioni interpretate), esso potrebbe paradossalmente finire per accrescere il disordine, che, viceversa, sarebbe chiamato (per lo meno) a ridurre; in altre parole - al netto della oscurità della normazione, da un lato; dei limiti propri del potere di ius dicere, dall'altro; e delle questioni di natura culturale, da un altro ancora - il precedente giudiziario in Italia, nonostante sia indiscusso il suo ruolo (simile, sebbene non identico, a quello riconosciuto alla elaborazione giurisprudenziale) nella formazione del diritto, attualmente non sembra costituire quell'elemento ordinante che sarebbe auspicabile fosse*” (137).

<sup>26</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. III, ordinanza 7 novembre 2017, n. 5138: l'Adunanza plenaria – sentenza n. 4 del 2018 – non ha però affrontato la questione dell'overruling perché ha respinto in radice l'orientamento che aveva innovativamente anticipato l'onere di impugnazione del criterio di aggiudicazione (sui profili di instabilità conseguiti a tali revirement, si rinvia a M.A. SANDULLI, *Ancora sui rischi dell'incertezza*, cit.). Sull'incompatibilità costituzionale dell'applicabilità dell'overruling processuale ai processi in corso si rinvia per tutti al noto scritto di R. CAPONI, *Il mutamento di giurisprudenza costante della Corte di cassazione in materia di interpretazione di norme processuali come ius superveniens irretroattivo*, in *Foro it.*, 2010, V, 311.

<sup>27</sup> G. GORLA, *Introduzione alla Raccolta di saggi sull'interpretazione e sul valore del precedente giudiziale*, cit., 8 ss.

<sup>28</sup> V. MARINELLI, voce *Precedente giudiziario*, cit., 890. L'A. critica l'inclusione della giurisprudenza tra le fonti di cognizione, rilevando che, nei sistemi di *civil law*, essa può essere tutt'al più una fonte indiretta, dipendendo da una disposizione che, invece, ha effetti obbligatori ex se a carattere continuativo e gerarchicamente individuato. Come ben osservato da G. RUFFINI, *Mutamenti di giurisprudenza nell'interpretazione delle norme processuali e “giusto processo”*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1398 (in termini critici sull'ordinanza Cass. n. 3030/2011, in *Foro it.*, 2011, 1, 1075 ss., con nota favorevole di G. COSTANTINO, *Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto*,

- massimazione, è ancora irrisolto<sup>29</sup>;
- prevedibilità<sup>30</sup>: nel diritto statunitense si segue la ricordata tecnica del c.d. anticipatory overruling e, analogamente, nel Regno Unito, il *revirement* giurisprudenziale viene segnalato e pubblicizzato<sup>31</sup>.

Anche una rapida e superficiale rassegna della nostra giurisprudenza dimostra invero come il nostro sistema sia molto lontano dalla cultura anglosassone del precedente. Il che però assolutamente non può e tanto meno deve essere visto come un difetto e spingerci verso l'abbandono delle nostre migliori tradizioni in nome di una logica di malintesa globalizzazione che dovrebbe indurci a rinunciare ai nostri valori fondanti di democrazia e di libertà, che sono, peraltro, il primo baluardo dell'indipendenza e dell'imparzialità dei giudici, mettendoli al riparo da possibili pressioni.

Le preoccupazioni sopra esposte in relazione al creazionismo giurisprudenziale sono viepiù aggravate quando si consideri che l'Adunanza Plenaria e la Corte di Giustizia UE sono frequentemente investite anche di questioni relative a profili processuali, rispetto alle quali il diritto alla sicurezza giuridica raggiunge all'evidenza i massimi

secondo il quale sarebbe corretto “*richiedersi alla parte e, specificamente, al qualificato professionista che assiste un onere di informazione sulla giurisprudenza, fino all'ultimo momento precedente la notificazione del ricorso*”), non basta evidentemente ad assicurare adeguata forma di pubblicità il sito *web* della Corte di cassazione, che non è un archivio e su cui le novità restano segnalate per poco tempo. Non si può poi dimenticare che le “regole” sostanziali vincolano direttamente le parti, che, salvo rare eccezioni, non sono tenute a consultare il sito *web* né le riviste giuridiche, né sono normalmente in grado di accedervi. E. FOLLIERI, *Stare decisis*, cit., 23 ss. e 30 ss., riconduce alla dottrina il ruolo di individuare e diffondere il precedente mediante un repertorio ragionato.

<sup>29</sup> Ancora A. DE SIANO, *op. cit.*, 158. Il problema delle cd massime mentitrici è stato richiamato anche da G. ALPA nella Relazione al Convegno CNF-SSA del 13 ottobre.

<sup>30</sup> S. FURFARO, voce *Nomofilachia*, in *Dig. disc. pubb.*, Agg., 2011, 352 ss., sottolinea che la sicurezza giuridica troverebbe la sua base negli artt. 2 e 3 Cost. e, soprattutto, 8 CEDU, che, riconoscendo ad ogni persona il “*diritto al rispetto della propria vita privata*”, impone “*la predisposizione di una legge che preventivamente definisca e giustifichi gli spazi entro i quali l'individuo medesimo può aspettarsi o subire qualcosa da parte di chicchessia e principalmente da parte dell'autorità e dei pubblici poteri*”.

<sup>31</sup> In senso critico sulla non imputabilità della decadenza per *revirement* giurisprudenziale, C. PUNZI, *Il ruolo della giurisprudenza e i mutamenti d'interpretazione di norme processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1337 ss.

livelli, incidendo in modo diretto sul diritto fondamentale a una tutela giurisdizionale effettiva nei confronti dei poteri pubblici<sup>32</sup>.

Come ho già avuto occasione di segnalare, si crea in tal modo un “cortocircuito”, in forza del quale proprio l’incertezza del quadro normativo e giurisprudenziale alimenta l’accesso ai giudici, nella speranza di riuscire comunque ottenere una pronuncia favorevole o, addirittura, nella ricerca, in ogni caso, di una pronuncia che, indipendentemente dal suo esito, “scarichi” l’attore o le stesse amministrazioni resistenti dalla responsabilità della decisione assunta<sup>33</sup>. Le risorse del sistema giurisdizionale sono però limitate e l’aumento del contenzioso, incidendo in termini inversamente proporzionali sul grado di approfondimento delle questioni affrontate, alimenta a sua volta l’incertezza e, dunque, in generale, l’insoddisfazione: ché rendere giustizia non è evidentemente soltanto risolvere in qualche modo la controversia, ma risolverla in modo che le parti e la collettività ne comprendano le ragioni e, possibilmente, le accettino: un risultato oggettivamente difficile da raggiungere attraverso pronunce succintamente (e non di rado inadeguatamente) motivate che trascurano di approfondire o addirittura di considerare elementi essenziali di fatto o di diritto, si limitano ad impropri richiami a precedenti inconferenti o, all’inverso, non sempre dichiaratamente, contraddicono precedenti su casi simili.

<sup>32</sup> Negli ormai quasi otto anni di vita del c.p.a., su un totale di 183 provvedimenti, ben 81 (32 ordinanze e 49 sentenze) investono questioni di rito, di cui 19 negli ultimi tre anni (2015-2016-2017) e già 4 nel 2018 (cui si aggiunge la questione attualmente pendente sull’interpretazione dell’ambito del potere di rinvio ex art. 105 c.p.a.). Mentre soltanto dal 2013 a oggi la Corte di Giustizia UE ha emesso ben 11 pronunce su questioni di rito sollevate dai nostri giudici amministrativi (con una media di oltre due l’anno).

<sup>33</sup> Emblematica, in tal senso, la circostanza che, nell’ordinanza con cui aveva sollevato la questione di l. c. dell’art. 44, co. 3, c.p.a. (valenza *ex nunc* dell’effetto sanante della costituzione della parte destinataria di una notifica), accolta dalla Corte costituzionale nella recentissima sentenza n. 132 del 26 giugno scorso, il TAR Veneto avesse indicato tra le ragioni a supporto dell’incostituzionalità della disposizione, il fatto che la sanatoria *ex nunc* pregiudicherebbe anche i diritti di difesa dell’amministrazione resistente, la quale, ove avesse interesse ad una decisione di merito che accerti la legittimità del proprio operato, di fatto non sarebbe nelle condizioni di poter sanare il vizio della notificazione.

E l'insoddisfazione aumenta quando i giudici, di ultima, ma anche di prima istanza, rifiutano indebitamente di entrare nel merito delle questioni loro sottoposte, dichiarandole aprioristicamente inammissibili, indulgendo in un sostanziale "diniego di giustizia".

Per queste ragioni, il principio costituzionale di legalità democratica, purtroppo in crisi e messo sempre più pericolosamente in discussione, non può ritenersi superato, ma deve essere riconosciuto come un valore fondamentale al quale non possiamo permetterci di rinunciare, così come il "servizio" legislativo è l'ultimo "servizio" di cui una società può fare a meno, tanto più se, come nell'attuale congiuntura, ha assoluto bisogno di far ripartire la propria economia e dimostrare credibilità nel contesto internazionale, e dunque di dare prevedibilità e certezza a quanti, nonostante il momento di difficoltà, decidano di investirvi studio, lavoro e beni. Rinunciarvi in favore di un "nuovo diritto giurisprudenziale" significa tornare al sistema dei "giudici sacerdoti" dell'antica Roma, che, come ricordato qualche anno fa da Filippo Salvia<sup>34</sup>, risolvevano le controversie sulla base di regole "segrete", e distruggere il valore della codificazione che, a partire dagli antichi codici romani, si è andato progressivamente sviluppando, fino a raggiungere, negli Stati moderni post illuministi, un ruolo fondamentale di garanzia per la stabilità e imparzialità del sistema<sup>35</sup>. E significa altresì rinunciare alle conquiste dello Stato costituzionale di diritto, che, quando usa la tecnica di normazione per principi, impone una netta distinzione tra attuazione e applicazione della Costituzione, con la riserva della prima al legislatore (unico titolare, in nome dell'investitura popolare, del potere di bilanciamento degli interessi sociali) e l'affidamento della seconda all'amministrazione e ai giudici. Non si vuole qui negare il ruolo fondamentale svolto dalla giurisprudenza per la formazione progressiva del c.d. "diritto vivente"<sup>36</sup>, in particolare quella amministrativa, nell'affer-

<sup>34</sup> Nella *Presentazione* dell'Incontro di studio su "*Pianificazione e tutela della natura: il caso della gestione delle coste*", svoltosi a Lecce il 25 giugno scorso.

<sup>35</sup> Il valore della codificazione è richiamato da ultimo da R. BIN, *Relazione introduttiva* alle già ricordate Giornate di studio sulla giustizia amministrativa 2018.

<sup>36</sup> Cfr. da ultimo A. DE SIANO, *Precedente giudiziario e decisioni della p.A.*, cit., 129 ss., sottolineando (130) che "*fin troppo spesso, appurare in concreto se l'attività interpretativa sia andata oltre il limite suo proprio equivale a una vera e propria scommessa*".

mazione e nella costruzione di fondamentali garanzie dei cittadini in coerenza con il quadro costituzionale e, oggi, euro unitario, ma non si può dimenticare che il compito del giudice deve essere quello di applicare (e interpretare) la legge, non di “costruirla”<sup>37</sup> e tanto meno di “ricostruirla” in nome di una lettura “costituzionalmente orientata” del quadro normativo che non può in ogni caso essere fondata su un principio “liquido” come quello di “ragionevolezza”<sup>38</sup> (sul quale è addirittura in discussione l’ambito del sindacato della Corte costituzionale). Con la ricordata aggravante che, trattandosi di “interpretazione”, la “regola giurisprudenziale” viene invocata come retroattiva, scardinando ogni regola di prevedibilità delle conseguenze giuridiche dei propri comportamenti.

Merita a questo proposito ancora una volta richiamare le belle parole di Guido Corso che, nel tracciare le linee del principio di legalità enunciato dalla nostra Costituzione, si sofferma diffusamente sull’inadeguatezza delle tesi a favore della giurisprudenza creativa in nome di un malinteso parallelismo con i sistemi di *common law*, e, richiamando Platone, Aristotele, Locke, ma anche Fuller, sottolinea il valore irrinuncia-

<sup>37</sup> Così anche A. TRAVI, *Eccesso di potere giurisdizionale e diniego di giurisdizione dei giudici speciali al vaglio delle Sezioni Unite della Cassazione* (intervento al Seminario di studi organizzato dalla Struttura di formazione decentrata della Corte di cassazione, Roma, 21 settembre 2017), in *giustizia-amministrativa.it*, 2017, che, nel ribadire le proprie perplessità sulla pluralità di giurisdizioni, ricorda che “una cosa è ragionare, in termini giuridici, su un certo sistema per la sua riforma, e altra cosa è applicare le norme vigenti” e acutamente aggiunge che “la distinzione è fondamentale, perché coinvolge il ruolo della legge e, profilo ad esso strettamente legato, l’indipendenza del giudice”. Lo stesso F. PATRONI GRIFFI, *op. cit.*, dopo aver affermato che “la giurisdizione può rispondere all’emersione di nuovi bisogni e correlate istanze di tutela; può supplire a carenze del legislatore che non riesce a trovare il punto di mediazione politica in materie sensibili o che rincorre il mito populista in cui la pancia del popolo prevale sulla testa” (un ruolo che va dunque evidentemente a sovrapporsi a quello del legislatore), osserva, consapevole del problema che ne discende, “Ma tutto ciò può avvenire per un tempo limitato. Nella fisiologia la produzione del diritto spetta al legislatore”.

<sup>38</sup> La bibliografia in argomento è evidentemente vastissima. Ci si limita pertanto a richiamare, per tutti, la profonda voce “Ragionevolezza” di L. PALADIN sull’*Enciclopedia del diritto* e il più recente saggio di M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, leggibile anche sul sito della Corte costituzionale ([www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)).

bile della garanzia derivante dalla legge, previa, generale e astratta (“ragione senza passione”), diversa dalla decisione estemporanea relativa al caso concreto e preconditione imprescindibile per una regola giusta (in questo senso, ricorda Corso, Fuller parla di “moralità del diritto”<sup>39</sup>).

Mi si consenta allora di riprendere le conclusioni di uno scritto pubblicato qualche anno fa.

Invece che rassegnarsi a questa confusione dei ruoli, la dottrina<sup>40</sup>, ma soprattutto i media, che pure sono spesso indotti ad attaccare gli organi giurisdizionali, imputandoli di rallentare l’economia in nome della legalità e indebolendone per l’effetto il ruolo di garanti della legge, dovrebbero piuttosto denunciare con forza le inefficienze del legislatore e richiamarlo davanti all’elettorato alle proprie responsabilità, che non si limitano a questo punto a non disciplinare o a mal disciplinare una specifica materia, ma stanno portando allo stravolgimento dei richiamati valori di legalità costituzionale e di civiltà giuridica.

Perché i “veri” giuristi, ma, prima ancora, la stessa società civile, non possono rassegnarsi a rinunciare alle garanzie di imparzialità, pubblicità e prevedibilità che derivano dal primato della legge e lasciare alle “soluzioni” giurisprudenziali dei casi concreti o alle regole applicative flessibili elaborate dalle stesse amministrazioni la definizione dei limiti del potere amministrativo.

È significativo, del resto, che negli stessi sistemi di *common law* si stia riscontrando un crescente *favor* per l’emersione delle regole scritte<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> G. CORSO, *Principio di legalità*, in *Principi e regole dell’azione amministrativa*, a cura di M. A. SANDULLI, cit.

<sup>40</sup> Così anche A. TRAVI, *Per un nuovo dialogo fra la dottrina e la giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 2, 691 ss., il quale ha evidenziato l’esigenza di recuperare una “dimensione culturale del fenomeno giuridico: la scienza giuridica ha una dimensione pratica, ma il fenomeno giuridico è un elemento e un fattore culturale” al fine di evitare che “la giurisprudenza diventi essa stessa un potere”.

<sup>41</sup> Il fenomeno, già ricordato da V. DOMENICHELLI nella Relazione su *Il ruolo normativo del giudice nella formazione e nello sviluppo del diritto amministrativo*, Convegno annuale AIPDA 2015 (In *Annuario AIPDA 2015*, cit., è stato recentemente evidenziato nella *lectio magistralis* svolta da P. CRAIG in apertura del Convegno annuale 2017 della stessa Associazione, dove, nell’affrontare il tema della valenza della *rule of law* nella costruzione delle decisioni amministrative, ha sottolineato l’importanza del contributo del-

Anche la giurisprudenza delle Corti europee non è in realtà frutto di decisione estemporanea dei giudici, che estrapolano le regole dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri e le restituiscono poi ai legislatori e ai giudici come criterio prevalente.

E non è mai superfluo ricordare che, lungi dall'indebolire la funzione giurisdizionale, la riappropriazione del ruolo legislativo e il miglioramento della qualità delle fonti tradizionali costituisce insopprimibile garanzia della sua indipendenza e imparzialità, mettendola così al riparo anche dalle critiche tanto ingiuste quanto strumentali nei casi in cui, portando avanti un percorso che l'ha vista massimo fautore e garante della "giustizia nell'amministrazione" e dell'effettività della tutela degli amministrati "nei confronti" dei poteri pubblici, giustamente reagisce alla violazione dei principi e delle regole che presiedono al corretto

la legislazione anche in una prospettiva di *common law*, precisando come sia un errore credere che nel Regno Unito tutto sia regolato dalla giurisprudenza, quando, invece, ci sono specifici "codici", anche molto dettagliati, che regolano il procedimento in settori specifici (salute, educazione, tasse) e la legislazione è il punto di riferimento del giudice quando emana le sue decisioni e il punto di partenza della p.A. nella costruzione delle proprie. L'autorevole studioso ha parimenti messo in luce che anche la disciplina di dettaglio, lungi dall'essere integralmente rimessa al giudice, è affidata nei sistemi di *common law* alla normazione secondaria, ricordando che nel Regno Unito ci sono moltissime "*regulatory legislations*", su cui si fondano poi le decisioni amministrative. In termini non dissimili, si è poi espresso, nella successiva Relazione, M. D'ALBERTI con riferimento al sistema statunitense – nel quale peraltro i giudici delle Corti federali e della Corte suprema sono nominati dal Presidente degli Stati Uniti con il consenso del Senato –, sottolineando che anche lì la soluzione dei casi non prescinde totalmente dalle regole scritte e mettendo l'accento sul valore che, nei sistemi di *common law*, riveste l'opinione dissenziente e la conseguente lenta maturazione dei cambi di giurisprudenza che ne consente la previsione, mentre il *revirement* improvviso dovrebbe poter valere solo per il futuro. Nel già ricordato Convegno CNF-SSA del 13 ottobre 2017 sul valore del precedente, G. P. MONATERI, nel ricordare che i sistemi di *common law* sono tra loro diversissimi e quelli puri sono pochissimi, posto che ormai per *common law* si intende solo la teoria generale delle obbligazioni, ha riferito che il ruolo creativo del giudice è molto criticato anche nel Regno Unito anche dagli stessi giudici supremi e che, rispetto agli atti approvati dal Parlamento ("*laws of the land*"), le Corti inglesi hanno un potere interpretativo molto più limitato di quello dei nostri giudici e le sentenze sono molto lunghe.

esercizio dell'azione amministrativa<sup>42</sup>. E, se i giudici amministrativi non possono espletare con piena forza e libertà questo ruolo, anche il diritto a una "buona amministrazione" si traduce, inevitabilmente, in una mera declamazione, lasciando campo libero all'arbitrio se non, addirittura, alla corruzione che ci proponiamo di combattere.

Da ciò l'esigenza del rispetto dei diversi ruoli affidati ai pubblici poteri come garanzia della effettività della tutela dei diritti umani e la necessità di esortare i giudici amministrativi ad arginare questo deprecabile fenomeno di abdicazione della funzione normativa agli organi giurisdizionali. Come già evidenziato in altre occasioni, infatti, la circostanza che la magistratura amministrativa ha di norma vari illustri esponenti negli organi di vertice e negli uffici legislativi del Governo rende viepiù criticabile la denunciata confusione di ruoli. Ed invero, delle due l'una: o la regola coniata dalla giurisprudenza è coerente con la linea legislativa, e allora può essere agevolmente inserita in uno dei numerosi e onnicomprensivi provvedimenti di iniziativa governativa che si susseguono con straordinaria frequenza nella nostra legislazione; o non è coerente con tale linea legislativa, ma allora si sostanzia in una ingiusta sovrapposizione del potere giurisdizionale al potere legislativo e, dunque, per tornare al nostro tema, in una grave lesione del principio di certezza delle regole che è alla base di ogni diritto, ivi compresi i diritti umani, e, dunque, è essenziale anche alla tutela dei diritti umani, cui è giustamente dedicato questo incontro.

<sup>42</sup> In argomento si rinvia alle considerazioni svolte in occasione della Presentazione del Convegno di Bari-Polignano su *Poteri pubblici e poteri delle parti nei processi sull'attività amministrativa (dall'unificazione al Codice)*, in *Federalismi.it*, 2015.



CLAYTON MARANHÃO

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA:  
AS TÉCNICAS DECISÓRIAS NO CONTROLE ABSTRATO  
DE CONSTITUCIONALIDADE

SUMÁRIO. 1. Panorama do controle de constitucionalidade no direito brasileiro. – 2. Controle abstrato de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal. – 3. Análise das técnicas decisórias no controle abstrato de constitucionalidade.

1. *Panorama do controle de constitucionalidade no direito brasileiro*

O controle judicial de constitucionalidade no direito brasileiro é *misto*, reunindo elementos tanto do modelo *abstrato* quanto do *concreto*.<sup>1</sup> Tanto um juiz de primeiro grau quanto um Tribunal de Apelação, como também as Cortes Supremas brasileiras, podem declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, por *ação direta* ou como *questão prejudicial incidental*. Não há remessa da questão prejudicial constitucional ao STF, quando suscitada em primeiro ou segundo graus de jurisdição. A questão prejudicial é desde logo decidida nas instâncias ordi-

<sup>1</sup> Essa compreensão decorre do texto da Constituição da República Federativa do Brasil (art. 102, I, "a"; art. 102, III, "b"). O procedimento da ação direta de inconstitucionalidade, da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e da ação declaratória de inconstitucionalidade é regulado pela Lei Federal 9.868/1999. O procedimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) está disposto na Lei Federal 9.882/99. No âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, é cabível a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão da autoridade normativa, tanto por ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º), quanto por mandado de injunção (art. 102, I, "q"; art. 5º, LXXI), conforme precedente do STF (MI 107, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ 133, p. 11). O procedimento do mandado de injunção tem previsão na Lei Federal 13.300/2016. Registre-se que mesmo no controle incidental e *concreto* de constitucionalidade, o STF vem reconhecendo uma progressiva *objetivação* das decisões proferidas em *recursos extraordinários*, desde a instituição do filtro recursal da *repercussão geral* pela Emenda Constitucional 45/2004 (Cf. GILMAR MENDES, *Estado de Direito e Jurisdição Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 114/115).

nárias. Todavia, nos juízos colegiados, é necessário instaurar um incidente para decidí-la, exigindo-se maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade, com suspensão do julgamento do recurso que se processa no mesmo Tribunal.

A *cláusula de reserva de plenário*<sup>2</sup> – pela qual se exige o voto da maioria absoluta do colegiado – é aplicável somente quando a questão é decidida incidentalmente no recurso de apelação, recurso especial e recurso extraordinário, eis que em primeiro grau de jurisdição, as sentenças são singulares. Nesses casos, a lei processual exige a instauração de um *incidente de arguição de inconstitucionalidade*, perante um colegiado maior, não sendo possível decidir a questão prejudicial constitucional como mera premissa ou passo lógico do raciocínio judicial. Há uma *zona de penumbra* a respeito do cabimento do incidente de inconstitucionalidade em recurso especial.

Dado que a *jurisdição é una* no direito brasileiro, a declaração de inconstitucionalidade da lei pode dar-se como questão prejudicial a uma lide onde se discutem direitos subjetivos, interesses difusos ou coletivos.

É muito largo o espectro de temas jurídicos que podem acorrer ao controle de constitucionalidade na jurisdição brasileira. Direitos civis e políticos, direitos sociais, econômicos e culturais, direitos coletivos, direitos ambientais, enfim, direitos humanos e fundamentais do cidadão de todas dimensões que venham a ser reconhecidas.

Considerando-se o bloco de constitucionalidade, há *duplo controle judicial* no direito brasileiro: *de constitucionalidade e de convencionalidade*.<sup>3</sup>

Diante da supremacia da Constituição, bem assim da presunção de constitucionalidade das leis, o princípio democrático implica na *formal*

<sup>2</sup> Constituição da República Federativa do Brasil: Art. 97. *Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.*

<sup>3</sup> A propósito dos *direitos humanos*, há *controle de convencionalidade* desde o Decreto 4.463/2002, quando a República Federativa do Brasil reconheceu como obrigatória a Competência da *Corte Interamericana de Direitos Humanos* em todos os casos relativos à *interpretação e aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, sob reserva de reciprocidade e para os fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998, cf. FACHIN, MELINA GIRARDI FACHIN; EDUARDO CAMBI; LETÍCIA DE ANDRADE PORTO, *Constituição e Direitos Humanos*, São Paulo: Almedina, 2022, p. 119/120.

aprovação de dispositivos normativos de acordo com o *processo legislativo e a regra da maioria parlamentar*. Todavia, por vezes, o Poder Judiciário é chamado a decidir questões sobre o ponto de vista da *inconstitucionalidade material*. A par de sua *função contramajoritária*, o Supremo Tribunal Federal brasileiro tem proferido decisões que se posicionam nos confins do *ativismo judicial* - considerado o termo com a mesma compreensão que tinha no período *Warren* da Suprema Corte dos EUA.<sup>4</sup>

No presente trabalho, serão examinadas as técnicas decisórias não interpretativas, interpretativas e construtivas (ou manipulativas) que vêm sendo aplicadas pelo Supremo Tribunal Federal na fiscalização abstrata de constitucionalidade.

## 2. Controle abstrato de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal

O controle de constitucionalidade no direito brasileiro pode ser realizado por todos os juízes e Tribunais. Neste trabalho, limitar-me-ei ao controle *direto e abstrato* realizado diretamente no Supremo Tribunal Federal (STF).

O Supremo tem funções de Corte Constitucional, embora ainda não se tenha convertido numa verdadeira e própria Corte Constitucional porque das decisões dos Tribunais de Apelação e dos Tribunais Superiores (STJ, TST, TSE e STM), cabe recurso extraordinário ao STF.

Interessa-nos aqui abordar a faceta de Corte Constitucional do STF, ou seja, como *guardião do significado da Constituição*, sendo este o parâmetro de constitucionalidade (em sentido formal e material, considerando-se o bloco de constitucionalidade), não sendo possível ampliar

<sup>4</sup> Autocontenção (*self restraint*) ou ativismo judicial (*judicial activism*), eis a questão? O perfil da Corte Constitucional brasileira (STF) oscila entre as duas posições. Mas quando toma uma atitude ativista, o faz com decisões evolutivas, ainda que possam ser criticáveis do ponto de vista da teoria do direito, como será visto neste trabalho. Sobre a jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais no período do *Justice Earl Warren* na presidência da Suprema Corte dos EUA, cf. LUIS ROBERTO BARROSO, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 6a. edição, São Paulo: Saraiva, 2014, p. 369/370. Sobre *self restraint e judicial activism*, RICCARDO GUASTINI, *Teoria e ideologia de la interpretación constitucional*, Editorial Trotta, Madrid: 2010, p. 63/65.

nesta sede o tema dos *diálogos entre Cortes* nacionais, interamericanas e internacionais, assim como o tema dos *diálogos institucionais*, sobretudo com o Parlamento.

O STF funciona precipuamente como *legislador negativo*. Diante de omissões inconstitucionais do Parlamento em tema de direitos fundamentais, por vezes é chamado a atuar como *legislador positivo*.

Partindo-se da clássica distinção entre *texto* e *norma*, bem assim entre *programa normativo* e *âmbito de aplicação da norma*, o controle de constitucionalidade no âmbito da jurisdição constitucional brasileira se desenvolve mediante decisões não-interpretativas, decisões interpretativas e decisões construtivas (ou manipulativas).

Como legislador negativo, profere decisões não interpretativas *com redução total ou parcial de texto*, assim como decisões interpretativas *sem redução de texto*, mas *com redução de sentido*. Atuando excepcionalmente (ou nem tanto) como legislador positivo, profere decisões manipulativas *aditivas* ou *substitutivas de sentido*.

### 3. *Análise das técnicas decisórias no controle abstrado de constitucionalidade*

#### 3.1. *Decisões não interpretativas com redução total de texto*

O STF pode declarar inconstitucional um dispositivo normativo diante de sua contrariedade à Constituição. Não há atividade interpretativa. Pode haver redução total do programa normativo declarado inconstitucional (*v.g.*, STF, ADi 2488; ADi 2764).

#### 3.2. *Decisões não interpretativas com redução parcial de texto*

Quando, todavia, são suprimidos termos ou expressões de um artigo, inciso ou parágrafo do programa normativo, mantendo-se o programa normativo, diz-se que a declaração de inconstitucionalidade é parcial. Há declaração parcial de nulidade com redução de texto (*v.g.*, STF, ADi 1127).

3.2.1. *Decisão não interpretativa com redução parcial de texto por arrastamento*

Pode ocorrer que da nulidade parcial, parte remanescente do programa normativo, mesmo que constitucional, perca sua logicidade jurídica, motivo pelo qual há declaração de nulidade *por arrastamento* (v.g., STF, ADi 4451).

3.3. *Decisões não interpretativas sem redução de texto*

3.3.1. *Decisão de procedência da ação declaratória de constitucionalidade e decisão declaratória de improcedência da ação direta de inconstitucionalidade ou de outra via processual constitucional*

Da mesma forma em que pode ser proposta uma ação declaratória de constitucionalidade cujo pedido seja julgado *procedente* (v.g., STF, ADC 19), há situação homóloga e reversa do julgamento de *improcedência* do pedido numa ação direta de inconstitucionalidade ou uma arguição de descumprimento de preceito fundamental (v.g., STF, ADPF 186); a depender do tema, como o *aborto anencéfalo*, melhor viabilizar-se-iam os *diálogos institucionais* entre o Poder Judiciário e os Poderes Legislativo ou Executivo (v.g., STF, ADPF 54).

3.3.2. *Decisão de improcedência do pedido com apelo ao legislador (diálogos institucionais entre os poderes judiciário e legislativo)*

Muito embora haja o princípio da presunção de constitucionalidade das leis, há situações em que o programa normativo pode evoluir para um estado de inconstitucionalidade progressiva ou mesmo haja necessidade de um apelo ao legislador para que atualize um texto em decorrência da mudança dos valores da sociedade. Nesse contexto, um programa normativo pode ser declarado ainda constitucional, até que sobrevenha atualização por atividade parlamentar (v.g., STF, Recurso Extraordinário 135.328/SP, caso tirado do controle *concreto* de constitucionalidade, mas que nada impede o emprego da técnica de decisão no controle *abstrato*, v.g., STF, ADi 6148). Destaca-se a importância

dos *diálogos institucionais* entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo ou mesmo o Poder Executivo nos casos de um Decreto autônomo.

3.4. *Decisões interpretativas com redução de sentido da norma, mas sem redução de texto*

Por vezes, a Corte Constitucional (no caso brasileiro, o STF) pode usar a técnica da *interpretação conforme* a Constituição, reduzindo o âmbito de aplicação da norma jurídica (*v.g.*, STF, *Adi 5592*).

3.5. *Decisões interpretativas com adição de sentido da norma*

Outrossim, a Corte Constitucional pode usar a técnica da interpretação conforme a Constituição para manipular o âmbito de aplicação da norma jurídica, mediante decisão aditiva de sentido da norma (*v.g.*, STF, *ADPF 54*; *ADO 26*; *Adi 4275*).

3.6. *Decisões interpretativas com substituição de sentido da norma*

Por outro lado, a Corte Constitucional também pode usar a técnica da interpretação conforme a Constituição para manipular o âmbito de aplicação da norma jurídica, mediante decisão substitutiva de sentidos da norma (*v.g.*, STF, *Adi 1127*).

*Referências bibliográficas*

- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. ADi 1105.*
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. ADi 1127.*
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. ADi 1458.*
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. ADi 2488.*
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. ADi 2566.*
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. ADi 2764.*
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. ADi 3105.*
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. ADi 3168.*
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. ADi 3510.*
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. ADi 4152.*

- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. ADi 4275.*
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. ADi 4451.*
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. ADi 5127.*
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. ADi 5357.*
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. ADi 5543.*
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. ADi 5592.*
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. ADi 5938.*
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. ADi 5977.*
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. ADi 6148.*
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. ADO 26.*
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. ADO 1698.*
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. ADC-QO 1.*
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. ADC 16.*
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. ADC 19.*
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. ADPF 54.*
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. ADPF 130.*
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. ADPF-QO 130.*
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. ADPF 132.*
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. ADPF 153.*
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. ADPF 186.*
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. ADPF 291.*
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. ADPF 347.*
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. ADPF 496.*
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. ADPF-MC 635.*
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. ADPF 709.*
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. ADPF 787.*
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. MI 107.*
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. MI 708.*
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 135.328/SP.*
- BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.* 6a. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CAPONI, Remo. *Dialogo tra Corti: alcune ragioni di un successo*, In: *Il nuovo ruolo delle Corti supreme nell'ordine politico e istituzionale - Dialogo di diritto comparato* (a cura di Vittoria Barsotti e Vincenzo Varano). Collana Quaderni

dell'Annuario di diritto comparato e di studi legislativi, 1, Napoli: ESI, 2012, P. 121-129.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1984.

\_\_\_\_\_. *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 1972.

FACHIN, Melina Girardi; CAMBI, Eduardo; PORTO, Letícia de Andrade. *Constituição e Direitos Humanos*. São Paulo: Almedina, 2022.

FONTELES, Samuel Sales. *Hermenêutica Constitucional*. 5a. ed. Salvador: Juspodivm, 2022.

GUASTINI, Riccardo. *Interpretar e argumentar*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

\_\_\_\_\_. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. 2a. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A zona de penumbra entre o STJ e o STF*. A função das Cortes Supremas e a delimitação do objeto dos recursos especial e extraordinário. São Paulo: RT, 2019.

\_\_\_\_\_. *Interpretação conforme diante do controle difuso de constitucionalidade*, In: *Processo Constitucional* (coord. Luiz Guilherme Marinoni e Ingo Wolfgang Sarlet). São Paulo: RT, 2019, p. 545-598.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Estado de Direito e Jurisdição Constitucional - 2002-2010*. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. *Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.

\_\_\_\_\_. *Controle abstrado de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO*. Comentários à Lei n. 9.868/99. São Paulo: Saraiva, 2012.

RUOTOLO, Marco. *Sull'interpretazione conforme a costituzione delle leggi*, In: *Processo Constitucional* (coord. Luiz Guilherme Marinoni e Ingo Wolfgang Sarlet). São Paulo: RT, 2019, p. 599-618.

SCALIA, Antonin. *O essencial de Scalia. Sobre a Constituição, os tribunais e o Estado de Direito*. Londrina: Editora E.D.A., 2021.

ANGELA CASSIA COSTALDELLO

JURISDIÇÃO E PROCESSO  
NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO:  
APROXIMAÇÃO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS\*

RESUMO: 1. Introdução. – 2. Jurisdição brasileira e procedimento administrativo. – 3. História do sistema processual administrativo brasileiro. – 4. O modelo brasileiro. – 5. Administração Pública perante o Poder Judiciário: atos vinculativos e atos discricionários. – 6. A Administração Pública e o processo na sua seara interna. – 7. A relação entre Administração Pública e Direitos Humanos e suas Garantias. – 8. Os Meios Adequados de Solução de Conflitos e a Administração Pública brasileira. – 9. Críticas ao modelo brasileiro. – 10. Conclusões.

1. *Introdução*

Este texto resulta de uma intervenção apresentada no Simpósio Ítalo-brasileiro “Il sistema della Giustizia in Italia e in Brasile”, Università degli Studi di Palermo (2022). Na fecunda oportunidade de diálogo entre Brasil e Itália – que suscitou debates e contribuições teóricas essenciais –, a intervenção realizada abordou “Jurisdição e Processo no Direito Administrativo Brasileiro”.

O presente artigo pretende demonstrar a competência e o processo no Direito Administrativo brasileiro, adensando alguns tópicos em relação à apresentação proferida na Università degli Studi di Palermo em 2022. Para isso, será realizada uma breve e inicial aproximação da jurisdição e o processo administrativo brasileiros, compreendendo as raízes históricas que culminaram no modelo adotado, especialmente pela Constituição de 1988, que concebe o Direito Administrativo sob diferentes ângulos, mas que impactam no modelo adotado pelo Brasil (e pela América Latina em geral).

Compreendendo a incursão histórica da jurisdição administrativa, o

\* Texto apresentado originalmente no *Simpósio Ítalo-brasileiro Il sistema della Giustizia in Italia e in Brasile, Università degli Studi di Palermo*.

estudo da estrutura administrativa-jurisdicional assimilada pelo Brasil revela a influência do Direito Administrativo da Europa continental (especialmente da França) e dos Estados Unidos da América, além de mostrar algumas fragilidades operacionais.

Nesse sentido, o texto analisará questões que envolvem o sistema brasileiro de jurisdição administrativa. Para tanto, examinará a Administração Pública perante o Poder Judiciário, refletindo sobre os atos administrativos vinculados e os atos administrativos discricionários, bem como o processo administrativo *interno corporis* presente Administração Pública brasileira e os meios consensuais de resolução de conflitos.

Por fim, a Administração Pública brasileira e os processos administrativo e jurisdicional serão vistos sob uma perspectiva crítica, indicando os inconvenientes inerentes a um Judiciário generalista, responsável pelo controle da atuação administrativa. O texto visa contribuir para os debates sobre o direito público e o direito processual brasileiro e internacional, especialmente no constante e fecundo diálogo entre Brasil e Itália.

## 2. *Jurisdição brasileira e procedimento administrativo*

Questões envolvendo jurisdição e processo administrativo no Brasil apresentam complexidade adicional em relação a outros sistemas administrativos. Isso porque, diferentemente da Itália – e dos países da Europa continental em geral –, não há uma justiça administrativa brasileira nos moldes do esquema dualista do sistema administrativo originariamente francês.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Hely Lopes Meirelles define que “O sistema judiciário ou jurisdição única, também conhecido como sistema inglês e, modernamente, denominado sistema de controle judicial, é aquele em que todos os litígios – sejam de natureza administrativa ou de interesses exclusivamente privados – são resolvidos judicialmente pelos Tribunais Comuns, ou seja, pelos juízes e tribunais do Poder Judiciário. Tal sistema teve origem na Inglaterra, de onde foi transplantado para os Estados Unidos da América do Norte, Bélgica, Romênia, México, Brasil e outros países”. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro / Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filbo. 42 ed. atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 59).

Embora haja influência do Direito Administrativo europeu continental, especialmente francês, o sistema constitucional brasileiro adotou a jurisdição una, monista, na qual uma mesma estrutura judicial analisa e julga disputas de direito público ou de interesse da Administração Pública, delineando a exclusividade da função jurisdicional.<sup>2</sup>

Desse modo, no Brasil, coexistem decisões administrativas e decisões judiciais, sob as quais as autoridades administrativas nem sempre são independentes ou são quase judiciais. Em qualquer caso, todas as decisões estão, em princípio, sujeitas à revisão judicial. A Constituição de 1988 proíbe a exclusão de lesão ou ameaça a direito da apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV) de modo que qualquer sujeito, inclusive a Administração Pública, que sofra lesão ou ameaça de lesão a direito poderá recorrer à via judicial.<sup>3</sup>

Seguindo esta ordem de ideias, a função administrativa brasileira se desenvolve por meio do sistema processual de atos, visando a produção de um ato decisório final. A fundamentalidade da processualização da Administração Pública brasileira reside no fato de que é a partir da ampla processualidade e construção dos atos administrativos que os administrados, os cidadãos, poderão participar das decisões administrativas. Ou seja, é a partir da processualização da Administração Pública brasileira que se desenvolverá o diálogo com os administrados – na busca do interesse público e coletivo, regente do Direito Administrativo brasileiro.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Maria Sylvania Zanella di Pietro explica que “O direito brasileiro adotou o sistema de jurisdição única, segundo o qual o Poder Judiciário detém o monopólio da função jurisdicional, ou seja, o poder de avaliar, com força de caso julgado, a lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais e coletivos. Retirou, portanto, o sistema da dualidade de competência em que, paralelamente ao Poder Judiciário, existem os órgãos do Contencioso Administrativo que exercem, como aquele, função jurisdicional nos litígios de interesse da Administração Pública. PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA D. *Direito Administrativo*. 36 ed. São Paulo: Grupo GEN, 2023. E-book. Item 17.5.1.

<sup>3</sup> PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA D. *Op cit.*

<sup>4</sup> Maria Sylvania Zanella Di Pietro ensina que “pode-se falar de processo num sentido muito amplo, de forma a abranger os instrumentos utilizados pelos três Poderes do Estado – Judiciário, Legislativo e Executivo para atingirem os seus fins. Cada um, desempenhando funções distintas, utiliza um processo próprio, cuja fonte criadora é a própria Constituição; estabelece regras fundamentais de competência e de forma, institui os órgãos, define as suas atribuições, confere-lhes prerrogativas, impõe-lhes

Odete Medauar defende que há, na ação administrativa, um núcleo de processualidade que “abrange regras substanciais de ação e ordenamento administrativo, em conformidade com os princípios constitucionais”.<sup>5</sup> Isto é, na ligação entre a Constituição de 1988 e o Direito Administrativo brasileiro, “o processo administrativo representa um dos meios pelos quais, na atividade administrativa, são implementados os princípios e normas constitucionais”.<sup>6</sup>

Contudo, no Brasil, não há exatamente uma jurisdição administrativa a exemplo de sistemas como o italiano e o francês. Embora a Administração Pública tenha grande centralidade nas decisões do Estado, estas estarão sempre sujeitas ao controle judicial. Em diversas ocasiões, o Superior Tribunal de Justiça posicionou a possibilidade de o Poder Judiciário exercer controle sobre a legalidade, e a proporcionalidade dos atos administrativos.<sup>7</sup>

Parte do que a doutrina europeia continental define como, originalmente, pertencente ao processo administrativo, no Brasil, desenvolve-se não perante a Administração Pública, mas perante o Judiciário em razão da possibilidade de revisibilidade das decisões administrativas em sede jurisdicional – como visto anteriormente.

obrigações, tudo com o objetivo de assegurar a independência e o equilíbrio no exercício das suas funções institucionais e, ao mesmo tempo, para garantir que este exercício seja realizado com respeito pelos direitos individuais, também garantidos pela Constituição. Cada um dos processos estatais está sujeito a determinados princípios próprios, específicos, adequados à função que lhes compete. O processo legislativo e o processo judicial não podem ser iguais, nem o processo administrativo pode ser o mesmo. Contudo, todos obedecem, pelo menos, aos princípios da competência, da formalidade, do predomínio do interesse público sobre o privado, o que nos permite falar da existência de uma teoria geral do processo”. (PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. *Op cit.* Item 14.1).

<sup>5</sup> MEDAUAR, ODETE. *Direito Administrativo Moderno*. 11. ed. Rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 164.

<sup>6</sup> MEDAUAR, ODETE. *Op cit.*

<sup>7</sup> Sobre isso, ver: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: *Agravo em Recurso Especial n. 1.806.617/DF*, Ministro Relator Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 01.06.2021; *Recurso em Mandado de Segurança n. 58.373/RS*, Ministro Relator Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16.10.2018; *Recurso Especial n. 1.378.557/RS*, Ministro Relator Marco Aurélio Belize, Terceira Seção, julgado em 23.10.2013; *Recurso Especial n. 1.782.024/RJ*, Ministra Relatora Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 07.05.2019.

### 3. História do sistema processual administrativo brasileiro

O sistema processual administrativo brasileiro é resultado da evolução histórica sofrida pelo Brasil e pela América Latina, especialmente no século XIX, e de sua relação com o Direito Administrativo e suas influências no sistema brasileiro.

Desde o final do século XIX, a Europa continental adotou a solução dos conflitos administrativos a serem resolvidos por tribunais independentes e especializados, nos quais os poderes de controle são exercidos pelas suas próprias estruturas. Esta especialização, no modelo continental europeu, é fundamental porque

“Num sistema jurídico em que os tribunais judiciais detêm amplo poder de controle das autoridades, a falta de especialização da jurisdição administrativa pode também levar à falta de credibilidade da Administração Pública em relação às sentenças judiciais e, portanto, a uma ainda maior resistência que confere, às suas próprias custas, efeito geral (*erga omnes*) a uma decisão que reconheceu, *incidenter tantum*, uma questão de interesse geral num caso individual.<sup>8</sup>”

Constituído por outro referencial, na Inglaterra e nos Estados Unidos, o Poder Judiciário exerce sobre a Administração Pública o mesmo controle que exerce sobre os indivíduos, graças à adesão aos princípios do Estado de Direito (Inglaterra), e do poder judicial, supremacia e devido processo legal (Estados Unidos), onde há um órgão com poderes “quase” jurisdicionais.<sup>9-10</sup>

<sup>8</sup> PERLINGEIRO, Ricardo. Desafios contemporâneos da justiça administrativa na América Latina. *Revista de Investigações Constitucionais*. Curitiba, vol. 4, n. 1º de janeiro/abr. 2017. 23.

<sup>9</sup> Sobre isso, ver: ASIMOW, MICHAEL. Cinco Modelos de Adjudicação Administrativa. *American Journal of Comparative Law*, Michigan, v. 4, 3-32, setp./dec. 2015; CANA, PEDRO. *Lei Administrativa*. 5ª edição. Nova York: Oxford University Press, 2011. 96; STRAUSS, PETER. *Uma introdução à justiça administrativa nos Estados Unidos*. Durham: Carolina Academic Press, 1989. (PERLINGEIRO, RICARDO. *Op. cit.*, 17).

<sup>10</sup> Ricardo Perlingiero aprofunda o tema e anota que “Em geral, nos países de direito consuetudinário (especialmente nos EUA, no Reino Unido e na Austrália) os tribunais são generalistas (sem especialização) e, com a sua revisão judicial fechada, tendem a não se aprofundar nos fundamentos factuais das decisões administrativas. Esta estrutura é compensada pela existência de órgãos administrativos (tribunais administrativos, juízes administrativos), dotados de independência, quase judiciais, e

Na América Latina – e no Brasil, particularmente – o Judiciário foi concebido sob uma estrutura generalista, o que cria um profundo anacronismo na aplicação e no controle do Direito Administrativo e que sofre críticas pela doutrina nacional, como a tendência de aplicar regras e princípios de direito privado às contendas de direito público, sem atentar para o interesse público e eventuais consequências das decisões que se refletem na sociedade.<sup>11</sup>

Nesse contexto de complexidades, observa-se que a solução conflitos envolvendo a Administração Pública se situava entre dois extremos, ambas distantes de uma estrutura tida como próxima da ideal: a Justiça com duplicidade de jurisdições, com autoridades públicas e tribunais com independência, especialização e amplos poderes de controle semelhantes, o que representa aumento de custos, insegurança e demora na resolução de conflitos; por outro lado, as autoridades administrativas sem independência e, por conseguinte, sem capacidade para garantir um processo administrativo extrajudicial justo, coexistem com tribunais não especializados, que se inclinam por respeitar a capacidade técnica e autoridades com poder de regulação ou, com o mesmo efeito prático da deferência administrativa, optam por decidir mesmo sem competências cognitivas e técnicas adequadas sobre a matéria *sub judice*.

#### 4. O modelo brasileiro

Especialmente no século XIX, a América Latina e o Brasil não foram exceção ao experimentarem o influxo do constitucionalismo norte-americano após os seus respectivos movimentos republicanos de inde-

que se situam na estrutura de uma Administração Pública com capacidade para proporcionar aos cidadãos o devido processo legal.” PERLINGEIRO, RICARDO. *Op cit.*, 17.

<sup>11</sup> Nas palavras de Ricardo Perlingiero, “é uma realidade que juízes com poderes intensos tratam os conflitos de direito público como se fossem de direito privado, e sem olhos para o interesse público, ou seja, tendem a aplicar princípios de direito privado e de direito processual civil às causas de direito administrativo, dividindo-se em demandas individuais causas que, baseadas no interesse geral, são essencialmente coletivas e, portanto, propensas à multiplicação. Isto é especialmente verdadeiro no Brasil, onde, até o momento, não existe uma lei geral sobre processos administrativos judiciais”. PERLINGEIRO, RICARDO. *Op. cit.*, 22.

pendência, o que levou os países a optarem, constitucionalmente, por um sistema de jurisdição unificada no Poder Judiciário (sistema monista), rompendo com as suas origens na Europa continental, que seguia um modelo jurídico dualista.<sup>12</sup>

No Brasil, com a Proclamação da República, em 1891, sob a influência declarada do constitucionalismo norte-americano, estabeleceu-se um sistema judicial único de jurisdição administrativa e de jurisdição comum, ainda hoje em vigor.

A aceitação do sistema judicial uno pela Constituição Republicana de 1891 está associada a uma opção puramente política em favor do constitucionalismo liberal presente nos Estados Unidos, em oposição às instituições monárquicas brasileiras, de inspiração e origem europeia. O contencioso administrativo, por razões históricas e lógicas, não acompanhou a evolução do Direito Administrativo europeu (*justiça déléguée*). Seguiu a tradição norte-americana, mas não importou estruturas essenciais como o *stare decisis* – que impõe força vinculativa aos casos judiciais, entendidos como precedentes na tradição jurídica do direito *consuetudinário*.

O tratamento constitucional dado pela Constituição de 1988 é norteado pela garantia de tutela jurisdicional efetiva. Em lição lapidar e que merece transcrição, Teori Albino Zavascki, definiu que

“Sob o nome de direito à efetividade da jurisdição, queremos aqui designar o conjunto de direitos e garantias que a Constituição atribui ao indivíduo que, impedido de fazer justiça pelas próprias mãos, provoca a atividade jurisdicional para reivindicar o bem da vida. que ele considera ter direito. Pois essa pessoa deveria ter, e tem, assegurados meios céleres e, além disso, eficazes de examinar a demanda levada ao conhecimento do Estado. Eficazes, no sentido de que devem ser capazes de proporcionar ao litigante vitorioso a realização “tática” da sua vitória.<sup>13</sup>”

Tal afirmação assenta-se na previsão contida na Constituição de 1988, cujos comandos articulam-se para a salvaguarda da efetividade da

<sup>12</sup> Nesse sentido, “embora adote o sistema *de common law* de jurisdição única, o direito brasileiro não seguiu o mesmo princípio do *stare decisis*, que confere força obrigatória aos precedentes judiciais”. (PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA D. *Op. cit.* Item 1.8).

<sup>13</sup> ZAVASCKI, TEORI ALBINO. *Antecipação de Tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997. 64.

jurisdição, inscritos no Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos –, inserido no Título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, ao dispor que

**Art. 5º.** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de natureza, assegurada aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos: [...]

**XXXV - a lei não exclui do exame do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;** [...]

**LV - seja assegurado o contraditório e a ampla defesa,** com os meios e recursos que lhe são inerentes; [...]

**LXXVIII - é assegurada a todos, nas esferas judicial e administrativa, duração razoável do processo e meios adequados para garantir a celeridade do seu processamento.** (grifo nosso)

Observa-se, nos incisos do art. 5º, da Constituição de 1988, que a garantia da efetividade jurisdicional e da inamovibilidade da jurisdição se estende ao devido processo legal. Ao mesmo tempo, o devido processo administrativo – fora da estrutura do Poder Judiciário – é elevado à categoria de direito fundamental, tornando-se uma pré-condição para decisões administrativas que restrinjam direitos individuais. Em geral, o devido processo administrativo consagra os princípios que regem o regime jurídico administrativo brasileiro, aos quais está subordinado.

O devido processo legal concentra-se em atos e processos administrativos em duas dimensões. Em um deles, puramente administrativo, o devido processo legal visa garantir a regularidade dos atos e processos administrativos, por meio da integração da sociedade na busca dos princípios que regem o Direito Administrativo brasileiro, como o interesse público e a legalidade.<sup>14</sup> Em outro, com o desenvolvimento judicial do processo, surge o devido processo legal clássico e substantivo que assegura não apenas a processualidade, mas também o conteúdo resultante do procedimento administrativo.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> MEDAUAR, ODETE. *A Processualidade no Direito Administrativo*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. 81-82.

<sup>15</sup> Maria Sylvania Zanella di Pietro, resume o tema, ao explicar que “para aprimorar o controle judicial, foi construída a doutrina do devido processo legal substantivo, que permite ao Poder Judiciário examinar, além da observância do procedimento pelo

É de se assinalar, ainda, que o texto constitucional que prevê a razoável duração do processo e o direito à ampla defesa, como corolários da efetividade da prestação da tutela jurisdicional – tanto na esfera administrativa quanto na jurisdicional –, prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também denominada de Pacto de San Jose de Costa Rica<sup>16</sup>, vigente no Brasil desde 1992, consiste em garantias inquestionáveis contra a violação dos direitos humanos. Com efeito, se há direitos que podem ser acometidos pela demora irrazoável da tramitação processual, se está ante o descumprimento de um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito que, dentre os vários cânones, está a dignidade da pessoa humana (art. 1º, caput, e inciso III).<sup>17</sup>

No Brasil, então, convivem dois cenários. O primeiro relaciona-se à Administração Pública perante o Poder Judiciário: atos vinculativos e atos discricionários – separação tradicional. O segundo diz respeito à Administração Pública e ao processo na seara interna.

##### *5. Administração Pública perante o Poder Judiciário: atos vinculativos e atos discricionários*

Diferentemente da Itália, onde há uma decisão entre direitos indivi-

órgão, também a razoabilidade de suas decisões diante dos conceitos jurídicos indeterminados contidos no lei; ou seja, a evolução do princípio do devido processo legal se deu no sentido de tornar cada vez mais rigoroso o formalismo do procedimento, com exigências feitas pelo Supremo Tribunal Federal quanto à motivação, à racionalidade das decisões diante dos dados coletados pelos órgãos, a relação custo-efetividade das medidas e padrões adotados.” PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA D. *Op. cit.* Item 1.9.

<sup>16</sup> Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose de Costa Rica). Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf). Acesso em 17/2/2024.

<sup>17</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso: 16/2/2024.

duais, sobaapreciação a jurisdição judicial, e bens jurídicos, perante a jurisdição administrativa, no Brasil não há tal distinção.

No sistema brasileiro, a atuação judicial sobre decisões administrativas será afetada judicialmente basicamente em duas circunstâncias: quando a violação da legalidade causar dano pessoal aos indivíduos se o sistema jurídico tiver permanecido intacto; e houver privação de vantagem a que o administrado teria direito ou pretendia obter, nos termos da lei, se tal violação não tivesse ocorrido.

Portanto, não será aplicável apenas numa perspectiva de lesão ao direito a ser juridicamente protegido. É certo que, quando um ato administrativo, em violação à legalidade e em agravamento do espaço discricionário que há na Administração Pública brasileira, causar dano pessoal aos cidadãos, a salvaguarda judicial será adequada, e mais, essencial para garantias e direitos fundamentais consagrados na Constituição vigente.<sup>18</sup>

Será também certo que as privações de vantagens a que o administrado teria direito ou pretendia obter – tais como direitos adquiridos pelo administrado em relação à Administração Pública, ao comércio livre, à atividade regulada pelo Estado e outras – sejam protegidas pelo exame da proteção judicial.

Não há dúvidas quanto ao controle da legalidade das decisões vinculadas da Administração Pública, mediante nulidade declarada pelo Poder Judiciário. Questão controversa, porém, é o controle judicial dos atos administrativos discricionários.

A regra é que o Poder Judiciário não avalie o mérito das decisões administrativas<sup>19</sup>, não podendo ingressar no âmbito da liberdade previs-

<sup>18</sup> Utiliza-se neste texto a terminologia de “direitos humanos” e direitos fundamentais” por esta autora se filiar ao entendimento de Melina Girardi Fachin para quem “Ainda que este trabalho se refira, em maior medida, à ordem constitucional interna, optou-se pela terminologia “direitos humanos” por se considerar insustentável uma distinção entre direitos fundamentais, humanos e da personalidade de acordo com o campo no qual a discussão se insere – interno, internacional ou privado. Estes devem ser vistos de modo associado, pois consubstanciam um todo holístico e integral em torno dos valores de dignidade que gravitam. Cf. FACHIN, MELINA GIRARDI; GONÇALVES, MARCOS ALBERTO ROCHA. De fora, de cima e de baixa - todos os sentidos da dignidade no discurso dos direitos. *Revista brasileira de direitos e garantias fundamentais*. Curitiba, v. 2, n. 2, p. 78 -94, jul./dez. 2016, 90

<sup>19</sup> CRETTELLA JÚNIOR, JOSÉ. *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*. 3ª edição.

ta em lei, pois no caso concreto o administrador escolheu, entre duas ou mais soluções, com base na oportunidade e na conveniência, visando o cumprimento do fim legal.

O que se protege com isso, por conseguinte, é a discricionariedade administrativa – escolha da Administração Pública, o que não significa – como erroneamente, por vezes, opiniões superficiais e desprovidas de tecnicidade – abuso ou desvio da finalidade administrativa<sup>20</sup>. Esses casos, em qualquer hipótese, estarão sujeitos ao controle do Poder Judiciário, não porque sejam discricionários, mas porque afrontam a legalidade e estão crivados de invalidade.

Os tribunais brasileiros limitam-se a avaliar a legitimidade, proporcionalidade e razoabilidade das decisões administrativas discricionárias, haja vista que a discricionariedade não existe com a mesma abrangência em todos os casos concretos, devendo ser respeitada a finalidade e obtendo os resultados legalmente almejados na busca da devida realização do interesse público. No âmbito da legalidade, a Administração Pública deve prosseguir a melhor decisão possível, a ótima, para garantir a concretização do interesse público.

Não surpreende, pois, que a fiscalização jurisdicional dos atos administrativos, ainda que realizada em nome de certa discricionariedade, se estenda, necessária e intransponível, à apuração dos motivos, objeto e causa do ato.

Nessa linha de posicionamento, o Supremo Tribunal Federal entende que

“Prorrogação do prazo fiscal devido à pandemia do novo coronavírus. Agir a critério das autoridades executivas ou legislativas. Impossibi-

Rio de Janeiro: Forense, 1993. 294.

<sup>20</sup> “[D]iscricção, portanto, é a margem de liberdade deixada ao administrador para escolher, segundo critérios consistentes de razoabilidade, uma, entre pelo menos duas condutas adequadas, em cada caso específico, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada ao fim jurídico, quando, pela fluidez das expressões da lei ou pela liberdade conferida no mandamento, não se possa dele extrair objetivamente uma solução inequívoca para a situação atual”. (BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: Malheiro Editores, 2006. 48).

lidade de concessão por forma judicial. É necessário respeitar o princípio da separação de poderes.<sup>21</sup>

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 13.979/2020, que dispõe medidas para atender à emergência de saúde pública decorrente da covid-19. Competência comum dos órgãos federais em saúde. Arti 23, ii e 196 da cf. Federalismo cooperativo. Exigência administrativa para enfrentar a pandemia do coronavírus. Exigência de autorização prévia do ministério da saúde. No entanto, a prévia avaliação das evidências científicas e a análise da informação estratégica é essencial. Medida que, também, deve obter um critério de razoabilidade e proporcionalidade. Atribuir novos requisitos ao pedido de julgamento. Impossibilidade do princípio da separação de poderes. Ação direta de pedido de inconstitucionalidade indevida.<sup>22</sup>”

O entendimento vigente da Suprema Corte brasileira demonstra cautela quanto ao controle judicial da Administração Pública, no que tange, especialmente, à separação de Poderes. A separação de Poderes é fundamental ao Estado Democrático de Direito (artigo 2º da Constituição de 1988).<sup>23</sup>Tal garantia impede inclusive a deliberação sobre processos de emenda constitucional que tendem a abolir a separação de Poderes (artigo 60, parágrafo 4º, da Constituição de 1988).<sup>24</sup>

O Supremo Tribunal Federal, à vista desses fundamentos, afirma que o controle judicial dos atos administrativos deve sempre respeitar a garantia constitucional da separação de Poderes e ser realizado com a devida observância da proporcionalidade e da razoabilidade.

<sup>21</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Extraordinário n. 1.307.729*, Ministro Relator Luís Roberto Barroso, julgado em 05.05.2021.

<sup>22</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.362*, Ministro Relator Ricardo Lewandowski, Plenário, julgado em 09.02.2020.

<sup>23</sup> “Art. 2º O Legislativo, o Executivo e o Judiciário são poderes da União, independentes e em harmonia entre si”.

<sup>24</sup> “Art. 60. A Constituição poderá ser alterada mediante proposta: [...] § 4º. A proposta de alteração tende a abolir: [...] III - a separação dos Poderes [...]” (grifo meu).

## 6. *A Administração Pública e o processo na sua seara interna*

Derivado do modelo processual administrativo adotado pelo Brasil, há o dever da Administração Pública de processar demandas que lhe sejam atribuídas e exigidas pelos administrados. Esta conclusão advém do procedimento administrativo e do princípio da oficialidade, segundo o qual a Administração Pública deve tomar todas as providências necessárias à tramitação processual – e, assim, a busca do efetivo interesse público. A Lei n. 9.784/1999, que regulamenta o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal brasileira, define que

[...] Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, entre outros, aos princípios da legalidade, da finalidade, da motivação, da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade, da ampla defesa, do contraditório, da segurança jurídica, do interesse público e da eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos, serão observados, entre outros, os seguintes critérios: [...] XII - impulso de ofício do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados; [...]

Art. 5ª. O processo poderá ser iniciado de ofício ou a pedido do interessado; [...]

Art. 29. As atividades instrucionais destinadas a investigar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão são realizadas de ofício ou por impulso do órgão responsável pelo processo, sem prejuízo do direito dos interessados de propor ações probatórias [...].

Essa proteção jurídica dos procedimentos administrativos internos da Administração Pública, além do dever de fiscalizar as decisões administrativas, resulta do direito fundamental de recorrer ao judiciário consagrado na Constituição de 1988:

Art. 5ª; XXXIV: É garantido a todos, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição ao Poder Público em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; b) obtenção de certidões de repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal.

Esse dispositivo constitucional – que provoca discussão sobre a car-

ga do sistema judiciário, mesmo para processos em que se discutem atos administrativos – prevê, em especial, o direito de recorrer ao Poder Público em defesa de direitos ou contra ilegitimidade ou abuso de poder. Não se trata apenas da possibilidade de recurso ao Judiciário, mas ao Poder Público em geral, incluindo a Administração Pública. Ou seja, a Administração Pública também detém competência para processar demandas relacionadas à defesa de direitos ou contra ilegitimidade ou abuso de poder.

Os instrumentos para isso são: (i) representação (comunicação de irregularidades); (ii) recurso administrativo (ato pelo qual o administrador, pessoa física ou servidor público, interpõe recurso à Administração Pública, visando o reconhecimento do direito ou a correção de ato que causa ou ameaça causar dano); (iii) pedido de revisão (quando o interessado solicita a revisão do ato à autoridade que o emitiu).

Há, igualmente, (iv) os recursos hierárquicos (pedidos de reexame do ato dirigidos à autoridade superior àquela que emitiu a escritura). Os recursos hierárquicos podem ser “próprios” ou “impróprios”. Os primeiros (“próprios”) são aqueles dirigidos à autoridade imediatamente superior, dentro do mesmo órgão em que o ato foi praticado; ambos são provêm da hierarquia, ínsita à Administração Pública. Os segundos (“impróprios”) são aqueles dirigidos à autoridade de outro órgão não integrado na mesma hierarquia daquele que emitiu o ato impugnado. Por fim, há (v) revisão que é o meio pelo qual o servidor público, punido pela Administração Pública brasileira, poderá solicitar a revisão da decisão que o pune ou sanciona, caso ocorram novos fatos que comprovem sua inocência.

Legislativamente, o processo administrativo federal é regulamentado pela Lei 9.874/1999. No entanto, também são competentes os Estados, os Municípios e o Distrito Federal para editar lei específica sobre processos administrativos, podendo regulamentar as suas especificidades ou recepcionando, em sua esfera federativa, a lei federal.

Destaca-se outro meio de controle de atos e processos administrativos perante a Administração Pública brasileira: os Tribunais de Contas, que pertencem à estrutura da União ou dos Estados, e de apenas dois Municípios<sup>25</sup>

<sup>25</sup> De modo geral, a Constituição brasileira proíbe a criação de Tribunais de Contas

Os Tribunais de Contas são estruturas constitucionais de controle externo da Administração Pública, e não pertencem ao Poder Judiciário. Suas competências estão previstas nos artigos 70 e 71 da Constituição de 1988. Inseridos no Poder Legislativo, como órgãos auxiliares, exercem diversas competências, como, por exemplo emitir parecer prévio sobre as contas do Poder Executivo - porque ao Legislativo compete julgar; julgar as contas do Poder Legislativo, do Judiciário, do Poder Público e do Ministério Público; e examinar a legalidade dos concursos públicos, dos atos previdenciários e da suspensão dos atos impugnados, além dos gastos públicos.

Embora sejam vistos como órgãos subsidiários do Legislativo, possuem configuração de tribunais administrativos e orçamento próprio. Primeiro, porque possuem uma estrutura decisória – os Ministros (Tribunal de Contas da União - TCU) e os Conselheiros (Tribunal de Contas do Estado - TCE e Tribunal de Contas do Município - TCM) são juridicamente considerados magistrados, com direitos, impedimentos, deveres etc. Segundo, porque recebem vencimento semelhantes às do Poder Judiciário, como o Ministério Público de Contas, com procuradores com as mesmas garantias e deveres do procurador federal.

Sobre os Tribunais de Contas, a possibilidade de o Judiciário rever decisões é um ponto controverso e é possível identificar duas correntes predominantes. Uma delas entende que o Judiciário só pode rever as decisões dos Tribunais de Contas quanto à legalidade das decisões, não podendo entrar no mérito; a outra professa a possibilidade de que o Poder Judiciário pode rever todas as decisões dos Tribunais de Contas, inclusive sobre o mérito.

À vista disso – e com ponderações que foram anteriormente endereçadas ao controle judicial dos atos administrativos discricionários -, traz-se alguns pontos que merecem atenção da doutrina, da legislação e dos aplicadores da lei no Brasil. Elenca-se a independência entre os Poderes da República; a configuração da jurisdição monística derivada do sistema inglês; decisões técnico-administrativas sobre assuntos ou situações de incompetência dos Tribunais de Contas; o fato de as deci-

municipais (art. 31, § 4º). Existem, no entanto, alguns Tribunais de Contas Municipais ou Municipais - criados antes da promulgação da Constituição Brasileira de 1988 - que merecem atenção especial em outro estudo.

sões dos Tribunais de Contas não se tornarem definitivas; e a inexorabilidade da jurisdição. A par disso, a jurisprudência dos Tribunais Superiores, especialmente, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, varia em função das situações concretas e peculiaridades que devem ser enfrentados pelo direito brasileiro, em face dos casos concretos.

### *7. A relação entre Administração Pública e Direitos Humanos e suas Garantias*

Na célebre obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”<sup>26</sup>, Robert Alexy compreende a estrutura dos direitos fundamentais ao direito precípua à ação positiva do Estado, à prestação de políticas públicas que implementem os direitos que são garantidos aos cidadãos. Segundo Alexy, a ação positiva do Estado “passa pelo estabelecimento de normas organizacionais e procedimentais”<sup>27</sup>, uma vez que a garantia dos direitos fundamentais, sociais ou humanos em sentido amplo, carece tanto de uma ação negativa do Estado – ou seja, que o Estado não promova a restrição a tais direitos – quanto de uma ação positiva – isto é, que o Estado promova tais direitos, compreendendo-os sob a categoria de políticas públicas.

A precisão de conteúdo enseja a reprodução da lição de Robert Alexy:

“aquele que propõe a introdução de um direito fundamental ao meio ambiente, ou que pretende atribuí-lo por meio de interpretação a um dispositivo de direito fundamental existente, pode incorporar a esse feixe, dentre outros, um direito a que o Estado se abstenha de determinadas intervenções no meio ambiente (direito de defesa), um direito a que o Estado proteja o titular do direito fundamental contra intervenções de terceiros que sejam lesivas ao meio ambiente (direito de proteção), um direito a que o Estado inclua o titular do direito fundamental nos procedimentos relevantes para o meio ambiente (direito a procedi-

<sup>26</sup> ALEXY, ROBERT. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. trad. Virgílio Afonso da Silva. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>27</sup> ALEXY, ROBERT. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. trad. Virgílio Afonso da Silva. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. 442.

mentos) e um direito a que o próprio Estado tome medidas fáticas benéficas ao meio ambiente (direito a prestação fática).<sup>28</sup>”

Somam-se a essa compreensão do papel positivo do Estado as previsões internacionais de direitos humanos. Conforme alertam Melina Girardi Fachin, Eduardo Cambi e Letícia de Andrade Porto, de acordo com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos<sup>29</sup> e das previsões da Convenção Americana de Direitos Humanos,

“Os Estados-membro estão impedidos de criar situações de discriminações de *iure* ou de *facto*, bem como são obrigados a adotar medidas positivas para reverter ou alterar situações discriminatórias existentes em suas sociedades em prejuízo de determinado grupo de pessoas.<sup>30</sup>”

Desse modo, os direitos humanos exigem do Estado um esforço contínuo de implementação e permanência. Em outros termos, o compromisso com os direitos humanos exigem uma Administração Pública responsável e atenta às demandas coletivas, mas, sobretudo, aberta ao diálogo com a sociedade e com suas ramificações, sobretudo, pelos diálogos institucionais que favorecem o pleno desempenho da função administrativa<sup>31</sup>.

É nesse ponto que o processo administrativo deve ser encarado como essencial à promoção dos direitos fundamentais. Sua relação é íntima e necessária, uma vez que, como elucidado anteriormente, a processualização da Administração Pública viabiliza o compromisso com os direitos humanos e suas garantias. Uma Administração Pública organizada, ágil, vigilante e responsável é essencial para a concretização dos

<sup>28</sup> ALEXY, ROBERT. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. trad. Virgílio Afonso da Silva. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. 443.

<sup>29</sup> CORTE INTERMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Trabalhadores de Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*. Sentença de 20 out. 2016. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_318\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf). Acesso em: 05 fev. 2024.

<sup>30</sup> FACHIN, MELINA GIRARDI; CAMBI, EDUARDO; PORTO, LETÍCIA DE ANDRADE. *Constituição e Direitos Humanos: tutela dos grupos vulneráveis*. São Paulo: Almedina, 2022. 241.

<sup>31</sup> CLÈVE, CLÊMERTON MERLIN; LORENZETTO, BRUNO MENESES. *Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade*. *Revista de Investigações Constitucionais*, set.-dez./2015. Item 4. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rinc/a/4m6g6DbMwXn6sRM37f6vPxD/#>. Acesso em: 04 fev. 2024.

direitos previstos na Constituição de 1988 para cumprir os tratados e convenções internacionais de direitos humanos, dos quais o Brasil é signatário.

Entretanto, há, no Brasil, *déficits* na Administração Pública e no processo administrativo que dificultam e até mesmo obstaculizam a garantia dos direitos humanos e, por consequência, (re)vulnerabilizam determinados grupos sociais historicamente marginalizados em vários de seus direitos e atingem outros bens jurídicos como o meio ambiente.

Sem dificuldades constata-se que a Administração Pública brasileira tem se mostrado ineficaz para a garantia dos direitos de comunidades vulneráveis, como ocorreu com o desastre em Rio Doce<sup>32</sup> e no tratamento dos povos indígenas durante a pandemia de COVID-19<sup>33</sup>. Adiciona-se a isso o fato de que, tanto o processo administrativo quanto o processo judicial têm encontrado dificuldades estruturais e sociais para o pleno exercício dos direitos. Não obstante o acesso à justiça esteja previsto na Constituição de 1988<sup>34</sup> e tenha sua extensão explicitamente amparada pelas decisões do Supremo Tribunal Federal<sup>35</sup>, há incontáveis obstáculos econômicos, sociais, culturais, geográficos e de informações sobre o acesso à justiça e à Administração Pública brasileiras.

A relação entre a Administração Pública e os direitos humanos é umbilical e indispensável. Por sua configuração (estrutura operacional,

<sup>32</sup> GALEB, ANNA CAROLINA; Benavides, Juanita CUÉLLAR; SILVA, VINÍCIUS ALVES BARRETO DE; MASO, TCHENNA FERNANDES. *O acesso à justiça de mulheres atingidas no caso Rio Doce*. *Revista Direito e Práxis*, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2021.

<sup>33</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709/DF*, Ministro Relator Roberto Barroso, julgado em 21.06.2021.

<sup>34</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito [...].

<sup>35</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Segundo Ag. Reg. No Recurso Extraordinário 913.536/RS*, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. do Acórdão Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 07.02.2017.

amplitude, manuseio de recursos e carga de deveres e de poderes), a Administração Pública é a figura que, pela sua própria razão de ser, deve garantir os direitos fundamentais aos cidadãos, conquanto haja deficiências históricas no plano legislativo, organizacional e de gestão, interna e externamente, e que demandam decisões governamentais para que o compromisso estatal com os direitos humanos seja concretizado.

#### *8. Os Meios Adequados de Solução de Conflitos e a Administração Pública brasileira*

Igualmente relevante para o sistema jurídico pátrio, que envolve as competências administrativas, é a resolução de conflitos envolvendo a Administração Pública brasileira. Para compreender os meios de solução de tais conflitos é preciso abordar aspectos da estrutura administrativa e os instrumentos de que dispõe para esta finalidade.

A Administração Pública brasileira é composta por diversos órgãos, entidades e agentes que desempenham funções executivas, legislativas e judiciárias. Consequentemente, os conflitos podem surgir em várias esferas, incluindo, por exemplo, servidores públicos, empresas contratadas pelo governo, cidadãos e entidades públicas.

Quando se trata de solução de conflitos, o meio mais tradicionais é provocar o Poder Judiciário. Isso, em certa medida, deriva da garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988). Além disso, outra razão que justifica a centralidade do Poder Judiciário, particularmente para questões envolvendo Direito Público, é o apego dos países latino-americanos pela figura do Poder Judiciário, como esclarece Roberto Gargarella<sup>36</sup>.

No entanto, adotar meios adequados de solução de conflitos não significa negar a relevância histórica e social desempenhada pelo Judiciário. Trata-se de uma outra perspectiva sobre o Direito e sobre a tutela dos direitos, reconhecendo-se que há outras formas para a dirimir conflitos, mais consentâneas às expectativas e às necessidades das partes

Para Eduardo Talamini e Luiz Rodrigues Wambier,

<sup>36</sup> GARGARELLA, ROBERTO. *La derrota del derecho en América Latina / Roberto Gargarella*. 1 ed. Cidade Autônoma de Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2020. 25-27.

“Tais métodos, em especial a conciliação e a mediação, apresentam a vantagem, em muitos casos, de possibilitar verdadeira composição da lide, de forma mais célere e menos custosa, tanto emocional quanto financeiramente. A arbitragem, por sua vez, pode viabilizar decisões definitivas para o litígio, proferidas por julgadores eventualmente mais especializados e em um tempo mais curto do que o dispendido no processo judicial.<sup>37</sup>”

Essas novas possibilidades derivam da concepção de Justiça Multiportas<sup>38</sup> que compreende um sistema inserido na intersecção entre direito processual, direito constitucional e direito administrativo.<sup>39</sup> No Brasil, em lugar de um *Tribunal Multiportas*, é apropriado o termo *Sistema de Justiça Multiportas*, “porque o sistema brasileiro não é organizado a partir de um átrio central, ainda que virtual, mantido e controlado por um único órgão, seja do Poder Judiciário, seja de outra instituição governamental”<sup>40</sup>. Ao lado dos meios adequados de solução de conflitos, há institutos catalisadores do sistema de justiça multiportas: “os negócios jurídicos sobre o modo de solução de um problema jurídico, a cooperação judiciária, a produção antecipada de provas e o livre trânsito (de técnicas e entre portas de acesso à justiça)”<sup>41</sup>.

Essa perspectiva atual de solução adequada de controvérsias é adotada pelo Brasil, especialmente pelo Código de Processo Civil de 2015 e pela Resolução n° 125, do Conselho Nacional de Justiça. Segundo o CPC: “é permitida a arbitragem [...]” (art. 3° , § 1° , do CPC/2015); “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos con-

<sup>37</sup> WAMBIER, LUIZ RODRIGUES; TALAMINI, EDUARDO. *Curso Avançado de Processo Civil: teoria geral do processo*. Vol. 1. 19 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. 120.

<sup>38</sup> V. SANDER, FRANK; CRESPO, MARIANA HERNANDEZ. *Diálogo entre os professores Frank Sander e Mariana Hernandez Crespo: explorando a evolução do Tribunal Multiportas*. In: ALMEIDA, RAFAEL ALVES DE; ALMEIDA, TANIA; CRESPO, MARIANA HERNANDEZ (Org.). *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2012.

<sup>39</sup> DIDIER JR., FREDIE; FERNANDEZ, LEANDRO. O sistema brasileiro de Justiça Multiportas como um sistema auto-organizado: interação, integração e seus institutos catalisadores. *Revista do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Norte – REPOJURN*, a. 03, n. 01, jan./jun. 2023. p. 14.

<sup>40</sup> DIDIER JR., FREDIE; FERNANDEZ, LEANDRO. *Op. cit.* 16.

<sup>41</sup> DIDIER JR., FREDIE; FERNANDEZ, LEANDRO. *Op. cit.* 33.

flitos” (art. 3º, § 2º, do CPC/2015); e “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial” (art. 3º, § 3º, do CPC/2015). Igualmente, a Resolução nº 125 do CNJ, de 2010, cuida da implementação do Sistema de Justiça Multiportas no Brasil, idealizado por Frank Sander, da Harvard Law School.

A adoção de instrumentos para solução de controvérsias permitem respostas ajustadas às necessidades e às expectativas das partes, respostas consensuais, no caso da mediação e da conciliação, e respostas tecnicamente mais adequadas e impostas, no caso da arbitragem. O princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no artigo art. 5º, inciso XXXV, da Constituição de 1988, deve ser interpretado não como um óbice aos meios adequados (e, não, alternativos) de solução de controvérsias, mas como uma garantia aos cidadãos à tutela de seus direitos. Tanto assim o é que o Supremo Tribunal Federal entende que a Lei da Arbitragem (Lei 9.307/1996) é compatível com a Constituição vigente.<sup>42</sup> De acordo com a Lei n.º 9.307/1996, “[a] arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade” (art. 2º, 3º, da Lei n.º 9.307/1996). Além disso, a Lei de Licitações e Contratações Públicas promulgada em 2021 (Lei n.º 14.133/2021) contempla, em seu Capítulo XII (artigos 151 a 154), os Meios “Alternativos” de Resolução de Controvérsias.

Orienta a Lei de Licitações e Contratações Públicas que “nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem” (art. 151, da Lei n.º 14.133/2021). Desse modo, o ordenamento jurídico brasileiro tem ampliado o espaço para que os meios consensuais e adequados de solução de conflitos sejam recepcionados pela Administração Pública brasileira.<sup>43</sup>

<sup>42</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ag. Reg. Na Sentença Estrangeira n.º 5.206-7 (Reino da Espanha)*; Rel. Min. Presidente Sepúlveda Pertence; Tribunal pleno; julgado em 08.05.1997.

<sup>43</sup> V. MOREIRA, EGON BOCKMANN. *Processo Administrativo: princípios constitucionais e a Lei nº 9.784/1999 (com especial atenção à LINDB) / Egon Bockmann Moreira*. 6 ed. São Paulo: Fórum, 2022.

Não se pode ignorar que a solução de conflitos envolvendo a Administração Pública brasileira é um desafio complexo, mas essencial para a preservação do Estado de Direito e a promoção do interesse público. A compreensão dos meios adequados de solução de conflitos é inarredável para aprimorar a eficiência do sistema jurídico e promover uma Administração Pública transparente e responsável.

### 9. *Críticas ao modelo brasileiro*

Um Judiciário generalista pode ser tentado a agir abstendo-se de verificar os elementos fáticos das decisões administrativas, limitando-se à legalidade e apenas à verificação formal das decisões contestadas. Todavia, ante a uma Administração Pública desprovida das prerrogativas de exercer os seus poderes de forma independente, tal deferência judicial a favor das autoridades geraria um sentimento de fragilidade cidadã e de imunidade do Estado. A proteção dos direitos humanos tanto da Administração Pública brasileira quanto de seus administradores fica fragilizada pela deferência judicial.<sup>44</sup>

O Judiciário sem especialização é uma realidade em que juízes com atribuições intensas, não raro, tratam os conflitos de direito público como se fossem de direito privado, e sem olhar para o interesse público, ou seja, tendendo a aplicar os princípios do Direito Privado e do Direito Processual Civil tradicional ao Direito Administrativo, sem as devidas adaptações e justes.

Neste panorama causado pela falta de especialização do Poder Judiciário em questões, por vezes complexas, de Direito Público, magistrados e a própria legislação processual podem resistir à resolução consensual de conflitos, por qualquer de seus instrumentos (arbitragem, medi-

<sup>44</sup> Elpídio Donizetti destaca o processo como meio de efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição Brasileira de 1988 (Donizetti, Elpídio. *O processo como meio de efetivação dos Direitos Fundamentais*). A doutrina processual civil brasileira entende o processo civil não apenas como uma relação jurídica processual (BÜLOW, Oskar. *La teoría de las cepciones y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: Ejea, 1964), mas como um instrumento de efetivação de direitos fundamentais (OLIVEIRA, CARLOS ALBERTO ALVARO DE. *O processo civil na perspectiva dos Direitos Fundamentais*. In: *Do formalismo no processo*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 261).

ação, acordos) e recorrer à interpretação ampliada de direitos indisponíveis, confundindo o interesse público com o interesse das autoridades.

Adicione-se a isto uma Administração Pública sem prerrogativas de decidir conflitos com efetiva independência, onde o Poder Judiciário busca progressivamente uma maior intensidade de sua competência no controle da ação administrativa.

Neste quadro delicado e de extremos constata-se, dentre tantas consequências indesejadas, tribunais judiciais que se omitem em favor das autoridades – o que seria típico do modelo norte-americano com órgãos quase-judiciais –, e os que são criticados pelas autoridades por avançarem na intensidade do controle – circunstância dominante no modelo europeu-continental com jurisdição dualística e especializada.

#### 10. *Conclusões*

O processo administrativo brasileiro enfrenta muitos desafios para sua implementação e para a garantia dos direitos que devem ser promovidos pela Administração Pública.

O modelo administrativo adotado no Brasil, sua processualidade perante o Poder Judiciário e sua estrutura processual interna somam adversidades que dificultam o pleno exercício administrativo, uma vez que as demandas administrativas enfrentam os mesmos desafios e acúmulos dos processos judiciais.

Verifica-se que, uma vez submetido processo administrativo brasileiro ao Poder Judiciário em razão de pretensão resistida, sua resolução carece da tecnicidade inerente às funções administrativas. Embora haja previsão normativa de que o Judiciário só possa controlar a legalidade do ato administrativo – e, não, propriamente o seu mérito, a discricionariedade –, é fato que a especialidade e tecnicidade administrativas escapam ao generalismo do Judiciário. É, em parte, por tais razões que os meios adequados de solução de conflitos envolvendo a Administração Pública têm crescido e ganhando a atenção tanto dos legisladores quanto dos administradores brasileiros.

*Referências*

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. trad. Virgílio Afonso da Silva. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ASIMOW, Michael. Cinco Modelos de Adjudicação Administrativa. **Jornal Americano de Direito Comparado**. Michigan, v. 4, pág. 3-32, set./dez. 2015.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2ª edição. São Paulo: Malheiro Editores, 2006.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) . Acesso em: 27 junho 2023.
- \_\_\_\_\_. **Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19784.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm) . Acesso em: 29 de junho de 2023.
- BÜLOW, Oskar. **A teoria das exceções e dos pressupostos do processo**. Buenos Aires: Ejea, 1964.
- CANA, Pedro. **Lei Administrativa**. 5ª edição. Nova York: Oxford University Press, 2011.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, set.-dez./2015. Item 4. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rinc/a/4m6g6DbMwXn6sRM37f6vPxD/#>. Acesso em: 04 fev. 2024.
- CORTE INTERMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Trabalhadores de Fazenda Brasil Verde vs. Brasil**. Sentença de 20 out. 2016. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_318\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf). Acesso em: 05 fev. 2024.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Controle Jurisdicional do Ato Administrativo**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. O sistema brasileiro de Justiça Multiportas como um sistema auto-organizado: interação, integração e seus institutos catalisadores. **Revista do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Norte – REPOJURN**, a. 03, n. 01, jan./jun. 2023.
- DONIZETTI, Elpídio. **O processo como meio de efetivação dos Direitos Fundamentais**. Migalhas de Peso, 2010. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/109416/o-processo-como-meio-de->

efetivacao-dos-direitos-fundamentais. Acesso em 29 de junho de 2023.

FACHIN, Melina Girardi; CAMBI, Eduardo; PORTO, Letícia de Andrade. **Constituição e Direitos Humanos: tutela dos grupos vulneráveis**. São Paulo: Almedina, 2022.

GALEB, Anna Carolina; BENAVIDES, Juanita Cuéllar; SILVA, Vinícius Alves Barreto de; MASO Tchenna Fernandes. O acesso à justiça de mulheres atingidas no caso Rio Doce. **Revista Direito e Práxis**, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2021.

GARGARELLA, Roberto. **La derrota del derecho en América Latina / Roberto Gargarella**. 1 ed. Cidade Autônoma de Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2020.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 11. ed. Rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro / Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho**. 42 ed. atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo: princípios constitucionais e a Lei nº 9.784/1999 (com especial atenção à LINDB) / Egon Bockmann Moreira**. 6 ed. São Paulo: Fórum, 2022.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **O processo civil na perspectiva dos Direitos Fundamentais. In : Do formalismo no processo** . São Paulo: Saraiva, 2003.

PERLINGEIRO, Ricardo. Desafios contemporâneos da justiça administrativa na América Latina. **Revista de Investigações Constitucionais**. Curitiba, vol. 4, n. 1º de janeiro/abr. 2017.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. 36 ed. São Paulo: Grupo GEN, 2023. E-book.

SANDER, Frank; CRESPO, Mariana Hernandez. **Diálogo entre os professores Frank Sander e Mariana Hernandez Crespo: explorando a evolução do Tribunal Multiportas**. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez (Org.). **Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV, 2012.

STRAUSS, Peter. **Uma introdução à justiça administrativa nos Estados Unidos**. Durham: Carolina Academic Press, 1989.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo em Recurso Especial n. 1.806.617/DF** , Ministro Relator Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 01.06.2021.

\_\_\_\_\_. **Recurso em Mandado de Segurança n. 58.373/RS** , Ministro Relator Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16.10.2018.

\_\_\_\_\_. **Recurso Especial n. 1.378.557/RS**, Ministro Relator Marco Aurélio Belize, Terceira Seção, julgado em 23.10.2013.

\_\_\_\_\_. **Recurso Especial n. 1.782.024/RJ**, Ministra Relatora Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 07.05.2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ag. Reg. Na Sentença Estrangeira n.º 5.206-7 (Reino da Espanha)**; Rel. Min. Presidente Sepúlveda Pertence; Tribunal Pleno; julgado em 08.05.1997.

\_\_\_\_\_. **Segundo Ag. Reg. No Recurso Extraordinário 913.536/RS**, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. do Acórdão Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 07.02.2017.

\_\_\_\_\_. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.362**, Ministro Relator Ricardo Lewandowski, Plenário, julgado em 09.02.2020.

\_\_\_\_\_. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Extraordinário n. 1.307.729**, Ministro Relator Luís Roberto Barroso, julgado em 05.05.2021.

\_\_\_\_\_. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709/DF**, Ministro Relator Roberto Barroso, julgado em 21.06.2021.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: teoria geral do processo**. Vol. 1. 19 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997.

FLÁVIO BERTI

## CONTROLE EXTERNO CONCOMITANTE E MONITORAMENTO DA GESTÃO PÚBLICA NO BRASIL

SUMÁRIO: 1. Introdução. – 2. Receitas públicas municipais. – 3. Procedimentos para aquisição de medicamentos e contratação de mão-de-obra terceirizada na área de saúde por entes públicos. – 4. Irregularidades identificadas em processos de compras e contratações públicas por Municípios no Estado do Paraná – 4.1 Identificação das irregularidades. Delimitação do projeto levado a efeito pelo Ministério Público de Contas. – 4.2 Quadro de disparidades. – 5. Considerações finais.

### 1. *Introdução*

Embora pareça lugar comum a afirmação de que os gastos públicos devem ser feitos com a devida adequação às prioridades e necessidades da sociedade nos mais diferentes âmbitos de governo bem como com o devido respeito à estrutura normativa vigente tanto sob os aspectos de forma como os de conteúdo, o assunto merece o devido destaque no que se refere à necessidade de otimização de políticas públicas na área de saúde, especialmente quanto à aquisição de medicamentos e a contratação de mão-de-obra terceirizada por Municípios, em especial devido às limitações de fontes financiadoras de recursos públicos e aos sucessivos casos de desvios e má-utilização decorrentes de práticas inválidas na medida em que ofensivas à ordem jurídica posta e às regras e princípios jurídicos<sup>1</sup> (ÁVILA, 2003) insculpidos na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional.

Neste sentido, atentando para as fontes de recursos disponíveis aos governos locais e às amarras previstas no sistema jurídico, sem perder o foco também sobre a necessidade de racionalização da gestão, toma-se como parâmetro para as considerações que se seguem trabalho exaustivo levado a efeito pelo Tribunal de Contas do Estado do Paraná ao alte-

<sup>1</sup> ÁVILA, HUMBERTO. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo:Malheiros, 2003.

rar o foco da estrutura e do funcionamento do Controle Externo da Administração Pública, tradicionalmente feito *a posteriori* para o chamado controle concomitante através de instrumentos que permitem o monitoramento em tempo real de atos de gestão, notadamente em relação aos procedimentos licitatórios. Ao cruzar dados divulgados pelos próprios Municípios em seus portais da transparência com aqueles enviados pelos Municípios jurisdicionados ao próprio Tribunal de Contas do Estado do Paraná, atendendo assim a deveres instrumentais de alimentação de sistemas de dados e prestação de informações sobre seus processos de compras públicas, torna-se possível ao Controle Externo contribuir para a melhoria de tal processo de contratações com otimização dos resultados das políticas públicas, especialmente na área de saúde.

Embora o apelo pragmático do tema seja inquestionável, é possível embasar as conclusões e as sugestões que aparecem ao final do presente artigo sob a perspectiva científica em face dos juízos decorrentes de uma ponderação normativa exaustiva à luz dos preceitos jurídicos presentes inclusive na lei fundamental embasadora da pirâmide normativa do Brasil. É o que se pretende.

## 2. *Receitas públicas municipais*

As fontes de financiamento de despesas públicas são fundamentais num Estado de Direito embasado que estão sobre uma Constituição estruturadora de direitos fundamentais<sup>2</sup> (CADEMARTORI, 1999) em favor do cidadão e do arcabouço jurídico-político em que se assentam o conjunto de órgãos e instituições responsáveis por atender às expectativas da sociedade e atender aos interesses de seus integrantes, respondendo às demandas por necessidades públicas nas mais diferentes áreas tais a saúde, a educação, a assistência social, a segurança e a justiça. Neste contexto, por certo só é possível prestar serviços públicos bem como edificar as obras de estrutura necessárias para a realização deles se hou-

<sup>2</sup> CADEMARTORI, SÉRGIO. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

ver recursos disponíveis. Ato contínuo, surge o questionamento segundo o qual deve-se identificar de onde eles proveem.

Pois bem, o direito financeiro e a ciência das finanças<sup>3</sup> (ROSA JR., 2000) ensinam que em princípio os recursos públicos podem ser obtidos através de dois tipos de receitas: as originárias e as derivadas. Aquelas decorrem da utilização do próprio patrimônio da Administração como fonte geradora seja através da venda ou locação de bens públicos seja através da exploração de atividade econômica mediante por exemplo a criação de uma empresa estatal cujo objetivo ainda que secundário será a arrecadação de recursos. Já as receitas derivadas são aquelas que encontram espelho na arrecadação de recursos junto aos particulares sem que para tanto o Estado precise dispor de seu patrimônio ou proceder a grandes parcelas de investimento como por exemplo na capitalização de uma empresa pública<sup>4</sup> (ATALIBA, 1968). Tais receitas por sua vez podem ter um viés punitivo a serem obtidas mediante a imposição de sanção pecuniária com vistas a punir a prática de um ato ilegal do particular; de outro lado há as receitas não-punitivas representadas que são pelos tributos, arrecadados junto aos particulares mesmo diante da prática por estes de atos absolutamente legais tais como a obtenção de renda, a venda de produtos, a prestação de serviços ou a realização de operação de natureza financeira.

Fato é que concentrando a atenção nas fontes de recursos em favor dos Municípios, extrai-se diretamente da Constituição Federal<sup>5</sup> (CHIESA, 2002) o rol de competências e conseqüentemente de possibilidades de obtenção de receitas por estes. Neste sentido aparecem de um lado os tributos municipais tais as taxas e contribuições de melhoria de um lado e os impostos de sua competência privativa de outro. Aquelas com vinculação absoluta para sua aplicação na medida em que instituída uma taxa por um Município, os recursos daí advindos somente poderão ser aplicados no financiamento de um serviço público prestado ou colocado à disposição dos contribuintes ou ainda de uma atividade fiscaliza-

<sup>3</sup> ROSA JR., LUIZ EMYGDIO F. da. *Manual de direito financeiro e tributário*. São Paulo: Renovar, 14ª ed, 2000.

<sup>4</sup> ATALIBA, GERALDO. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1968.

<sup>5</sup> CHIESA, CLÉLIO. *A competência tributária no Estado brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

tória exercida sobre os mesmos, enquanto as contribuições de melhoria terão sua receita bloqueada para aplicação exclusiva no financiamento de obras públicas que justificaram sua cobrança. De outro lado, os impostos municipais possibilitarão um espectro mais amplo para uso em gastos públicos, dado o caráter não-vinculado de suas receitas consoante a doutrina do direito tributário<sup>6</sup> (MACHADO SEGUNDO, 2006). Portanto, será a partir da arrecadação de impostos que o Município encontrará meios de financiar a folha de pagamento do funcionalismo, contratar a aquisição de serviços através de licitações, custear despesas correntes e de capital das mais variadas espécies assim como financiar a compra de medicamentos para atendimento à população nos postos e unidades de saúde locais e contratar mão-de-obra terceirizada de médicos dada a insuficiência de atender às demandas por atendimentos em unidades de saúde se considerado apenas o quadro próprio de médicos demais profissionais de saúde do quadro próprio de servidores dos Municípios.

Neste sentido as fontes de financiamento utilizáveis pelos Municípios paranaenses a fim de darem conta de atender à demanda pelos serviços de saúde através das diferentes políticas públicas com foco na distribuição gratuita de medicamentos e atendimento nas diferentes unidades de saúde locais mediante mão-de-obra própria e/ou terceirizada circunda diferentes origens: desde receitas próprias decorrentes da arrecadação dos impostos municipais assim previstos na Constituição Federal de 1988 consistentes no IPTU, no ITBI e no ISS até os repasses obrigatórios mediante os critérios próprios de redistribuição de recursos da Federação brasileira conforme também definido na mesma Constituição<sup>7</sup> e cuja soma à receita dos impostos próprios deverá ter destinação de percentual mínimo aplicado em saúde, o que inclusive é objeto de auditoria e verificação anual pelo Sistema de Controle Externo operado pelos Tribunais de Contas<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> MACHADO SEGUNDO, HUGO DE BRITO. *Contribuições e federalismo*. São Paulo: Dialética, 2005.

<sup>7</sup> Conforme Constituição Federal de 1988 em seus artigos 156, 157 e 158.

<sup>8</sup> Conforme Constituição Federal de 1988 em seus artigos 70 e 71.

### *3. Procedimentos legais para aquisição de medicamentos e contratação de mão-de-obra terceirizada na área de saúde porentes públicos*

À luz das ideias de legalidade, economicidade e eficiência que norteiam a atuação da Administração Pública e que ganharam inclusive o *status* de princípios constitucionais, a aquisição de medicamentos e de contratação de mão-de-obra terceirizada, notadamente médicos especialistas e médicos plantonistas pelos Entes públicos deve respeitar um ritual próprio cujo escopo é a garantia da segurança jurídica e do melhor uso dos recursos públicos. Neste sentido e seguindo a doutrina<sup>9</sup> (OLIVEIRA, 2014) do direito financeiro embasada que está na normatização sobre finanças e contabilidade pública, a realização de despesas públicas sujeita-se a um procedimento próprio ao qual atribui-se a denominação de ciclo orçamentário, de modo tal que a condição inicial para que seja gasto qualquer valor a título de receita pública é a existência de dotação orçamentária própria, assim entendida a previsão de uma conta específica na lei orçamentária anual chamada de “rubrica”, a qual deve conter saldo financeiro em valor suficiente para o gasto que se pretende realizar. Presente tal requisito, a realização da despesa impõe como regra geral a realização de procedimento licitatório para a escolha do particular contratado que fornecerá o bem – por exemplo os medicamentos que o Município pretende comprar – ou o serviço embora haja exceções em número muito além do razoável à vista de uma análise mais crítica sob o ponto de vista da ciência<sup>10</sup> (MELLO, 2001).

De fato, em havendo previsão expressa na Constituição Federal sobre a necessidade de licitação para escolha do particular que fornecerá para a Administração salvo hipóteses excepcionais contempladas na normatização infraconstitucional, esta ao estabelecer casos de inexigibilidade e de dispensa com repetidas alterações aprovadas pelo Legislativo a partir de provocações do Poder Executivo, muitas das quais originadas em medidas provisórias, que implicam na coexistência de dezenas de casos em que poderá ser dispensado o procedimento licitatório, implica em verdadeira quebra da regra de licitação obrigatória. Muitas si-

<sup>9</sup> OLIVEIRA, RÉGIS FERNANDES. *Curso de direito financeiro*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014.

<sup>10</sup> MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA de. *Curso de direito administrativo*. 13<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

tuações casuísticas resultaram em hipóteses novas de dispensa de licitação, tais como aquelas decorrentes de estímulos à contratação para realização de grandes obras e equipamentos públicos para eventos desportivos como as Olimpíadas, a compra de produtos, inclusive medicamentos, junto a empresas locais de pequeno porte, gastos relativos à construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais<sup>11</sup> (BRASIL, 2017) o que, tudo somado, implica na desconsideração da regra-geral.

Por certo há muitas situações que justificam a dispensa de licitação. Há outras que impõem a sua inexigibilidade, diferentes que são nos termos do que bem explica a ciência do direito administrativo<sup>12</sup> (FIGUEIREDO, 2008). Não se desconsiderem também os gastos absolutamente incompatíveis com o sistema de licitações tais como aqueles relativos à quitação de precatórios requisitórios, as despesas com a folha de pagamento do funcionalismo público bem como os gastos com os regimes de previdência seja o próprio dos servidores seja o regime geral, este gerido pela União através de autarquia nos termos da lei federal 8.212/91<sup>13</sup> (BRASIL, 1991).

A análise em questão dá conta de dimensionar sob uma visão crítica o transbordamento das hipóteses de exceção relativas à chamada dispensa de licitação ou seja, situações nas quais seria possível licitar dada uma pluralidade de potenciais interessados em contratar com a Administração, mas que em face de um juízo de conveniência e oportunidade por parte da contratante e desde que baseada em autorização legislativa expressa, não se escolhe a via da licitação a fim de ganhar-se tempo e racionalidade no processo de compra. Se isto é verdade, um juízo crítico a respeito de eventuais outras ordens de prejuízo resultantes de tal escolha não podem ser deixadas de lado, porquanto em valendo como norma geral principiológica a necessidade de licitar compras de bens e serviços, salvo casos de exceção contemplados de modo expreso pela legislação infraconstitucional, não é adequado outorgar-se ao legislador

<sup>11</sup> Lei Federal n. 13500/2017 de 26 out. 2017 publicada no Diário Oficial da União de 26 out. 2017, resultante da aprovação da Medida Provisória 781/2017.

<sup>12</sup> FIGUEIREDO, LUCIA VALLE. *Curso de direito administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>13</sup> Lei Federal n. 8.212/91 de 24 jul. 1991, publicada no Diário Oficial da União de 24 jul. 1991.

ampla margem de escolha para criar dezenas de hipóteses de dispensa. Mais que isto, também não é adequado aceitar que o Poder Executivo federal através de reiteradas medidas provisórias estenda tal rol, já amplo, da regulamentação infraconstitucional, chegando a impor casuisticamente mais e mais casos de exceção, infirmando-se desta forma a regra geral de licitações.

A fase seguinte ao procedimento licitatório – ou dispensa de licitação nos casos autorizados em lei – refere-se à emissão do empenho e respectiva liquidação<sup>14</sup> (BRASIL, 1964) em que registra-se e confere-se quem é o beneficiário do pagamento da despesa, o valor da mesma, a baixa do valor respectivo do saldo da dotação orçamentária, a referência ao procedimento de licitação e/ou dispensa ou inexigibilidade da mesma bem como a data de vencimento definida no contrato de fornecimento, informações indispensáveis para a formalização da despesa consoante reafirmado pela doutrina do direito financeiro<sup>15</sup> (MOTTA; FERNANDES, 2001). É o empenho que formaliza de fato a autorização para realização do gasto consistindo em requisito fundamental sem o qual inexiste possibilidade jurídica de efetuar-se qualquer pagamento pela Administração.

Empenhada e liquidada a despesa, emite-se a ordem de pagamento mediante um processo prévio de conferência, amarração e referenciamento entre o empenho, a liquidação e a disponibilidade financeira a ser utilizada com vistas à quitação da dívida, de modo tal que desta forma estará concluído o ciclo de fases necessárias do procedimento de realização de despesa pública.

#### *4. Irregularidades identificadas em processos de compras e contratações públicas por Municípios no Estado do Paraná*

Dadas as mudanças administrativas levadas a efeito no âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Paraná com a reorganização das unidades internas da Corte e divisão de suas respectivas competências e

<sup>14</sup> Lei Federal n. 4320/64 de 17 mar. 1964, publicada no Diário Oficial da União de 17 mar. 1964.

<sup>15</sup> MOTTA, CARLOS PINTO COELHO e FERNANDES, JORGE ULISSES JACOBY. *Responsabilidade fiscal*. 2ª ed. BeloHorizonte: Del Rey, 2001.

atribuições legais privilegiando os recursos humanos, financeiros e orçamentários em novas unidades cujo foco é o acompanhamento dos processos de compras públicas e os editais de licitações publicados pelos Municípios, antecipando-se a problemas em face de averiguações preliminares dos termos e regras previstos em tais editais de modo tal a provocar os gestores públicos quando identificadas possibilidades de problemas futuros quer por sobrepreço dos medicamentos, definição indevida de médias de mercado, delimitação injustificável e ilegal de parâmetros de habilitação de possíveis fornecedores, cláusulas restritivas à maior e mais efetiva concorrência, normas e instrumentos disfarçados que permitem dirigir os procedimentos para determinado fornecedor, ausência de cláusulas de freios e restrições a situações ilegais como contratação de clínicas e consultórios ligados direta ou indiretamente a servidores do quadro próprio de médicos, parâmetros sem nexo para fixação dos valores pagos aos profissionais terceirizados etc, tornou-se possível concentrar mais horas de trabalho ao controle concomitante dos atos de gestão, tirando o foco, até então exclusivo, nas chamadas prestações de contas anuais, através do que o Tribunal limitava-se em cem por cento dos Municípios, em cem por cento dos recursos gastos, em cem por cento dos contratos firmados, a apenas examinar situações já extintas no tempo e que permitiam no máximo, desde que superadas as limitações temporais dos parâmetros de prescrição e decadência e todas as demais travas procedimentais e processuais, atribuir responsabilidade muitos anos após o encerramento de contratos e licitações.

#### *4.1. Identificação das irregularidades. Delimitação do projeto levado a efeito pelo Ministério Público de Contas*

A partir do cruzamento de dados captados nos portais de transparência dos Municípios em comparação ao que é informado periodicamente no sistema de malha eletrônica do Tribunal de Contas do Paraná, é possível estabelecer um quadro de práticas indevidas e inconsistentes quer sob a perspectiva do direito posto quer sob a perspectiva da ciência do direito, dada a falta de fundamento de validade de tais práticas consistentes em atos viciados, procedimentos administrativos não motivados, ausência absoluta de transparência na divulgação de dados, ilegais.

lidades de contratações e sobre preços em desconformidade com eventuais justificativas fáticas e jurídicas.

Uma situação que se repete em grande parte dos Municípios analisados pelo Ministério Público de Contas é a chamada *lista aberta* consistente na publicação de edital de licitação para aquisição de “todos” os medicamentos necessários à Secretaria de Saúde local, pelo que são listados centenas de itens em um mesmo edital com lote único, estabelecendo-se como critério para julgamento das propostas o menor preço global do lote. Como trata-se de lote único com um sem número de remédios, o levantamento ministerial<sup>16</sup> (MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO PARANÁ, 2018) apontou desperdício de recursos públicos em montante que chegou a quarenta por cento do total gasto pelo(s) Município(s) responsável(is) por tal forma de compra se comparados com valores pelos quais poderiam ser adquiridos os mesmos medicamentos separados em três, quatro ou cinco lotes de compras, através de um mesmo edital com lotes diversos ou de editais diferentes nos termos do que expõe a doutrina administrativista<sup>17</sup> (MEDAUAR, 2009). Observe-se que ainda quando se trata de municipalidades com menor população, em havendo a opção pela chamada lista aberta os prejuízos são inquestionáveis, até porque em verificação comparativa o próprio órgão ministerial referenciado identificou que inexistia uma diferenciação significativa quanto a fornecedores apenas de Municípios maiores e fornecedores apenas dos demais. O mercado de medicamentos é mais complexo e não pode ser definido por análises muito lineares e simplistas.

Na mesma linha segue a modelagem utilizada por inúmeros Municípios paranaenses como por exemplo Palmeira, Maringá e Mandaguari<sup>18</sup> (MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO PARANÁ, 2018) em que a cada ano se dá a publicação de um único edital para a aquisição de medicamentos referindo-se como lote único de “compra a a z” com o que não se avaliam as diferenças de preço entre cada medicamento ou

<sup>16</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO PARANÁ. Disponível em <<http://www.mpc.pr.gov.br>> Acesso em 26 mar. 2018.

<sup>17</sup> MEDAUAR, ODETE. *Direito administrativo moderno*. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

<sup>18</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO PARANÁ. Disponível em <<http://www.mpc.pr.gov.br>> Acesso em 30 mar. 2018.

cada grupo de compostos ou ainda cada lote separadamente mas sim um preço final global, de modo que o licitante que apresentar a proposta com o menor preço para o total dos medicamentos de “a a z” terá a si adjudicado o objeto todo da licitação o que via de regra implica em gastos adicionais para o Erário se comparados grosso modo com aqueles que seriam despendidos no caso de fracionamento em lotes diferentes ou em licitações diversas.

Apontamento interessante também sob a ótica de sua invalidade decorrente dos cruzamentos de dados efetivados pelo Tribunal de Contas do Estado<sup>19</sup> é aquele decorrente de *pagamento a maior de medicamentos ofertados ao mercado em múltiplas e diferentes formas* quando, por exemplo, o edital da licitação publicado estabelece um preço máximo a ser pago, sem, contudo, amarrar de modo detalhado e com descrição mais completa as especificações dos itens. Isso pode ser ilustrado por determinado medicamento vendido em caixas com dez, vinte e trinta comprimidos o qual é produzido por diferentes laboratórios e comercializado por dezenas de distribuidores variados. Em não havendo a correta descrição do volume de cada embalagem a ser adquirida no lote que se pretende comprar, as propostas de preço são as mais variadas também e principalmente em decorrência da incompletude da especificação do item, o que gera gasto exponencialmente mais alto quando da conclusão da adjudicação do objeto da licitação e assinatura do contrato de fornecimento, se comparada a compra *pro rata* do composto, sejam sob a forma de comprimidos em cada embalagem, seja o volume diferente para medicamentos líquidos seja ainda o peso em miligramas para cremes e pomadas. Veja-se a indagação literal constante da conclusão do exame feito pelo MPC/PR em relação aos dados de uma licitação do Município de Ivaiporã<sup>20</sup> (MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO PARANÁ, 2018): “...Nesse contexto, por exemplo, a *Acebrofilina 10 mg/ml – xarope é de 60 ou 120ml? O bromoprida 4mg/ml – solução oral gotas é de 10 ou 20ml? Ainda, a solução isotônica de cloreto de sódio a 0,9% 100 ml - injetável – é bolsa oufrasco?*”.

No mesmo contexto surgiram repetidas vezes problemas decorren-

<sup>19</sup> TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ. Disponível em <<http://www.tce.pr.gov.br>> Acesso em 30 mar. 2018.

<sup>20</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO PARANÁ. Disponível em <<http://www.mpc.pr.gov.br>> Acesso em 12 abr. 2018.

tes da *publicação de editais com indicação da marca/nome comercial de vários dos medicamentos nos mais diferentes lotes* em que divididas as licitações promovidas pelos Municípios do Estado do Paraná<sup>21</sup> (TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ, 2018) em contradição direta à norma explícita constante do estatuto geral das licitações<sup>22</sup> (BRASIL, 1993), o que por óbvio traz como repercussão direta a restrição ao caráter competitivo – ideia central da norma constitucional que impõe o dever de licitar como regra ao administrador público quando pretenda adquirir bens ou contratar serviços com recursos públicos. Por certo, ao referir-se a marca do medicamento e não sua denominação científica ou nome genérico, amolda-se a referida compra exclusivamente ao laboratório detentor daquela marca – nos casos de compras junto a laboratórios – ou às distribuidoras que comercializem-na em detrimento de um maior número de outras que compram e revendem similares de outros laboratórios.

Os relatos e fundamentos conclusivos do trabalho de mapeamento utilizado como base para este estudo<sup>23</sup> (TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ) retratou falha grave no que diz de perto aos próprios atos afetos ao julgamento e registro do mesmo via atas, pois *nos casos de pregões presenciais e pregões eletrônicos, embora seja atribuição do pregoeiro motivar a aceitabilidade dos preços relativos aos itens que não ensejaram disputa por lance classificando-os, isto não é respeitado em muitos dos Municípios* analisados pelo órgão ministerial de contas paranaense, ainda que expressamente determinado no edital, por exemplo o Edital 161/2017<sup>24</sup> (IVAIPORÃ, 2017), decorrendo daí invalidade for-

<sup>21</sup> TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ. Disponível em <<http://www.tce.pr.gov.br>> Acesso em [www.mpc.pr.gov.br](http://www.mpc.pr.gov.br) em 16 abr, 2018.

<sup>22</sup> Lei Federal n. 8.666/93 promulgada em 21 jun. 1993 e publicada no Diário Oficial da União em 21 jun. 1993, “Art. 15. *As compras, sempre que possível, deverão (...): §7º Nas compras deverão ser observadas, ainda: I – a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca*”.

<sup>23</sup> TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ. Disponível em <<http://www.tce.pr.gov.br>> Acesso em 26 abr. 2018.

<sup>24</sup> Município de Ivaiporã. Disponível em <<http://www.ivaipora.pr.gov.br>> Acesso em 20 dez. 2017. Edital n° 161/2017:18.7 *Declarada encerrada a etapa de OFERECIMENTO DE LANCES e classificadas as propostas na ordem crescente de valor, incluindo aquelas que declinaram do oferecimento da lance(s), sempre com base no último preço/lance apresentado, o PREGOEIRO examinará a aceitabilidade do valor daquela de*

mal de todo o procedimento licitatório de compra dos medicamentos. Soma-se a tais invalidades formais, a ausência de sorteio pelos pregoeiros quando da apresentação de propostas com os mesmos valores para vários itens do(s) edital(is) de licitações publicados com vistas a compra de remédios.

Mácula como esta põem em risco inclusive conceitos fundamentais do direito constitucional<sup>25</sup> (COUTO E SILVA, 2013) tais como a probidade e legalidade da Administração, a fundamentação dos atos administrativos, as amarras sobre o gestor público em vista da ideia de cuidados com a coisa pública e com os recursos arrecadados junto aos contribuintes para financiar os gastos do Estado, referenciando-se aqui muito do que se escreveu sobre o direito constitucional num viés científico e doutrinário<sup>26</sup> (DI PIETRO; FERRAZ, 2011).

A análise das atas de julgamento possibilitou ao Ministério Público de Contas do Paraná<sup>27</sup> (MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS, 2018) identificar a *absoluta falta de concorrência presente em dezenas de editais de licitação, particularmente naqueles divididos em lotes em que embora apresentadas propostas de oito, nove, dez distribuidoras, ao examinar-se com cuidado as respectivas atas observa-se que para cada lote houve apenas uma proposta*, o que sugere o partilhamento indevido e ilegal do objeto da licitação sem que tenha havido qualquer contraofensiva por parte das Administrações licitantes quanto à tal situação grave, seja mediante anulação do certame, seja mediante instauração de sindicância ou mesmo denúncia ao Ministério Público Estadual ou demais órgãos de controle, vale dizer em situação de passividade que resulta em conivência indevida.

A propósito disso há que lembrar o caráter fundamental que tem o controle interno na visão da doutrina contemporânea bem representada por Rodrigo Pironti Aguirre de Castro<sup>28</sup> (CASTRO, 2016). Estas

*menor preço, ou seja, da primeira classificada, decidindo motivadamente a respeito.*

<sup>25</sup> COUTO E SILVA, ALMIRO do. *Conceitos fundamentais do direito no Estado Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2013.

<sup>26</sup> DI PIETRO, Maria S. Zanella; MOTTA, Fabricio; FERRAZ, LUCIANO. *Servidores públicos na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

<sup>27</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO PARANÁ. Disponível em <<http://www.mpc.pr.gov.br>> Acesso em [www.mpc.pr.gov.br](http://www.mpc.pr.gov.br) em 10 abr. 2018.

<sup>28</sup> CASTRO, RODRIGO PIRONTI AGUIRRE de. *Ensaio avançado de controle interno*:

considerações todas dão mostras da inefetividade dos órgãos de controle interno nas Administrações Públicas Municipais do Estado do Paraná, em afronta não só à validade de atuação das mesmas dados os fundamentos presentes da Constituição de 1988 senão também contrariamente à racionalidade e eficiência de seus atos e procedimentos, pois os resultados maléficos decorrentes de tal inação inclusive sob a ótica financeira e orçamentária.

Especificamente em relação aos serviços médicos terceirizados, fundamental para a correta execução da política pública de atendimento gratuito à população em âmbito local, foi a identificação da contratação de clínicas médicas em cujo quadro societária constavam servidores municipais vinculados à própria Secretária Municipal de Saúde, vale dizer médicos do quadro do Município, devidamente remunerados como tal e que através de suas clínicas e consultórios eram também contratados como terceirizados para atuar em plantões noturnos ou plantões de final de semana ou ainda no atendimento de especialidade médica própria. Não raro o que ocorria é que a pessoa jurídica em questão – a clínica médica terceirizada – quartearizava o serviço para médicos residentes ao custo baixo de horas trabalhadas conforme remuneração-padrão desta categoria mas recebia conforme cláusula contratual firmada junto às Prefeituras, valor bruto mensal muito superior ao custo efetivo das horas trabalhadas pelos médicos residentes plantonistas. Tal ordem de consideração repetiu-se centenas de vezes em dezenas de Municípios do Estado conforme identificado no sistema de malha eletrônica através da *mineração de dados* levada à efeito quer pelo Tribunal de Contas do Estado do Paraná, que pelo Ministério Público de Contas tendo surgido ainda situações mais jocosas, como a de profissional médico servidor de um Município em regime de vinte horas semanais, servidor médico em Município vizinho em regime de mais vinte horas semanais, professor na Faculdade de Medicina de universidade estadual da região em regime de mais vinte horas semanais e ainda através de sua clínica particular, contrato como médico terceirizado por outro Município para plan-

*profissionalização e responsabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 140: “O controle, como atividade precípua do Estado, ganhou atenção especial na Constituição da República de 1988, sendo tratado, em razão de sua atividade de fiscalização externa e, principalmente, interna, no artigo 31; artigo 49, incisos V, IX e X; artigo 50; artigo 51, inciso II e artigos 70 a 75 do texto constitucional brasileiro”.

tões noturnos em mais sessenta horas semanais à base de remuneração fixa superior a R\$100 mil mensais<sup>29</sup>.

As referidas situações, conforme mencionado acima apareceram em número considerável de Municípios tais como Maringá, Paçandu, União da Vitória e Sarandi. Tal retrato impõe reflexões de diferentes ordens a respeito dos vícios e falhas na gestão de contratações para aquisição de medicamentos e no controle interno a propósito do tema.

#### 4.2. *Quadro de disparidades*

A partir da indicação quase que articulada demonstrada acima e do contexto atual no que tange às aquisições feitas pelas Administrações municipais no Estado do Paraná, em especial quanto a medicamentos, é possível traçar um quadro de disparidades dividido em três partes iniciais a saber: a) *disparidades formais e metodológicas*; b) *disparidades materiais com implicações inclusive financeiras dados os pagamentos feitos acima do que deveria/poderia ocorrer caso as mesmas não existissem, ou ao menos fossem em volume menor*; c) *disparidades relativas à falta de transparência que dificultam ou mesmo impedem o controle social, chave para a maior eficiência e correção dos atos administrativos em particular e da gestão da coisa pública como um todo*.

Invertendo a ordem e iniciando pelos problemas decorrentes da falta de transparência, em mais da metade dos dossiês e representações promovidos pelo Ministério Público de Contas do Paraná é aberto um capítulo especial para apontamentos relativos à falta de dados nos portais de transparência das Prefeituras. Lembrando-se do escopo do projeto que centrou sua atenção nos Municípios com população superior a trinta mil habitantes, em número de cinquenta e dois no Estado do Paraná, há que se concluir que perto de trinta deles – e expandido os dados da amostra para a totalidade dos trezentos e noventa e nove Municípios do Estado – e mais de duzentos ao todo possuem portais da transparência sem a base de dados completa. Há casos mais graves em que não aparece informação alguma relativa às licitações realizadas, contratos assinados e em execução, empenhos emitidos e pagamentos fei-

<sup>29</sup> TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO. Disponível em <http://www.tce.pr.gov.br/pit> Acesso em 20 abr. 2020.

tos. Há outros ainda em que embora haja alguma informação sobre as licitações e contratos, não é possível localizar na plataforma as minutas dos editais ou dos contratos e outras ainda em que embora presentes algumas destas minutas, não aparecem as atas de julgamento das licitações, as quais são fundamentais para que sejam identificadas incoerências e nulidades como aquelas reportadas acima.

Sob a lógica do controle em sentido amplo – interno, externo e social – há um desvirtuamento dos princípios da publicidade e até da moralidade, pois dado que há normas em âmbito constitucional e infraconstitucional que impõem a divulgação clara, completa e precisa de dados, atos e contratos oriundos da Administração Pública. Há por assim dizer o direito do cidadão à informação sobre as “coisas da Administração”, em particular à vista do fato de que o financiamento destas são instrumentalizados pela arrecadação de recursos junto aos próprios cidadãos governados. Nestes termos, a construção científica não possui divergência<sup>30</sup> (VALLE, 2012). O controle e a governança exigem a transparência, a qual decorre de respeito absoluto ao princípio da publicidade<sup>31</sup> (MEDAUAR, 1993)

No que toca aos vícios de natureza formal identificados nos processos de compras de medicamentos pelos Municípios paranaenses, é possível verificá-los sob a forma de variadas transgressões de procedimento identificadas pelo Ministério Público de Contas do Paraná<sup>32</sup> (MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO PARANÁ, 2018) em seu trabalho de mapeamento do panorama relativo ao tema ora considerado. A utilização indevida de procedimentos de dispensa de licitação para situações em que seria não apenas possível senão também aconselhável licitar a aquisição dos produtos medicamentosos sem o uso do artifício da contratação direta, no mais das vezes seguido de sobre preço nos produtos adquiridos; subterfúgios outros como a inexigibilidade de licitações em hipóteses que também não a justificariam como a pluralidade de laboratórios fornecedores dos produtos; falhas graves das atas de jul-

<sup>30</sup> VALLE, VANICE REGINA LÍRIO do. *Direito fundamental à boa administração e governança*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

<sup>31</sup> MEDAUAR, ODETE. *Controle da Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

<sup>32</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO PARANÁ. Disponível em <<http://www.mpc.pr.gov.br>> Acesso em 05 abr. 2018.

gamento de pregões que não indicam as devidas justificativas para a escolha de determinado(s) fornecedor(es) diante de preços idênticos nem tampouco os critérios de escolha/desclassificação de licitantes ou de aceitação de propostas únicas para vários lotes da licitação entre os diferentes licitantes; falhas na publicação de editais e formalização de contratos que implicam em sua nulidade como a assinatura de contrato antes de publicado o edital da licitação de origem.

Finalmente os vícios materiais ou de conteúdo, também numerosos a partir das constatações levadas a efeito pelo Tribunal de Contas do Paraná<sup>33</sup> (TRIBUNAL DE CONTAS DO PARANÁ, 2018), dão conta de critérios de definição de objetos inapropriados nas minutas de edital. Disto são exemplo as mencionadas licitações de “a a z”, a indicação do nome comercial ou marca do(s) produto(s) medicamentoso(s) no edital com o consequente direcionamento para um único laboratório fabricante e as distribuidoras que comercializam tais marcas em detrimento dos demais; pagamentos a maior feitos pelas Administrações na compra de medicamentos que sejam ofertados ao mercado em diferentes formas, conteúdos, apresentações ou embalagens sem que se considere o preço por comprido, ou por mililitros ou por miligramas; a formação de cartéis de distribuidores com divisão regional ou por lotes de medicamentos; a participação nula de servidores do quadro da Administração no quadro societário de empresas distribuidoras, o que inclusive está tipificado na legislação penal.

##### *5. Considerações finais*

Isto posto, as observações que cabem são no sentido de resumida e articuladamente expor vários pontos graves.

Um, as compras de medicamentos e a contratação de médicos terceirizados representam parte considerável dos orçamentos municipais na área de saúde e, por consequência, dos orçamentos globais dos Municípios consoante percentuais elevados das despesas autorizadas nas leis orçamentárias anuais.

<sup>33</sup> TRIBUNAL DE CONTAS DO PARANÁ. Disponível em <<http://www.tce.pr.gov.br>> Acesso em 20. nov.2020.

Dois, no que se refere aos Municípios paranaenses, os gastos decorrentes das contratações de médicos terceirizados através de clínicas e consultórios e a aquisições de produtos medicamentosos possibilitam questionamentos de variadas ordens em face de dispensas e inexigibilidades de licitações indevidamente utilizadas pelas Administrações, minutas de editais publicadas com itens e critérios equivocados e prejudiciais ao Erário como a definição de valor global de contratação e pagamento sem consideração da horas-trabalho e do número de médicos necessários para atender aos plantões como as chamadas compras de “a a z”, as licitações com lote único por preço global e ainda falhas de natureza formal como omissões de atas de julgamentos, falta de critério expresso para situações corriqueiras e gravosas como aquelas que resultam em indícios de partilhamento de lotes e formação de cartéis, bem como enorme falta de transparência, dado que inexistem dados relativos aos gastos, minutas de editais e contratos ou de notas de empenho nos portais das Prefeituras.

Três, quando o Sistema de Controle Externo inverte a lógica tradicional e deixa de apenas exercer o controle *a posteriori* no qual verifica apenas os atos e contratos já realizados e já executados para identificar eventuais prejuízos e ilegalidades ocorridas, apurar o montante e tentar atribuir as devidas responsabilidades sob as mais variadas formas como o ressarcimento de danos ao Erário e passa a exercer um controle concomitante, em tempo real ou o mais próximo disso, controlando os editais de licitação à medida que vão sendo elaborados e publicados ao exigir que tão o sejam haja a devida alimentação de sistema de informações do Tribunal próprio para isto, com atuação imediata de equipes técnicas e multidisciplinares, responsáveis inclusive pelo encaminhamento de pedidos de informações, esclarecimento de dúvidas e até recomendações de alteração de cláusulas e critérios mal situados, a contribuição é imensa sob a ótica da dinâmica de boa execução das políticas públicas de saúde. Insista-se, não há melhor controle e melhor forma de otimizar a aplicação de recursos públicos em políticas de Estado que o acompanhamento e monitoramento em tempo real dos gastos.

Tal ordem de considerações impõe reflexão e a adoção de medidas que possam alterar o atual panorama de ilegalidades e omissões que resultam não apenas em prejuízos de naturezas orçamentária e financeira mas também quanto à disponibilização médicos e medicamentos nos

postos e unidades de atendimento público para a população desassistida.

### *Bibliografia*

- ATALIBA, GERALDO. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1968;
- ÁVILA, HUMBERTO. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003;
- BERTI, FLÁVIO de Azambuja. *Direito tributário e princípio federativo*. São Paulo: QuartierLatin, 2007;
- CADEMARTORI, SÉRGIO. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999;
- CASTRO, RODRIGO PIRONTI AGUIRRE de. *Ensaio avançado de controle interno: profissionalização e responsabilidade*. Belo Horizonte: Forum, 2016;
- CHIESA, CLÉLIO. *A competência tributária no Estado brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002;
- COUTO E SILVA, ALMIRO do. *Conceitos fundamentais do direito no Estado Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2013;
- DI PIETRO, MARIA S. ZANELLA; MOTTA, FABRICIO; FERRAZ, LUCIANO. *Servidores públicos na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Atlas, 2011;
- FIGUEIREDO, LUCIA VALLE. *Curso de direito administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008;
- MACHADO SEGUNDO, HUGO DE BRITO. *Contribuições e federalismo*. São Paulo: Dialética, 2005;
- MEDAUAR, ODETE. *Controle da Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993;
- MEDAUAR, ODETE. *Direito administrativo moderno*. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009;
- MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA de. *Curso de direito administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001;
- MOTTA, CARLOS PINTO COELHO E FERNANDES, JORGE ULISSES JACOBY. *Responsabilidade fiscal*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001;
- OLIVEIRA, RÉGIS FERNANDES. *Curso de direito financeiro*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014;
- VALLE, VANICE REGINA LÍRIO do. *Direito fundamental à boa administração*

e governança. Belo Horizonte: Fórum, 2012;

ROSA JR., LUIZ EMYGDIO F. da. *Manual de direito financeiro e tributário*. São Paulo:Renovar, 14ª ed, 2000;

BRASIL. CONSTITUIÇÃO (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 05 out. 1988 e publicada no Diário Oficial da União em 05 out. 1988;

BRASIL. LEI COMPLEMENTAR 141 (2012). *Lei Complementar Federal 141*. Promulgada em 13 jan. 2012 e publicada no Diário Oficial da União em 13 jan. 2012;

BRASIL. LEI 4320 (1964). *Lei Federal 4320/64*. Promulgada em 17 mar. 1964 e publicada no Diário Oficial da União de 17 mar. 1964;

BRASIL. LEI 8212 (1991). *Lei Federal 8212/91*. Promulgada em 24 jul. 1991 e publicada no Diário Oficial da União de 24 jul. 1991;

BRASIL. LEI 8666 (1993). *Lei Federal 8666/93*. Promulgada em 21 jun. 1993 e publicada no Diário Oficial da União de 21 jun. 1994;

BRASIL. LEI 12527 (2011). *Lei Federal 12527/11*. Promulgada em 18 nov. 2011 e publicada no Diário Oficial da União de 18 nov. 2011;

BRASIL. LEI 13500 (2017). *Lei Federal 13500/17*. Promulgada em 26 out. 2017 e publicada no Diário Oficial da União de 26 out. 2017;

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO PARANÁ. Disponível em <<http://www.mpc.pr.gov.br>> Acesso em 18 abr. 2018;

MUNICÍPIO DE IVAIPORÃ. Disponível <<http://www.ivaipora.pr.gov.br>> Acesso em 20 dez. 2017;

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ. Disponível em <<http://www.tce.pr.gov.br>> Acesso em [www.tce.pr.gov.br](http://www.tce.pr.gov.br) em 14 abr. 2018.



JOEL ILAN PACIORNIK –  
JOSÉ LAURINDO DE SOUZA NETTO – ANDERSON RICARDO FOGAÇA

## DESJUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO<sup>12</sup>

SUMÁRIO: 1. Introdução. – 2. O direito à saúde. – 3. A Análise Econômica do Direito como ferramenta transdisciplinar. – 4. A desjudicialização como forma de acesso à justiça. – 5. Mediação sanitária e os métodos adequados de resolução de conflitos. – 6. Conclusão.

### 1. *Introdução*

O presente artigo visa demonstrar como a desjudicialização do direito à saúde pode garantir ao paciente, sob o ponto de vista da Análise Econômica do Direito (AED) – considerando o número crescente de demandas por prestações sanitárias em trâmite no Brasil –, uma maior efetividade e eficiência ao direito de acesso à justiça.

Há tempos nota-se que o acesso à justiça vem sendo utilizado de maneira predatória: os jurisdicionados enxergam a ação judicial como a porta de entrada para a resolução de seus problemas, e não como última *ratio*. Essa cultura da litigiosidade vem implicando num considerável aumento nos gastos públicos com demandas individuais, o que não se coaduna com um sistema de

<sup>1</sup> Este artigo é um aprofundamento da palestra “Diálogos interinstitucionais para promoção do direito fundamental à saúde”, ministrada pelo autor Anderson Ricardo Fogaça, na Conferência Ítalo-Brasileira de Professores de Direito Administrativo e Constitucional, na Università Degli Studi Di Palermo, Lumsa Università, Regione Siciliana, out/2022.

<sup>2</sup> Artigo publicado originalmente em: PACIORNIK, Joel Ilan; SOUZA NETTO, José Laurindo de; FOGAÇA, Anderson Ricardo. Desjudicialização do Direito à Saúde à Luz da Análise Econômica do Direito. *In*: FUX, Luiz; ÁVILA, Henrique; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coords.). Tecnologia e Justiça Multiportas. Indaiatuba - SP: Editora Foco, 2021, v.1, p. 53-64.

justiça sustentável – que reclama acessibilidade por todos e produção de resultados que sejam individual e socialmente justos.

Cada processo em trâmite, no Brasil, tem um valor muito elevado. Se considerarmos que o Poder Judiciário, em todas suas esferas de competência, segundo dados do Justiça em Números 2019<sup>3</sup>, do Conselho Nacional de Justiça, teve um total de despesa, em 2018, de cerca de 93,7 bilhões de reais, equivalente a 1,4% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional, e que 2018 foi finalizado com 78,7 milhões de processos em trâmite, conclui-se que cada processo, do mais simples ao mais complexo, custa, em média, R\$ 1.190,59 por ano, valor gasto manutenção de sua estrutura física e de recurso humano.

Segundo o mesmo relatório Justiça em Números 2019, o Poder Judiciário custou, em 2018, R\$ 449,53 por habitante, valor extremamente alto para uma sociedade tão desigual como a brasileira, visto que este valor corresponde a, aproximadamente, 45% do salário mínimo nacional.

A manutenção do sistema de justiça tem um elevado custo de transação – sensível nas demandas sanitárias – exigindo-se que se torne economicamente sustentável e mais eficiente para que o Poder Judiciário se ocupe de demandas mais complexas e sensíveis para os indivíduos, devendo ser evitada a judicialização de questões que poderiam ser resolvidas fora do sistema de justiça (extrajudicialmente).

Deve-se fazer uma releitura do direito de acesso à justiça para além do acesso a uma ordem jurídica justa, efetiva e célere, para que também seja considerado acesso à justiça o acesso a qualquer forma de resolução de conflitos, judicial ou extrajudicial, ou, melhor dizendo, o acesso à justiça deve ser entendido como acesso ao direito.

O Professor Kazuo Watanabe defende essa concepção de acesso à justiça, mais ampliada<sup>4</sup>. Para ele, o acesso à “ordem jurídica justa” é o termo utilizado para a atualização do conceito de

<sup>3</sup> Justiça em números 2019: ano-base 2018. Conselho Nacional de Justiça. Brasília. 2019.

<sup>4</sup> WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa* (conceito atualizado de acesso à justiça) Processos Coletivos e outros Estudos. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2019.

acesso à justiça. Se escreve a palavra “justiça” com “j” minúsculo para indicar que o acesso à justiça não é apenas o acesso aos tribunais, mas a todo o sistema que existe no âmbito oficial, seja privado ou público, que tenha aptidão para promover uma ordem jurídica mais justa.

Há setores importantes do Poder Judiciário que promovem essa abertura do acesso à justiça para outros meios de resolução de conflitos, fora do ambiente judicial, e que coloca o Poder Judiciário como protagonista de uma política judiciária em favor da desjudicialização dos conflitos.

A excessiva judicialização do direito à saúde trouxe diversos e novos desafios para os operadores do direito e para os gestores públicos, causando despesas bilionárias para o orçamento público que antes não existiam e que geram diversas externalidades negativas para a gestão do Sistema Único de Saúde.

Segundo Ivo Gico Junior<sup>5</sup>, para a Análise Econômica do Direito, a justiça somente é realizada quando, necessariamente, pressupõe a eliminação de desperdícios. Na realidade, o escopo dessa ordem de raciocínio mira difundir o questionamento medular da ciência econômica, a dizer, como administrar necessidades infinitas diante de recursos limitados. Essa pedra de toque, por seu turno, remete o debate à noção de eficiência, pois o real objetivo da Análise Econômica do Direito é o de atingir o maior grau de eficiência possível na aplicação de recursos.

É nesse sentido que a Análise Econômica do Direito (AED – também conhecida por *juseconomia*, ou Direito e Economia em decorrência da acepção talhada pelos americanos: *law and economics*) evidencia-se útil e profícua, na medida em que possui como vetores decisórios a eficiência, a otimização dos recursos e o melhor manejo das eventuais relações de custos e benefícios.

Segundo Luiz Fux e Bruno Bodart<sup>6</sup>, uma das principais características da Análise Econômica do Direito é a concentração do

<sup>5</sup> JUNIOR, Ivo Gico. *Introdução ao Direito e Economia*. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do direito*. 3. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2019. p. 27.

<sup>6</sup> FUX, Luiz. BODART, Bruno. *Processo Civil e Análise Econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 2.

exame das normas jurídicas exclusivamente nas suas consequências, ou seja, importa para a AED os efeitos das leis e decisões judiciais causados no grupo que pretendem atingir, ou que atingem não intencionalmente.

Por mais paradoxal que possa parecer (à primeira vista), a hipótese formulada neste artigo, travestida na forma de indagação ao leitor, é a seguinte: *à luz da Análise Econômica do Direito (AED), a desjudicialização do direito à saúde é uma forma de tornar mais eficiente o acesso à justiça ao paciente?*

Almeja-se demonstrar como a desjudicialização do direito à saúde é economicamente mais vantajosa e fator capaz de contribuir para que os conflitos envolvendo o direito à saúde sejam resolvidos com mais celeridade e efetividade, ao mesmo tempo em que tornam mais eficiente o acesso à justiça ao paciente.

## 2. O direito fundamental a saúde

O direito fundamental à saúde, como direito social expressamente previsto no art. 6º da Constituição, ganhou enorme importância nos últimos anos, passando de um direito pouco discutido no meio jurídico, para um direito objeto de intensa judicialização e debate na atualidade, dada a interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal<sup>7</sup> de que um direito social não pode se constituir em uma promessa insequente da Constituição, sendo dever do Estado promover políticas públicas que proporcionem a satisfação progressiva desses direitos.

Um Estado que garante o direito à saúde resguarda a dignidade de seus cidadãos e reconhece, assim, o valor intrínseco que cada ser humano tem, garantindo parcela fundamental de sua dignidade.

<sup>7</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental nº 564.978, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa. *Diário da Justiça Eletrônico* 06.12.2005; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental nº 570.455, de relatoria do Ministro Celso de Mello. *Diário da Justiça Eletrônico* 15.02.2006; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 931.754, de relatoria do Ministro Celso de Mello. *Diário da Justiça Eletrônico* 16.02.2006.

Por diversos fatores o Estado brasileiro falha, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, em seu art. 196, em cumprir uma de suas promessas mais sensíveis: garantir o acesso universal e igualitário das pessoas à saúde.

Esse acesso universal e igualitário gera a expectativa em todos os cidadãos de que o Estado deve suprir as necessidades relacionadas à sua saúde, independentemente do custo, e fazendo uso de toda e qualquer tecnologia nova que surge todos os dias, ou seja, as necessidades são infinitas.

Essa frustração quanto ao cumprimento espontâneo dessas infinitas necessidades por parte da Administração Pública, aliada a um ativismo judicial consubstanciado na interpretação do texto constitucional pela qual a saúde do indivíduo sempre deve prevalecer sobre o orçamento<sup>8</sup>, independentemente de seu custo para os cofres públicos, fez com que cada vez mais cidadãos passassem a se valer do Poder Judiciário para acessar as prestações à saúde prescritas por seus médicos.

Dados obtidos pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper), a partir de pesquisa solicitada pelo Conselho Nacional de Justiça, revelam que houve um crescimento anual de 130% no número de ações envolvendo o direito à saúde no período de 2008 a 2017. Para se ter uma ideia a respeito da dimensão desse aumento, tem-se que, no mesmo período, o número de processos em geral cresceu cerca de 50%.<sup>9</sup>

Consta ainda que em sete anos a União teve um crescimento de aproximadamente 13 vezes nos gastos com demandas judiciais, atingindo R\$ 1,6 bilhão em 2016. Embora esse valor seja pequeno diante do total do orçamento público para a saúde, “representa parte substancial do valor disponível para alocação discricionária da autoridade pública, atingindo níveis suficientes para impactar a política de compra de medicamentos, um dos principais objetos das demandas judicial”<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 195.192/RS, de relatoria do Ministro Celso de Mello. *Diário da Justiça Eletrônico* 31.03.2000.

<sup>9</sup> Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução. Conselho Nacional de Justiça – Brasília. 2019.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

Diante desse quadro de aumento de demandas judiciais individuais com pedidos envolvendo novas tecnologias e de alto custo para o orçamento público, o Poder Judiciário começou a exercer a autocontenção e impor alguns limites para o direito à saúde, como o registro na ANVISA, dentre outros requisitos, para a concessão de medicamentos.

Esses limites são importantes porque evitam os excessos, como os tratamentos de alto custo com medicação ainda em fase de testes e tratamentos no exterior.

Ainda que alguns limites tenham sido impostos, o direito à saúde continua sendo um dos mais demandados, e uma das inquietações atuais envolve o fornecimento de um bem da vida (o direito à saúde) no menor tempo possível e de forma mais eficiente, com a preocupação de evitar o congestionamento dos tribunais com um número cada vez maior de questões que poderiam ser resolvidas antecipadamente.

### *3. A Análise Econômica do Direito como ferramenta transdisciplinar*

A Análise Econômica do Direito (AED) é o ramo do conhecimento que emprega ferramentas teóricas e empíricas da economia, e de outras ciências com ela relacionadas, no campo do direito, a fim de auxiliar o operador do direito na interpretação e aplicação das normas jurídicas, tendo as consequências como alvo.

Uma vez entendida a saúde como um direito de todos e dever do Estado (sopesada a filtragem acima proposta), mostra-se vívida a obrigação estatal de concretizar o núcleo essencial desse direito fundamental.

O Estado deve encontrar os melhores meios de proporcionar a todos os cidadãos o mais amplo – e possível – atendimento na rede pública de saúde, cabendo principalmente ao Poder Judiciário, quando a Administração Pública se omite ou falha nesse atendimento, fornecer os meios necessários para que esse direito seja avaliado pelos entes competentes e, se for o caso, efetivado de

forma mais célere e eficiente possível, na medida em que a saúde, naturalmente, não pode esperar.

A Análise Econômica do Direito fornece as ferramentas necessárias, retiradas de outros ramos do saber, para que o operador do direito, treinado a se guiar apenas pela aplicação das normas jurídicas, sem levar em conta as consequências desta ou daquela interpretação, avalie qual o melhor caminho para se chegar ao mesmo resultado ou como maximizar o resultado.

Em Análise Econômica do Direito trabalha-se, em regra, com *trade offs*, ou seja, a escolha de uma opção deve conduzir, necessariamente, à renúncia de outra, escolha esta precedida de uma análise consequencialista.

No caso do direito à saúde, o acesso aos tribunais garante o acesso do cidadão à sua necessidade por medicamento ou tratamento por parte do Sistema Único de Saúde? Existem outras formas que podem maximizar esse acesso, minimizando eventuais danos colaterais, como o congestionamento do sistema de Justiça?

#### 4. A desjudicialização como forma de acesso à justiça

Considerando o elevado custo de cada processo judicial, como visto na parte introdutória, é forçoso reconhecer que a judicialização tem um custo muito alto para continuar sendo incentivada ou facilitada pelo sistema de justiça. Para piorar a situação, nosso sistema padece de uma crescente perda de funcionalidade. Conforme o já citado relatório Justiça em Números 2019, do CNJ, no final de 2018 havia cerca de 78,7 milhões de processos para pouco mais de 18.000 magistrados, com uma taxa de congestionamento<sup>11</sup> média de 71,2%.

Constatou-se pelo referido relatório que 2017 foi o primeiro ano da série histórica em que houve manutenção do acervo de processos em relação ao ano anterior, que até então só apresenta-

<sup>11</sup> A taxa de congestionamento mede o percentual de processos que ficaram represados sem solução, comparativamente ao total tramitado no período de um ano. Quanto maior o índice, maior a dificuldade do tribunal em lidar com seu estoque de processos. (Justiça em Números... *op cit.*, p. 95).

va crescimento. Em 2018, de fato houve redução no volume de casos pendentes, com queda de quase um milhão de processos judiciais em relação ao ano anterior (-1,4% processos em relação a 2017).<sup>12</sup>

A produtividade do juiz brasileiro aumenta a cada ano, e atingiu o maior valor da série histórica em 2018. Cada juiz, em 2018, solucionou 1.877 processos, ou seja, uma média de 7,5 casos solucionados por dia útil do ano, sem descontar períodos de férias e recessos<sup>13</sup>, um aumento de 10,7% em relação ao ano de 2014.

Percebe-se que o Poder Judiciário evoluiu nos últimos anos em sua gestão, tendo alcançado um resultado positivo com a diminuição de processos em 2018 e o crescente aumento da produtividade dos juízes, mas os números divulgados não deixam dúvida sobre a existência de um excesso de litigiosidade, que sobrecarrega o sistema de Justiça, provocando-o a promover e incentivar o uso de outros meios de acesso à justiça.

Isso não é novidade, pois o direito de acesso à justiça está historicamente alinhado ao aspecto da rivalidade, o que faz com que a consequência natural desse direito seja o incentivo à sobreutilização dos serviços públicos adjudicatórios, o que acaba por desencadear a morosidade do sistema de Justiça<sup>14</sup>, e, por sua vez, o alto congestionamento de processos<sup>15</sup>.

A facilitação demasiada de acesso aos tribunais pode ter como consequência o congestionamento do sistema de Justiça em razão do aumento das demandas frívolas, cujos conflitos poderiam ser resolvidos de forma extrajudicial, em prejuízo daqueles que realmente necessitam de uma tutela jurisdicional, fato este chamado de tragédia dos comuns, que bem ilustra a relação desarmônica entre necessidades infindáveis e recursos limitados.

<sup>12</sup> Justiça em números 2019: ano-base 2018. Conselho Nacional de Justiça. Brasília. 2019.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> GICO JR., Ivo Teixeira. *A tragédia do Judiciário*. In *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 267, set./dez.2014, p. 192.

<sup>15</sup> ID. *A natureza econômica do direito e dos tribunais*. In *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 3, 2019. p. 30 e ss.

Julio Guilherme Muller<sup>16</sup> faz uma ressalva quanto à quantidade de processos, que exorbita o número de juízes provocando uma situação de desequilíbrio que, na economia, é apresentada pela influência mútua entre demanda e oferta. O período que os magistrados dispõem para a consecução das atividades judiciárias é insuficiente à luz do avanço da demanda, somado, ainda, a outros fatores (orçamento, número de juízes e servidores, quantidade de horas de trabalho diárias, direitos e deveres funcionais). O resultado deste desequilíbrio é o aumento da duração dos processos.

Partindo-se das lições de Loïc Cadiet,<sup>17</sup> os indivíduos em conflito têm, na atualidade, um dever cívico e uma seriedade social voltados ao exaurimento das vias alternativas para solução dos conflitos antes de buscar o Judiciário. Isto é, o juiz não pode ser visto como a primeira opção para os litigantes, mas, sim, como a última.

Assim, é necessário se pensar na concepção contemporânea do direito fundamental de acesso à justiça.

O Professor Kazuo Watanabe<sup>18</sup> defende que o acesso à justiça deve ser interpretado na atualidade numa dimensão mais ampla, como acesso a uma ordem jurídica justa, envolvendo não apenas a esfera judicial, mas também a extrajudicial. O acesso à justiça está garantido ao indivíduo não somente em situação de conflitos, mas também quando envolver problemas jurídicos que impeçam o pleno exercício da cidadania. Ele cita como exemplo a dificuldade do cidadão para a obtenção de seus documentos ou de seus familiares e, nesse ponto, o PoupaTempo, do Estado de São Paulo, que facilita esse acesso, assegura ao cidadão o acesso à justiça nessa concepção mais ampla.

<sup>16</sup> MÜLLER, Julio Guilherme. *Negócios Processuais e Desjudicialização da Produção da Prova*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

<sup>17</sup> CADIET, Loïc. *La desjudicialización: informe introductorio*. In: *Convenciones Procesales: Estudios sobre negocio jurídico y proceso*. Lima: Raguel Ediciones, 2015. p. 52.

<sup>18</sup> WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa* (conceito atualizado de acesso à justiça) *Processos Coletivos e outros Estudos*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2019.

Nesse contexto, surge a desjudicialização do direito à saúde como uma das alternativas que melhor atende o cidadão, que terá uma resposta mais efetiva do Estado.

A efetividade remete ao conceito de eficiência e eficácia. É efetivo aquele que realiza uma atividade da melhor maneira possível, ou seja, em menor tempo e com menos desperdício de material (eficiência) e alcança o objetivo proposto (eficácia). Só há efetividade, portanto, se o agir for eficiente e eficaz.

A desjudicialização deve ser considerada como uma forma de acesso à justiça que pode ser executada fora do ambiente judicial, pelos próprios indivíduos, e é promovida pelos métodos alternativos de resolução de conflitos, também conhecidos como ADR (*alternative dispute resolution*).

A desjudicialização não significa que o Judiciário irá se esquivar do cumprimento de sua missão institucional, ao contrário, o acesso aos tribunais é uma garantia constitucional, tratando-se, inclusive, de um direito fundamental.

Toaldo e Berghahn,<sup>19</sup> com base no fundamento de Georges Gurvitch – o qual acredita que a evolução do direito deve ser buscada na própria sociedade, e não na lei ou na jurisprudência –, aludem à concepção de um movimento pró-desjudicialização estabelecido por meio de uma alteração de condutas de analogias interpessoais que envolvem os profissionais de saúde, as instituições de serviços correlatos e os cidadãos/pacientes.

Promove-se a emancipação do indivíduo, que deixa de ser mero espectador da resolução do conflito, que seria decidido por um terceiro imparcial (Estado-juiz), e passa a ser o protagonista na construção da solução adequada ao conflito.

Com essa alteração de comportamento, que fomenta uma inovação na maneira de abordar os litígios relacionados à área da saúde, surge a necessidade de se priorizar a solução pacífica de controvérsias de maneira a atenuar a judicialização e dar outra perspectiva à realização do direito à saúde.

<sup>19</sup> TOALDO, Adriane Medianeira; BERGHAN, Márcia Muhlbaier. *Desjudicialização do Direito à Saúde: a integração entre a sociedade e o estado como alternativa de enfrentamento*. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da; RODRIGUES, Hugo Thamir (org.). *Direito & Políticas Públicas IX*. Curitiba: Multideia, 2014.

Como a desjudicialização pode ser entendida como uma forma de se garantir o acesso à justiça, ainda que fora do ambiente judicial, pode-se concluir que a desjudicialização se trata, também, de um direito fundamental (art. 5º, XXXV, CF), e, nessa medida, deve ser estimulada pelo Estado para que a iniciativa privada e o próprio Poder Público disponibilizem ao indivíduo, sempre que possível, opções legais para a solução consensual de seus conflitos (art. 3º, § 2º, CPC), ainda que alternativos à jurisdição estatal.

De fato, a desjudicialização é uma forma de conferir maior eficiência econômica e temporal à gestão do sistema de justiça, garantindo, ao mesmo tempo, o mais efetivo e célere acesso à justiça.

##### *5. Mediação sanitária e os métodos adequados de resolução de conflitos*

A professora Ada Pellegrini Grinover<sup>20</sup> relata que, no âmbito dos métodos consensuais de solução de conflitos, agora com destaque na legislação brasileira, o instituto da mediação pode se apresentar como uma possibilidade eficaz ao abundante número de lides enfrentado diariamente pelos tribunais. E entre os estudiosos e juristas é de comum acordo a necessidade do acolhimento de um novo método e uma nova cultura no campo do Sistema Único de Saúde (SUS), sendo sugerida a mediação do direito à saúde (ou sanitária) como uma maneira de se empregar essa nova possibilidade acerca das demandas de saúde.

Enfatiza Assis<sup>21</sup> que a mediação sanitária traz privilégios extensos no tocante aos procedimentos de prestação de serviços de

<sup>20</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

<sup>21</sup> ASSIS, Gilmar de. *Mediação sanitária*. Cad. IberAmer. Direito. Sanit., Brasília, v. 2, n. 2, jul./dez. 2013. Anais dos III Congresso Iberoamericano de Direito Sanitário / II Congresso Brasileiro de Direito Sanitário. Disponível em: <<http://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/download/98/140>> Acesso em: 30 ago. 2019.

saúde pois proporciona o diálogo entre os indivíduos implicados e antepõe a construção de soluções que tendem à satisfação do direito não de uma maneira independente, mas conjuntamente com a procura pela melhoria do sistema como um todo.

A relação mais próxima que se institui entre os envolvidos ao participarem da mediação faz com que se obtenha a redução e prevenção de litígios, e isso ocorre graças à conexão que se forma entre todos os envolvidos, médicos, gestores e usuários.

À vista disso, a mediação sanitária consiste em promover um acordo entre as partes, por meio de um facilitador, com a participação de diversos atores envolvidos na gestão do sistema de saúde e do sistema de justiça, mediando o conflito entre o paciente e o gestor da saúde com o desígnio de impedir a ação judicial, buscando uma tutela efetiva traduzida por uma solução obtida de forma ampla, rápida, útil e econômica.

Nesse viés de reduzir a judicialização e efetivar os direitos da população de forma cada vez mais efetiva, tipificando e suprindo falhas no sistema, a mediação sanitária se apresenta como um modelo capaz de trazer maior eficiência ao sistema de Justiça, contribuindo para o melhor investimento do dinheiro público.

Nessa linha de entendimento, o Estado deve fomentar o uso da resolução consensual dos conflitos pela iniciativa privada, como ocorre com as câmaras de arbitragem e de mediação privadas, além das plataformas virtuais, cuja mediação é feita no ambiente on-line por meio de canais digitais, ocasião em que os *ADRs* se tornam *ODRs* (*online dispute resolution*), que ganharam grande destaque e maior utilização durante a pandemia de Covid-19, ao aproximarem as partes envolvidas no conflito para o diálogo e para um eventual acordo extrajudicial, evitando a judicialização desse conflito.

Outra opção é a Câmara de Resolução de Litígios de Saúde (CRLS), experiência envolvendo várias instituições do Estado do Rio de Janeiro e da Bahia (Tribunal de Justiça, Defensoria Pública, Ministério Público, Secretaria de Saúde Estadual e Municipal etc), e que ganham importância significativa por serem o *locus* propício para a concretização da desjudicialização.

A Câmara de Resolução de Litígios de Saúde (CRLS) é responsável por fazer o direcionamento administrativo, recolocar o indivíduo no fluxo do Sistema Único de Saúde - SUS e, além disso, possibilitar que sua base de dados seja utilizada como mais um dispositivo para a reorganização e avanço dos serviços de saúde. Refere-se, dessa maneira, a um dispositivo no qual todos os envolvidos são favorecidos e o cidadão recebe o serviço de saúde que precisa, sem a necessidade de recorrer ao Poder Judiciário.

Por meio da Câmara, busca-se, em última análise, a uniformização das resoluções e das concepções sobre indagações a respeito da saúde. O imprescindível acréscimo desse órgão seria o de uniformizar o entendimento a respeito das políticas públicas de saúde para toda a Administração Pública, pois desta maneira as decisões administrativas num determinado sentido são estendidas para todos aqueles pacientes que se encontrem na mesma condição, obstruindo a fragmentação do Sistema Único de Saúde por meio de processos individuais.

Essas Câmaras de Resolução de Litígios de Saúde (CRLS) são unidades criadas de acordo com a realidade de cada Estado, principalmente onde há conflito dentro da própria gestão do Sistema Único de Saúde.

A política da desjudicialização, promovida pelos métodos alternativos de resolução de conflitos (*alternative dispute resolution* – ADR), também é estimulada pelo Código de Processo Civil de 2015 e pela Lei da Mediação (Lei nº 13.140/2015), em linha com o movimento pela autocomposição encampado pelo Conselho Nacional de Justiça, com a Resolução nº 125/2010. Essas normas passaram a prever, de forma explícita, a mediação e a conciliação como meios de solução de controvérsias entre particulares e a Administração Pública.

O Código de Processo Civil (art. 174) e a Lei da Mediação (art. 32) preveem a criação de Câmaras de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, cabendo a cada ente federativo criar, por lei, a sua câmara, que será o espaço adequado para a autocomposição dos conflitos entre órgãos e entidades da Administração Pública e entre o particular e a respectiva pessoa jurídica de direi-

to público, além de promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Nessas Câmaras, o ente federado poderá celebrar um acordo envolvendo a concessão de determinado medicamento ou tratamento que tem sido concedido pelo Poder Judiciário, com base nos precedentes vinculantes envolvendo o tema, mas que ainda esteja em avaliação pela CONITEC (Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS) e em processo de incorporação ao SUS.

Após o julgamento do REsp nº 1.657.156/RJ, com caráter vinculante, pelo Superior Tribunal de Justiça, em 2018, passou-se a exigir, dentre outros requisitos, o registro na ANVISA para que determinado medicamento possa ser concedido pela via judicial. Ocorre que esse precedente não impede a concessão pelo Judiciário de medicamento ainda em processo de incorporação ao Sistema Único de Saúde, mas registrado na ANVISA, sendo este o atual gargalo da judicialização da saúde.

Poderá ser buscada uma composição extrajudicial entre o paciente e o ente federado gestor do SUS, nas Câmaras de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos, envolvendo esses medicamentos que são, com grande probabilidade, concedidos pelo Poder Judiciário. Essa é uma das hipóteses que se pode chegar a um consenso antes da judicialização, entre as variadas hipóteses do mundo real.

Infelizmente, essas câmaras ainda não são realidade na maioria dos Estados e municípios brasileiros, competindo a cada ente federado promover a sua criação, por lei, a depender do ambiente político propício e da quebra da resistência na celebração de acordos pelo próprio Estado.

Não deve ser desconsiderada a grande barreira invisível que inibe a Administração Pública de resolver seus conflitos de forma consensual e extrajudicial, apesar do estímulo da própria lei a essa resolução. Essa resistência é fundamentada, genericamente, na vedação imposta pelo princípio da indisponibilidade do interesse público, o qual não deve ser interpretado, na contemporaneidade, como impossibilidade de transação pela Administração Pública, na medida em que há lei permissiva nesse sentido.

Certamente, vencidos os obstáculos naturais, um novo paradigma de justiça se apresenta, e as Câmaras de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos serão um instrumento valioso que permitirá um novo olhar do conflito entre o Estado e o cidadão, que disporá de mais um canal de comunicação para pleitear sua prestação à saúde.

Nota-se como o Estado brasileiro criou, nos últimos anos, os instrumentos necessários para implementar uma verdadeira cultura da desjudicialização em matéria de saúde, promovendo o diálogo como um mecanismo emancipador da sociedade, além de contribuir para a melhoria do sistema de justiça, que passou a disponibilizar ao cidadão as mais diversas ferramentas para a solução consensual de suas controvérsias, principalmente pela via extrajudicial, garantindo o acesso a uma ordem jurídica justa, efetiva e célere.

## 6. Conclusão

Como visto, o direito à saúde é dever do Estado e direito de todos, conforme previsão constitucional, e é objeto de intensa judicialização, decorrente de um inicial ativismo judicial, ante a interpretação de que o direito à saúde, como direito social, não pode se constituir em uma promessa constitucional inconsequente, independentemente do custo da prestação sanitária.

Diante da excessiva judicialização e alto impacto no orçamento público, a jurisprudência passou a impor limites ao direito à saúde, num claro movimento de autocontenção, mas o que ainda não é suficiente para evitar a judicialização de muitas questões que poderiam ser resolvidas extrajudicialmente.

A análise de custo-benefício entre recursos humanos e materiais, condições financeiras do Estado e judicialização da saúde desautoriza a manutenção do *status quo*, pois se afigura não ser economicamente sustentável. A advertência da AED, no ponto, é de que o sistema não está operando com a máxima otimização do princípio da eficiência, impondo-se a busca de soluções para um aproveitamento ótimo dos recursos humanos e materiais.

Nessa perspectiva, a Análise Econômica do Direito indica a desjudicialização do direito à saúde como forma de diminuir o custo de transação e maximizar a aplicação dos recursos públicos, eis que, além de economicamente vantajosa, é fator capaz de solucionar os conflitos envolvendo a política pública de saúde com muito mais efetividade para o cidadão.

Com menos judicialização, há melhoria do sistema de Justiça como um todo, pois será possível a resolução mais rápida de casos mais complexos que não foram resolvidos extrajudicialmente, além de reduzir a interferência do Poder Judiciário no campo orçamentário.

Cabe ao Estado e, especialmente ao Poder Judiciário, promover uma política pública de desjudicialização, estimulando o uso dos métodos alternativos de resolução de conflitos (*ADRs* e *ODRs*), diante da releitura contemporânea do acesso à justiça, que envolve não apenas o acesso aos tribunais, mas a qualquer sistema existente no âmbito oficial, público ou privado, que tenha aptidão para promover uma ordem jurídica mais justa.

#### *Referências bibliográficas*

ASSIS, Gilmar de. *Medição sanitária*. Cad. IberAmer. Direito. Sanit., Brasília, v. 2, n. 2, jul./dez. 2013. Anais dos III Congresso Iberoamericano de Direito Sanitário / II Congresso Brasileiro de Direito Sanitário. Disponível em: <<http://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/download/98/140>> Acesso em: 30 ago. 2019.

BRASIL. *Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução*. Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. *Justiça em números 2019: ano-base 2018*. Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-con->

[tent/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica\\_em\\_numeros20190919.pdf](#)>.

Acesso em: 2 jul. 2020.

CADIET, Loïc. *La desjudicialización: informe introductorio*. In: *Convenciones Procesales: Estudios sobre negocio jurídico y proceso*. Lima: Raguel Ediciones, 2015.

FUX, Luiz. BODART, Bruno. *Processo Civil e Análise Econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GICO JR., Ivo Teixeira. *A natureza econômica do direito e dos tribunais*. In *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 3, p. 12-39, 2019.

\_\_\_\_\_. *A tragédia do Judiciário*. In *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 267, p. 163-198, set./dez.2014.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao Direito e Economia*. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do direito*. 3. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro, Forense, 2011.

MÜLLER, Julio Guilherme. *Negócios Processuais e Desjudicialização da Produção da Prova*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

TOALDO, Adriane Medianeira; BERGHAN, Márcia Muhlbaier. *Desjudicialização do Direito à Saúde: a integração entre a sociedade e o estado como alternativa de enfrentamento*. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da; RODRIGUES, Hugo Thamiir (org.). *Direito & Políticas Públicas IX*. Curitiba: Multideia, 2014.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa (conceito atualizado de acesso à justiça) Processos Coletivos e outros Estudos*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2019.



CAROLINA FONTES VIEIRA

## DESAFIOS À EQUIDADE DE GÊNERO E RAÇA NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

SUMÁRIO: 1. Introdução. – 2. A composição por detrás da estrutura. – 3. Políticas judiciárias de inclusão. – 4. Conclusão.

### 1. *Introdução*

Os estudos sobre a igualdade de gênero e raça dentro dos Tribunais brasileiros é relativamente recente, com exceção da pesquisa desenvolvida por Maria Teresa Sadek na década de 90<sup>1</sup>, a investigação sobre os números e dados dentro da estrutura judicial apenas teve o seu início em 2004 (ano-base 2003), com o projeto “justiça em números” do Conselho Nacional de Justiça<sup>2</sup>.

Essa pesquisa deu início no Brasil a uma análise sobre a forma de composição e estruturação dos quadros do poder judiciário, tanto em termos de estrutura física e demanda, como a forma pela qual se dava a composição e formação dos julgadores. Analisou-se, assim, desde o dispêndio de recursos públicos em determinadas regiões brasileiras, em detrimento de outras, até o questionamento sobre quem eram os sujeitos que compunham as Cortes e os juízos de primeira instância<sup>3</sup>.

É justamente dentro desse cenário que se pretende questionar:

<sup>1</sup> Entre as diversas obras da pesquisadora, conferir: SADEK, MT., org. O judiciário em debate. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010.

<sup>2</sup> O Conselho Nacional de Justiça, criado com a emenda constitucional nº45/2004, é um órgão do poder Judiciário responsável pelo aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, em especial no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual. As informações atinentes a sua composição, estrutura e missão encontram-se disponíveis em: <https://www.cnj.jus.br/>.

<sup>3</sup> Para que se possa compreender a distinção entre a Corte constitucional brasileira e a italiana, conferir: MIRANDA, H. S., & SILVA, L. V. DA. (2020). Brasil e Itália: um comparativo entre os modelos de composição das cortes constitucionais. *Revista Processus de Políticas Públicas e Desenvolvimento Social*, v. 2, n.4, 2020, pp. 40–56.

quem são os sujeitos que atualmente compõem os quadros do poder judiciário<sup>4</sup> e quais medidas institucionais são colocadas hoje à disposição da sociedade e dos órgãos de gestão para que o poder judiciário possa espelhar efetivamente a multiplicidade de sujeitos que compõem o quadro social.

Parte-se da premissa de que um poder judiciário mais plural permite, não apenas a consecução de um dos elementos de democracia do Estado e, assim, um ganho de legitimidade democrática a esse poder, como permite afastar uma das críticas mais contumazes ao judiciário que é justamente a suposta existência de um “elitismo” decisional<sup>5</sup>.

Assim, a presente reflexão será dividida em dois pontos principais. No primeiro deles pretende-se descrever brevemente a atual composição, em termos de gênero e igualdade racial, dos tribunais brasileiros. Para, em um segundo momento, pontuar algumas políticas judiciárias adotadas no Brasil com vistas a promover uma maior inclusão racial e uma maior participação feminina em cargos de gestão e de tomada de decisão no poder judiciário.

## 2. A composição por detrás da estrutura

O Brasil, segundo dados do instituto brasileiro de geografia e estatística (IBGE/2021), é atualmente composto majoritariamente por mulheres, em torno de 51,1%, e por uma população que se autodeclara negra ou parda no percentual de 56,1%<sup>6</sup>. Portanto, em termos numéricos, a maior parte da população brasileira é composta por mulheres e

<sup>4</sup> Pesquisa realizada pela associação dos magistrados brasileiros, disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/pesquisa-completa-amb.pdf>. Acesso em: 10 set. 2022.

<sup>5</sup> Sobre o elitismo judicial e a crítica, conferir: BRANDÃO, RODRIGO. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017; FISS, OWEN M. The Forms of Justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, nov./1979; FALLON JR., RICHARD H. *The Core Of An Uneasy Case For Judicial Review*. *Harvard Law Review*. Disponível em: [https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/11222677/fallon\\_judicialreview.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/11222677/fallon_judicialreview.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em 20 abr. 2022.

<sup>6</sup> Dados disponíveis em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conbeca-o-brasil/populacao/18319-cor-ou-raca.html>. Acesso em: 10 set. 2022.

por negros. No entanto, esses números ainda estão longe de refletirem a realidade que se encontra na composição dos tribunais brasileiros, tanto em primeiro quanto em segundo grau.

A magistratura brasileira é composta hoje em sua maioria por magistrados do sexo masculino e que se autodeclara branca. Apenas 38,8% do poder judiciário é composto por magistradas, sendo que esse número cai ainda mais quando se analisa o percentual de magistradas nos cargos de juízes que compõem o Tribunal (segunda instância), Corregedoras, Vice-Presidentes e Presidentes. Nesses cargos o percentual de magistradas, considerando a média entre todas as justiças (federal, estadual, militar, do trabalho e eleitoral), não alcança o percentual de 25%<sup>7</sup>.

Da mesma forma, o número de magistrados indicados como negros no Brasil não consegue chegar na marca dos 13% (12,8% para ser exata) e, ainda, considerando algumas regiões do Brasil como, por exemplo, os Estados que compõem a região sul, estados tradicionalmente ligados a uma imigração europeia, não alcança o patamar de 4% (3,4%) de magistrados negros na justiça estadual e de menos de 3% na magistratura federal (2,4%)<sup>8</sup>.

Esses números são ainda mais drásticos se for considerado as interseccionalidades ou a conjunção de outros fatores de vulnerabilidade como, por exemplo, ser mulher, negra e integrar um Tribunal superior.

No Brasil, durante toda a história do Supremo Tribunal Federal tivemos apenas três ministros negros<sup>9</sup> e, atualmente, não contamos com nenhum em sua composição. Em relação às mulheres, também contamos com a presença de apenas três mulheres, sendo que apenas duas ainda fazem parte da Corte.

Se unirmos a questão do gênero com a questão racial nos deparamos com o fato de que nunca houve em sua estrutura (Supremo Tribu-

<sup>7</sup> Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/05/cae277dd017bb4d4457755febf5eed9f.pdf>. Acesso em: 10 set. 2022.

<sup>8</sup> Idem.

<sup>9</sup> Sobre o tema a TV Justiça preparou uma reportagem especial sobre os três ministros negros que integraram o Supremo Tribunal Federal (STF). Pedro Lessa e Herme-negildo de Barros foram nomeados no início do século XX, enquanto Joaquim Barbosa ocupou uma cadeira na Corte entre 2003 e 2014.

nal Federal) uma ministra negra, em que pese, conforme antes referido, elas componham grande parte da população brasileira.

Nos tribunais superiores do Brasil, excluindo-se o Supremo Tribunal Federal, conforme alhures referido, a situação não é muito diversa. Atualmente, nos quatro tribunais superiores que compõem a estrutura judicial brasileira temos apenas oito ministros negros e tão somente uma ministra que possui registro de raça/cor negra. Em relação à participação feminina, a desigualdade se mantém. Entre os 90 ministros apenas 14 mulheres integram a composição desses Tribunais<sup>10</sup>.

A dificuldade também se revela premente quando se depara com outros grupos vulneráveis como a população LGBTQIAPN+ e os indígenas. Para essas vulnerabilidades sequer se tem dados confiáveis ou estudos que mostrem, por exemplo, a forma de inclusão e aprovação nos últimos concursos, os cargos que ocupam e o tempo de entrância.

É certo que em relação à população LGBTQIAPN+ não há apenas a falta de pesquisa sobre o tema dentro dos quadros do poder judiciário<sup>11</sup>, mas uma ausência de autodeclaração por parte dos juízes por diversos fatores que, por ora, com o fito de evitar o desfoque da pesquisa se deixa de lado<sup>12</sup>, mas que impedem, por exemplo, a construção de políticas públicas eficazes para a efetiva promoção da igualdade.

<sup>10</sup> Cf. Levantamento mostra que caminho em direção à igualdade ainda tem muito a ser percorrido. Migalhas, 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/336640/mulheres-ainda-sao-minoria-em-todo-poder-judiciario--apontam-dados>>. Acesso em: 09 de set. de 2022.

<sup>11</sup> Estudos sobre o impacto de violência nos grupos LGBTQIAPN+: o Conselho Nacional de Justiça realiza pesquisas processuais e estruturais relativas a violência contra a população LGBTQIA+ indicando, por exemplo, as dificuldades de acesso à justiça e, diante disso, realização uma série de recomendações para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Sobre a composição do poder judiciário ainda não há um estudo profícuo sobre o tema, especialmente diante da dificuldade de haver indicadores claros para o desenvolvimento da pesquisa.

<sup>12</sup> Uma das possíveis explicações para a não declaração como tal diz respeito ao contínuo aumento da violência contra a população vulnerável. Nestes termos a pesquisa desenvolvida pelo CNJ: “Sob a mesma ótica, a violência contra a população LGBTQIA+ apresentou significativo crescimento, conforme evidenciado pelos dados do mesmo ano: 35,2% a mais de agressões, 7,2% a mais de homicídios e 88,4% a mais de estupros das pessoas identificadas como tais (FBSP, 2022). Conforme a Figura 1, a violência contra a população LGBTQIA+1 está estritamente relacionada à discrimina-

Especificamente com o Estado do Paraná, objeto de convênio realizado para o presente seminário, a situação não é diversa. Nos últimos dez anos, o aumento no número de magistradas não chegou a 2%, variando, de acordo com o ano, entre 320 a 389 magistradas. Especificamente no âmbito do segundo grau de jurisdição, ou seja, no Tribunal, o número de magistradas em sua composição teve uma variação de menos de 3%, tendo alcançado o patamar de 21% da composição e, atualmente, constar com apenas 19% dos membros da Corte pertencentes ao sexo feminino<sup>13</sup>.

O número de magistrados (considerando homens e mulheres) negros, por sua vez, mais que dobrou, ou seja, eram 6 magistrados negros no ano de 2013 e atualmente são 16 magistrados no quadro paranaense<sup>14</sup>. O que pode parecer, em uma primeira leitura, um considerável avanço, não se sustenta por muito tempo quando se verifica que são apenas 16 magistrados em um universo de 938 julgadores. Se a análise for restrita aos negros e pardos em segundo grau de jurisdição esse número diminui ainda mais, não alcançando um total de 3 julgadores no ano de 2022 (menos de 2% da composição da Corte)<sup>15</sup>.

Enfim, esses fatores espelham o quanto o Brasil ainda é um país extremamente desigual em sua composição em cargos de poder e esses dados, frise-se, não são exclusivos do poder judiciário. A participação feminina e da população negra, parda e amarela, por exemplo, no legis-

ção contra essa população, o que foi cunhado com o termo “LGBTfobia”. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/08/relatorio-pesquisa-discriminacao-e-violencia-contra-lgbtqia.pdf>. Acesso em: 10 de set. de 2022.

<sup>13</sup> Esses dados foram extraídos da pesquisa realizada por esta magistrada através do Convênio firmado entre a Escola Judicial do Paraná e a Universidade Federal do Paraná, sob orientação e condução dos Professores Doutores Rodrigo Luís Kanayama e Fabrício Ricardo de Limas Tomio.

<sup>14</sup> Certamente há um avanço digno de ponderação e que será mais à frente explicado. Diz respeito a inclusão de cotas nos concursos públicos para os negros e pardos, o que parece estar surtindo efeito na carreira da magistratura por intermédio do incremento no número de juízes substitutos.

<sup>15</sup> Esses dados foram extraídos da pesquisa realizada por esta magistrada através do Convênio firmado entre a Escola Judicial do Paraná e a Universidade Federal do Paraná, sob orientação e condução dos Professores Doutores Rodrigo Luís Kanayama e Fabrício Ricardo de Limas Tomio.

lativo e no executivo municipal e estadual, também é absolutamente reduzida.

Revelam, portanto, que o Brasil ainda é um país com forte estrutura patriarcal, machista e homofóbica e que impede, por múltiplos fatores, o alcance de postos de poder e tomada de decisão por grupos vulneráveis, mesmo representando a esmagadora maioria da população. Isso implica também afirmar que a sub-representação das mulheres e negros em espaços de poder e tomada de decisão aumenta os custos de participação feminina e racial em tais arenas, reforça a existência de estereótipos, bem como de atitudes e práticas discriminatórias.

Portanto, atuam como barreiras (e reforçam as já existentes), o que termina por constranger ainda mais o desenvolvimento de capacidades e habilidades ligadas à liderança, à composição paritária e, em última análise, a própria democracia.

### *3. Políticas judiciárias de inclusão*

Entretanto, se os números da magistratura brasileira ainda revelam uma sub-representação de grupos vulneráveis, não é possível desconhecer que já houve um considerável avanço desde a promulgação da atual Constituição. Para tanto, várias pautas e instrumentos têm sido utilizados para se alcançar uma efetiva igualdade.

Entre as várias propostas e projetos que já foram desenvolvidos, e que ainda estão em curso, importante destacar três propostas que fazem direta vinculação ao tema em debate.

A primeira delas diz respeito à exigência de paridade nas bancas de concurso público de ingresso nos concursos de juiz. Segundo o CNJ “a baixa representatividade feminina nas bancas de concurso, espaço institucional de enorme relevância, denota o entendimento que as mulheres encontram maiores dificuldades de inserção nos espaços nos quais as escolhas são determinadas por critérios subjetivos”<sup>16</sup>. Trata-se de pro-

<sup>16</sup> Conselho Nacional de Justiça. Resolução n° 75/2009. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/100>. Recentemente o plenário do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou a alteração dessa resolução para estabelecer paridade de gênero nas comissões examinadoras e bancas de concurso da magistratura, promover a

posta implementada através da Resolução 255/2018 (CNJ), a qual inicialmente se colocava como uma recomendação aos tribunais, ou seja, como um conselho para que houvesse uma paridade entre homens e mulheres nas bancas de ingresso à carreira<sup>17</sup>.

Atualmente, com a recente alteração na Resolução nº 75/2009, aprovada por unanimidade no plenário do Conselho Nacional de Justiça, tanto a composição das bancas de concurso como as bancas examinadoras passam a ser compostas com respeito à paridade. Além disso, como forma de estímulo e promoção à temática em questão, foi determinada a inclusão da disciplina de direitos humanos como matéria obrigatória nos concursos públicos no âmbito do poder judiciário.

Essas determinações ainda não permitem que se possa ter dados concretos sobre os seus impactos na estrutura judicial, seja porque ainda são políticas públicas relativamente recentes, seja porque são medidas que necessariamente implicam numa construção de uma nova mentalidade e de uma cultura judiciária diversa àquela costumeiramente empregada na gestão pública.

O segundo projeto diz respeito à criação de cotas raciais nos concursos de ingresso. A resolução 203/2015 do CNJ determina a reserva de 20% das vagas ofertadas para os cargos efetivos e da magistratura para negros(as). Essa normativa é resultado do Estatuto da Igualdade Racial (Lei n. 12.288/2010<sup>18</sup>) e do estabelecimento de reserva de vagas em concursos promovidos pelo Poder Executivo (Lei n. 12.990/2014<sup>19</sup>).

Em 2020, novos atos normativos foram promulgados com o objetivo de dar visibilidade à discussão sobre a igualdade e discriminação racial e preconizar regramento valorizando a inclusão da população negra no poder judiciário. Foram elas: a Portaria Conjunta n. 7, incluindo o tema no Observatório Nacional sobre Questões Ambientais, Econômicas e

diversidade na sua composição e acrescentar novos conteúdos entre as disciplinas exigidas nas provas desses certames.

<sup>17</sup> Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 255/2018. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2670>. Acesso em: 08 de set. 2022.

<sup>18</sup> BRASIL. Lei n. 12.288/2010. Dispõe sobre o estatuto da igualdade racial.

<sup>19</sup> BRASIL. Lei n. 12.990/2014. Dispõe sobre o estabelecimento de reserva de vagas em concursos promovidos pelo Poder Executivo.

Sociais de Alta Complexidade e Grande Impacto e Repercussão<sup>20</sup>; a Portaria CNJ n. 108, criando um Grupo de Trabalho destinado a debater a formulação de políticas judiciárias sobre a igualdade racial no âmbito do poder judiciário; e a Resolução CNJ n. 336, preconizando a promoção de cotas raciais nos programas de estágio dos órgãos do poder judiciário<sup>21</sup>.

Essas políticas tiveram por objetivo promover ações afirmativas que viabilizem uma maior paridade racial nos quadros do poder judiciário, mas ainda apresentam impactos tímidos em relação à alteração do quadro fático.

Aliás, segundo a pesquisa desenvolvida pelo CNJ se os percentuais de incremento atuais forem mantidos, apenas será alcançado um patamar mínimo de 22,2%<sup>22</sup> de inclusão racial nos quadros do poder judiciário próximo ao ano de 2059<sup>23</sup>. Nessa linha, ainda faltam mais de três décadas para, com essas ações, haver um início de igualdade racial no sistema judicial brasileiro.

Por fim, o terceiro projeto diz respeito ao julgamento com perspectiva de gênero. Essa determinação está contida no protocolo emitido

<sup>20</sup> Conselho Nacional de Justiça. Portaria conjunta n. 7. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3445>. Acesso em: 10 de set. 2022.

<sup>21</sup> Conselho Nacional de Justiça. Portaria n. 108. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3374>. Acesso em: 10 de set. 2022.

<sup>22</sup> Segundo o relatório: “para o cálculo de tempo de vigência da normativa para a magistratura, foi considerado o parâmetro de inclusão de 22,2%, que, conforme anteriormente mencionado, contempla as seguintes características: ser negro(a), ser brasileiro(a) nato(a) ou naturalizado(a), ter mais de 18 anos e menos de 70 anos de idade; ser bacharel em direito; possuir experiência profissional em atividades jurídicas mínima de três anos. Foram calculados três cenários com projeção do número de magistrados(as). A depender do cenário adotado, a equivalência poderá ser atingida entre os anos de 2056 e 2059. Considerando todas as ressalvas colocadas, faz-se necessário, antes de tomar qualquer medida a fim de alongar o prazo da Resolução CNJ n. 203/2015 para tal estimativa, aguardar o Censo Demográfico e aprimorar os registros funcionais, haja vista que a grande quantidade de dados faltantes e o baixo percentual encontrados podem causar grandes prejuízos na projeção”. Disponível: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/rela-negros-negras-no-poder-judiciario-150921.pdf>. Acesso em: 08 set. 2022.

<sup>23</sup> Disponível: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/rela-negros-negras-no-poder-judicia-rio-150921.pdf>. Acesso em: 08 set. 2022.

pelo Conselho Nacional de Justiça, sendo que o objetivo essencial do protocolo é a superação dos percalços que ainda impossibilitam uma igual dignidade entre homens e mulheres.

Assim, considerando que o tema de gênero é transversal a todas as matérias do direito e não apenas àquelas que envolvem diretamente a violência contra as mulheres é imprescindível a tomada de consciência de todos os operadores do direito sobre a utilização de uma lente de gênero para um julgamento crítico e consentâneo com a realidade.

O julgamento com perspectiva de gênero recentemente passou ser de observância obrigatória pelos tribunais com a edição da Recomendação 128 do Conselho Nacional de Justiça<sup>24</sup>. Determinou-se não apenas o julgamento a partir de uma lente de gênero e igualdade, mas também se atribuiu às Cortes a necessidade de promover cursos de formação inicial e continuada a todos os magistrados. O intuito é não apenas capacitar os julgadores para a temática, mas promover a consecução dos objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS) número 5 e 16 da Agenda 2030 da ONU.

Pretende-se, com isso, que a atividade jurisdicional possa ter um impacto transformador em uma sociedade ainda impregnada por um machismo estrutural e um racismo sistêmico, mas também um efeito interno à própria estrutura do poder judiciário. Vale dizer, a Recomendação 128 vem acompanhada das Resoluções n. 254<sup>25</sup> e 255<sup>26</sup>, que instituem, respectivamente, a política judiciária nacional de enfrentamento à violência contra as mulheres e a política nacional de incentivo à participação institucional feminina no poder judiciário<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> Conselho Nacional de Justiça. Recomendação n. 128. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4377>. Acesso em: 10 de set. 2022.

<sup>25</sup> Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 254. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2669>. Acesso em: 10 de set. 2022.

<sup>26</sup> Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 255. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2670>. Acesso em: 10 de set. 2022.

<sup>27</sup> Essas recomendações e resoluções são acompanhadas das recomendações gerais n° 33 e 35 do Comitê para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) orienta os Estados Partes sobre, respectivamente, o acesso das mulheres à justiça e a violência contra as mulheres com base no gênero; a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (“Convenção de Belém do Pará”), promulgada pelo Decreto n° 1.973/1996.

Todas essas medidas, entre diversas outras ações e estudos desenvolvidos pelo poder judiciário brasileiro com o objetivo de promover uma maior igualdade dentro da sua estrutura, tentam minimizar as dificuldades que ainda persistem de acesso à carreira e, também, de ascensão na estrutura hierárquica, tanto para negros quanto para as mulheres.

Se já houve um pequeno avanço desde a promulgação da Constituição de 1988, não se pode ignorar que ainda há um longo caminho a ser percorrido, de modo que as medidas necessárias à redução das diferenças entre homens e mulheres, negros e brancos ainda se revela, conforme os números acima, especialmente tímida e lenta<sup>28</sup>. Aliás, tal como ocorreu nas décadas pretéritas ainda há um considerável “funil invertido” quando se enxerga a composição dos quadros da magistratura sob as lentes do gênero e da igualdade. O quadro é ainda mais grave quando se o enxerga, como outrora referido, a partir da conjunção de certas interseccionalidades.

#### 4. *Conclusão*

A presente manifestação teve por objetivo central apresentar, ainda que brevemente, a forma de composição, em termos de sexo e identidade racial, do poder judiciário brasileiro. A indicação de dados vem justamente com o objetivo de viabilizar uma tomada de consciência, tanto da sociedade quanto da sua própria estrutura organizacional, sobre a imperiosa necessidade de criação de políticas públicas de inclusão e promoção da igualdade.

É possível verificar que, ao contrário do propalado informalmente, ainda não há uma proximidade temporal com os padrões de igualdade

<sup>28</sup> “As informações disponíveis permitem afirmar que, de maneira geral, a participação da mulher na magistratura brasileira ainda é marcada por um significativo quadro de iniquidade e, em regra, a redução das diferenças é tímida e lenta, quanto mais nos aproximamos das instâncias superiores, da cúpula do Poder Judiciário. Ou seja, a função judicante é desempenhada majoritariamente por homens sendo que as diferenças se acentuam quando se compara a especialidade da justiça, o nível federativo ao qual se vincula e o grau de jurisdição”. MELO, M.; NASTARI, M.; MASSULA, L. A participação da mulher na magistratura brasileira. 2005, p.6. Disponível em: <<https://goo.gl/38ETcn>>. Acesso em: 11 set. 2022.

entre sujeitos que compõem a estrutura decisória. Se os princípios inerentes ao concurso público permitiram uma maior transparência e igualdade de condições de ingresso e participação nos certames públicos, o que acaba se refletindo no aumento do número de juízes negros e juízas no início da carreira, ainda não há efetivo reflexo sobre um início de paridade em especial nos tribunais, em seus cargos de gestão e tomada de decisão<sup>29</sup>. Essa realidade agrava-se quando se considera o ingresso em cargos da alta cúpula do poder judiciário, os quais são preenchidos por critérios marcadamente políticos. Nesses casos, ainda há muitos outros obstáculos, por vezes invisíveis, ao acesso igualitário a tais posições.

A observação da estrutura administrativa dos tribunais demonstra que há certos cargos que são naturalmente ocupados por mulheres, diante da função exercida se concentrar em papéis tradicionalmente ligados ao feminino, tais como o cuidado e ao aspecto social. Outros, no entanto, estão especialmente direcionados aos homens, pela “característica mais masculina”, como aqueles ligados à economia e à infraestrutura.

Tratam-se de barreiras ou obstáculos invisíveis que acabam por impedir que as mulheres possam alcançar outros cargos ou mesmo que possam ascender na carreira. A existência do chamado “teto de vidro”, ou seja, impedimentos invisíveis para que haja a ascensão funcional, deixa de ser uma suposição e passa a ser um dado facilmente constatável.

Da mesma forma, o acesso de negros à carreira da magistratura ainda é um elemento que exige uma reestruturação em três vieses. O primeiro deles certamente diz respeito à consecução de medidas públicas que permitam uma maior inclusão da população negra e parda nas universidades, ainda incipiente no Brasil. O segundo é viabilizar o acesso à carreira de forma real ou compatível com os números existentes, isto é,

<sup>29</sup> A principal parcela de magistrados(as) negros(as) — somando sexos feminino e masculino — está entre os juízes (juízas) substitutos(as): 18,1%; depois juízes(as) titulares: 12,3%; e, então, desembargadores(as): 8,8%, seguindo a mesma ordem de progressão na carreira. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/rela-negros-negras-no-poder-judiciario-150921.pdf>. Acesso em: 08 set. 2022.

se a ideia é permitir que haja um maior número de negros nos quadros do poder judiciário, a existência de cotas precisa ser não apenas uma recomendação, mas uma exigência ética e normativa imposta a todos os tribunais. Numa terceira via é necessário ponderar que ingressar na estrutura certamente não é a mesma coisa que atuar na escolha dos rumos a serem tomados por aquele poder. A efetiva inclusão de negras e negros nos tribunais deve impactar não apenas na perspectiva de julgamento ou em sua composição, mas também (e essencialmente) na atribuição de poder de escolha de políticas públicas, gastos orçamentários e tomada de decisões administrativas.

Em outros termos, quando se afirma a necessidade de existência e correto funcionamento de programas de inclusão judiciária, se exige mais do que simples propostas ou programas de atuação. É necessário compreender que a legitimidade democrática do poder judiciário também perpassa – ao lado de outras garantias como o dever de fundamentação, de deliberação e de respeito aos âmbitos de competência – na composição plural e democrática dos órgãos e tribunais.

A consecução de um Estado que se proponha democrático e garantidor dos direitos fundamentais exige que o poder judiciário também se atenha a uma composição “interna corporis” que respeite as noções de pluralidade e inclusão.

Do ponto de vista ético, se ao poder judiciário é dado fazer o controle das instituições externas para que adotem composições plurais, deve haver um genuíno esforço interno para uma efetiva equalização voltada a pluralidade de sua própria composição. Aliás, não basta uma simples composição plural dos quadros do poder judiciário, é necessário que se permita a construção de três pontos fundamentais.

O primeiro deles é que haja uma leitura da decisão judicial a partir de uma lente plural (gênero, igualdade racial e da perspectiva da teoria das interseccionalidades)<sup>30</sup>. Note-se que não há dados nem se presume que as mulheres decidam de forma melhor ou pior do que os homens.

<sup>30</sup> Cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Vulnerabilidades nas relações de Família: o problema da desigualdade de gênero*. In MATOS, Ana Carla Hamatiuk e MENEZES, Joyciane Bezerra de. (Org.) *Direito das Famílias por Juristas Brasileiras*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2022.

O que se propõe é que “a diversidade é melhor do que a não diversidade no judiciário”<sup>31</sup>.

O segundo é compreender que a tomada de decisão e o alcance aos cargos de cúpula dentro da instituição devem ser partilhados entre os diversos grupos, não se resumindo a permitir uma composição meramente numérica, mas de real e efetiva participação na escolha dos rumos da instituição<sup>32</sup>.

O terceiro e último é a consciência de que a forma de inclusão se dará de maneira dinâmica. Não há como propor políticas públicas e projetos que possam ser estáticos, pois não há como presumir que a sociedade e as exigências de inclusão permaneçam sempre iguais. A consciência de que a busca por novos caminhos e percursos nessa seara exige um constante olhar crítico e dinâmico é essencial para que se possa ter um caminhar efetivamente contínuo.

<sup>31</sup> SANTOS, Marina França. *A importância da diversidade de gênero nos tribunais superiores brasileiros. O princípio da imparcialidade forte a partir da standpoint theory*. Tese de Doutorado apresentada perante a Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, jun., 2016, p. 240.

<sup>32</sup> Importante reflexão diz respeito a como viabilizar o acesso, por exemplo, das mulheres aos postos de gestão dentro da estrutura do poder judiciário. Note, “com efeito, estatísticas do IBGE e pesquisas realizadas pelo CNJ e Ajufe, bem como por acadêmicas, deram conta que, entre outras dificuldades, a divisão sexual do trabalho e, conseqüentemente, a menor disponibilidade de tempo para se dedicar à carreira, é uma realidade presente na vida das magistradas, colocando-as em notória desvantagem e prejuízo quando comparadas às condições reunidas por seus colegas homens que, geralmente, ficam mais livres dos trabalhos domésticos em casa e, portanto, permanecem mais disponíveis para o exercício da profissão, sendo esse um atributo muito importante no universo do profissionalismo, ideário que, baseado na expertise e no mérito individual, move o atual modelo de gestão do Poder Judiciário, subvertendo a realidade ao pressupor que todos(as) os(as) juizes(as) partem de um mesmo ponto de largada e, por isso mesmo, os critérios de desempenho devem ser padronizados”. BORBA, Lícia Lúcia Oliveira; YOSHIDA, Mariana Rezenda Ferreira; OLIVEIRA, Rafaella Amaral de. *Gestão judicial de alto desempenho: um estudo de caso com perspectiva de gênero e raça*. Revista do CNJ – Edição Especial Mulheres e Justiça, 2022, p. 199.

*Referências bibliográficas*

BONATTO, Marina; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; FACHIN, Melina Girardi. *Constitucionalismo Feminista: para ler e interpretar o Direito (Constitucional) com as Lentes de Gênero*. Revista do CNJ – Edição Especial Mulheres e Justiça, 2022.

BORBA, Lícia Lúcia Oliveira; YOSHIDA, Mariana Rezenda Ferreira; OLIVEIRA, Rafaella Amaral de. *Gestão judicial de alto desempenho: um estudo de caso com perspectiva de gênero e raça*. Revista do CNJ – Edição Especial Mulheres e Justiça, 2022.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BRASIL. Lei n. 12.288/2010. Dispõe sobre o estatuto da igualdade racial.

BRASIL. Lei n. 12.990/2014. Dispõe sobre o estabelecimento de reserva de vagas em concursos promovidos pelo Poder Executivo.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *A participação feminina nos concursos para a magistratura*. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3NFSzu6>. Acesso em: 08 de set. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero 2021*. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3wY4fTC>. Acesso em: 08 de set. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Repositório de Mulheres Juristas*. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3Gt1D3a>. Acesso em: 30 maio 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 255 de 04/09/2018. Institui a Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no poder judiciário*. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3PN2Vdr>. Acesso em: 08 de set. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Pesquisa sobre negros e negras no poder judiciário*. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/rela-negros-negras-no-poder-judiciario-150921.pdf>. Acesso em 08 de set. 2022.

FALLON JR., Richard H. *The Core Of An Uneasy Case For Judicial Review*. Harvard Law Review. Disponível em: [https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/11222677/fallon\\_judicialreview.pdf?sequence=1&isAllo wed=y](https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/11222677/fallon_judicialreview.pdf?sequence=1&isAllo wed=y). Acesso em 20 abr. 2022.

FISS, Owen M. *The Forms of Justice*. Harvard Law Review, v. 93, n. 1, nov., 1979.

MELO, M.; NASTARI, M.; MASSULA, L. *A participação da mulher na magistratura brasileira*. 2005, p.6. Disponível em: <<https://goo.gl/38ETcn>>. Acesso em: 11 set. 2022.

MIRANDA, H. S., & SILVA, L. V. da. (2020). *Brasil e Itália: um comparativo entre os modelos de composição das cortes constitucionais*. Revista *Processus de Políticas Públicas e Desenvolvimento Social*, v. 2, n.4, p. 40–56, 2020.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Vulnerabilidades nas relações de Família: o problema da desigualdade de gênero*. In MATOS, Ana Carla Hamatiuk e MENEZES, Joyciane Bezerra de. (Org.) *Direito das Famílias por Juristas Brasileiras*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2022.

SADEK, MT., org. *O judiciário em debate*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010.

SANTOS, Marina França. *A importância da diversidade de gênero nos tribunais superiores brasileiros. O princípio da imparcialidade forte a partir da standpoint theory*. Tese de Doutorado apresentada perante a Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, jun., 2016.

SEVERI, Fabiana Cristina. *Justiça em uma perspectiva de gênero: elementos teóricos, normativos e metodológicos*, p. 02. Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. Revista *Digital de Direito Administrativo*, v. 3, n. 3, p. 574-601, 2016.



DANIELE MARRAMA

TERMINE RAGIONEVOLE DI CUI ALL'ART. 6 CEDU  
TRA PROCEDIMENTO E PROCESSO

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Se del caso, anche nel procedimento. – 3. Sempre e comunque, anche nel procedimento. – 4. Termine ragionevole.

1. *Introduzione*

Come è ai più noto, l'art. 6, par. 1 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (d'ora innanzi, anche CEDU) recita testualmente: “*Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale deciderà sia delle contestazioni sui suoi diritti e doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che le venga rivolta*”<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> La CEDU è stata sottoscritta in data 4 novembre 1950 dai 13 Stati che – all'epoca – facevano parte del Consiglio d'Europa. In Italia la Convenzione è divenuta efficace alcuni anni dopo e, per la precisione, in data 10.10.1955. Sulla Convenzione si vedano: F. G. JACOBS, R. C. WHITE, *The European Convention on human rights*, Oxford, 1996; S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001; AA.VV., *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, (a cura di) S. Bartole, P. De Sena, V. Zagreblesky, Padova, 2012. Sul tema dell'influenza del diritto CEDU all'interno del sistema della giustizia amministrativa si vedano: C. E. GALLO, *La Convenzione europea per i diritti dell'uomo nella giurisprudenza dei giudici amministrativi*, in *Dir. amm.*, 1996, 499 e ss.; ID., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la pubblica amministrazione nella più recente giurisprudenza della Corte*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, 316 e ss.; G. GRECO, *La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e il diritto amministrativo in Italia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 25 e ss.; C. FOCARELLI, *Equo processo e Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Contributo alla determinazione dell'ambito di applicazione dell'art. 6 della Convenzione*, Padova, 2001; S. CASSESE, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e i diritti amministrativi nazionali*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, 311 e ss.; F. MANGANARO, *Equo processo e diritto ad un ricorso effettivo nella recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo*,

La disposizione – nata (a giudizio unanime) con l'intento di assicurare che, all'interno degli ordinamenti degli Stati firmatari, ad ogni individuo fosse garantito nelle sedi giurisdizionali civili e penali una sorta di “livello minimo sindacale” di garanzie processuali, quel “giusto processo” che è ormai ampiamente entrato nel nostro tessuto normativo<sup>2</sup> e nel lessico quotidiano degli operatori del diritto – nel corso degli anni ha visto espandersi in maniera esponenziale il suo ambito di applicazione, in virtù dell'interpretazione che di essa è stata fornita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo<sup>3</sup>.

È stata, infatti, la Corte di Strasburgo ad aprire gradualmente all'applicabilità delle disposizioni e dei principi convenzionali al processo amministrativo e, sinanche – in presenza<sup>4</sup> di determinate circostanze – al procedimento amministrativo<sup>5</sup>.

in [www.ius-publicum.com](http://www.ius-publicum.com); G. SPADEA, *Il giusto processo amministrativo secondo l'art. 6 della CEDU e con cenni al caso italiano*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2000, 367 e ss. nonché, più di recente, S. MIRATE, *Giustizia amministrativa e Convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'«altro» diritto europeo in Italia, Francia e Inghilterra*, Napoli, 2007; M. ALLENA, *La rilevanza dell'art. 6, par. CEDU, per il procedimento e il processo amministrativo. La potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione*, Napoli, 2012; EAD., *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 569 e ss.; EAD., *L'art. 6 CEDU come parametro di effettività della tutela procedimentale e giudiziale all'interno degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2012, 267 e ss.; E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza delle Corti europee di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 685 e ss. C. FELIZIANI, *Giustizia amministrativa, amministrazione e ordinamenti giuridici. Tra diritto nazionale Unione europea e CEDU*, Napoli, 2018; EAD., *Effettività della tutela nel processo o nel procedimento? Convergenze e divergenze tra il sistema italiano di giustizia amministrativa e la convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 758 e ss.

<sup>2</sup> Si rammenta, infatti, che l'art. 2, comma 1 del d. lvo n. 104 del 2010 (codice del processo amministrativo) prescrive testualmente: “*Il processo amministrativo attua i principi della parità delle parti, del contraddittorio e del giusto processo previsto dall'articolo 111, primo comma, della Costituzione.*”. Il primo comma dell'art. 111 della Costituzione, a sua volta, stabilisce: “*La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge.*”

<sup>3</sup> Istituita nel 1959 la Corte è un organo giurisdizionale internazionale. Ad oggi da essa aderiscono tutti i 46 Stati membri della CEDU.

<sup>4</sup> Ma probabilmente sarebbe più corretto dire in assenza di determinate circostanze.

<sup>5</sup> Su questo specifico punto F. GOISIS, *Garanzie procedurali e Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 1338 e ss.

Non è un mistero come, fino al 2001, dottrina e giurisprudenza domestica abbiano manifestato un certo imbarazzo e qualche perplessità sul ruolo da attribuire nell'ordinamento interno alle disposizioni della CEDU<sup>6</sup>. La quasi definitiva<sup>7</sup> soluzione rispetto a questo stato di incertezza si è via via delineata in virtù del combinato disposto della riforma dell'art. 117 della Costituzione del 2001 (che – attualmente – al comma 1 recita: “*La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.*”)<sup>8</sup> e di tre notissime sentenze della Corte Costituzionale (le nn. 348 e 349 del 2007<sup>9</sup> e la n. 80 del 2011)<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> L'opinione prevalente era che le disposizioni della CEDU avessero il medesimo valore di una legge ordinaria pur godendo di una particolare forma di “resistenza” rispetto ad altre fonti ordinarie eventualmente in contrasto con le prime. Al riguardo, si può recuperare Corte Cost., sent. n. 848 del 1955.

<sup>7</sup> Ancora oggi si verificano casi (invero, sempre più sporadici) in cui giudici – convinti della non conformità di una disposizione legislativa interna con una disposizione o un principio della CEDU – invece di provare ad adottare un'interpretazione conforme (prima) e, eventualmente, di sollevare una questione di legittimità costituzionale (poi), disapplicano direttamente la disposizione in questione come debbono operare quando il contrasto si riferisce all'ordinamento comunitario.

<sup>8</sup> A commento della riforma costituzionale del 2001 sul punto oggetto di interesse: E. CANNIZZARO, “*La riforma «federalista» della Costituzione e gli obblighi internazionali*” in Riv. di dir. inter., 2001, 921 e ss. e B. CONFORTI, “*Sulle recenti modifiche alla Costituzione italiana in tema di rispetto degli obblighi internazionali e comunitari*”, in Foro. It., 2002, V, 229 e ss.

<sup>9</sup> La due sentenza c.d. “gemelle” sono state pubblicate su Foro it., 2008, I, 40 e ss. con note di F. GHERA, *Una svolta storica nei rapporti del diritto interno con il diritto internazionale pattizio (ma non in quelli con il diritto comunitario)* e L. CAPPUCIO, *La Corte costituzionale interviene sui rapporti tra Convenzione europea dei diritti dell'uomo e Costituzione*. Sulle due sentenze la dottrina è copiosa; in generale e senza pretese di esaustività: M. CARTABIA, *Le sentenze “gemelle”: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in Giur. cost., 2007, 3573 e ss.; M. LUCIANI, *Alcune considerazioni sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti tra diritto italiano e diritto internazionale*, in Corr. Giur., 2008, 201 e ss.; R. CONTI, *La Corte costituzionale viaggia verso i diritti CEDU: prima fermata verso Strasburgo*, ibidem, 2008, 205 e ss.; B. RANDAZZO, *Costituzione e CEDU: il giudice della legge apre una finestra su Strasburgo*, ibidem, 2008, 25 e ss.; A. RUGGERI, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)*, in Dir. pubbl. comp. eur., 2008, 215 e ss.; ID., *Ancora in tema di rapporti tra CEDU e Costituzione:*

Soprattutto queste ultime hanno rappresentato un freno rispetto ad alcune (invero comprensibili)<sup>11</sup> fughe in avanti di una parte della giurisprudenza e della dottrina che si erano registrate in tema di applicabilità diretta all'interno dei singoli Stati delle disposizioni e dei principi della CEDU.

Oggi, in virtù del percorso appena delineato, le disposizioni della CEDU hanno nel nostro ordinamento il valore di “norme interposte”, si posizionano su di un gradino leggermente più alto rispetto alle leggi ordinarie e, di conseguenza, ove un giudice dovesse rilevare la possibile non conformità di una disposizione legislativa nostrana ai principi di cui alla Convenzione (come interpretati dalla Corte di Strasburgo) dovrebbe, in prima battuta, provare un'interpretazione conforme e – in caso di esito infruttuoso del tentativo - sospendere il giudizio e sollevare una questione di legittimità costituzionale per possibile violazione dell'art. 117 Cost.

Va da sé che l'interpretazione che la Corte Europea ha dato e dà alla Convenzione ha assunto un peso sempre maggiore all'interno del nostro ordinamento. Tra l'altro, non sono mancati negli anni e non mancano tuttora elementi di frizione tra la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e l'ordinamento italiano.

Ciò non di meno, visto che, in ambito sovranazionale o multilaterale, (quasi sempre) le deliberazioni indirizzate a più Stati trovano origine o fonte di ispirazione in fattispecie di riferimento che sono, però, pre-

*profili teorici e questioni pratiche*, in Pol. dir., 2008, 443 e ss.; S. VALAGUZZA, *Riflessioni sul primato attenuato del diritto CEDU e sui suoi possibili sviluppi: prospettive interpretative per il giudizio amministrativo*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2008; F. SORRENTINO, *Apologia delle “sentenze gemelle” (brevi note a margine delle sentenze nn. 348 e 349/2007 della Corte costituzionale)* in Dir. soc. 2009, 213 e ss.; AA.VV., *Riflessioni sulle sentenze 348-349 della Corte costituzionale* (a cura di) C. Salazar e A. Spadaro, Milano 2009; T. E. FROSINI, *Sui rapporti fra la Corte EDU e la Costituzione italiana*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it) nonché, naturalmente, S. CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine giuridico globale*, Roma, 2009.

<sup>10</sup> Rinvenibile – come tutte le sentenze della Corte costituzionale – sul sito [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>11</sup> La questione derivava dalla coesistenza di più fonti normative che trattavano temi sovrapponibili (Carta dei diritti dell'Unione europea, Trattato sull'Unione europea del 2007, Carte europea dei diritti dell'uomo e CEDU) rispetto alle quali non era chiarissima la modalità di applicazione all'interno del nostro sistema.

senti solo in alcuni (ovvero in uno solo) dei predetti Stati – se si intende ottenere un'interpretazione coerente e corretta di tali disposizioni ed una visione chiara delle loro conseguenze applicative – appare sempre utile tenere bene a mente gli anzidetti elementi di origine.

Ma su tale punto ci si riserva un passaggio nel prosieguo.

Ciò posto, nel presente intervento, il già richiamato approccio espansivo adottato dalla Corte europea e fondato sullo strumento del c.d. significato autonomo sarà osservato e descritto da un duplice punto di vista: da un lato, con riferimento al lodevole contrasto ad eventuali operazioni elusive poste in essere dai singoli Stati firmatari per creare al loro interno delle “zone franche” di sindacabilità claudicante o addirittura assente su temi fondamentali quali i diritti dei cittadini e, dall'altro, in relazione ad un'insidia assolutizzante potenzialmente traibile dall'approccio in questione.

Com'è ampiamente assodato, in una prima fase storica, lo strumento del significato autonomo ha svolto un ruolo encomiabile finendo con l'imporre (sia pure in maniera indiretta) ai singoli Stati un pacchetto di garanzie tipicamente giurisdizionali (tra le quali il termine ragionevole) anche nell'ambito di procedimenti (volutamente?) posti da questi ultimi al di fuori del circuito giurisdizionale.

In una fase successiva, invece, la Corte si è forse lasciata “prendere un po' la mano” con una serie di pronunce che avrebbero potuto ispirare (come effettivamente hanno ispirato) una deleteria nuova forma di ibridismo tra procedimento amministrativo e relativo processo.

Proprio queste fallaci interpretazioni rappresentano una delle cause di quel fenomeno di processualizzazione del procedimento amministrativo che ha, purtroppo, trovato esplicitazione anche in alcuni recenti interventi di modifica della legge 241 del 1990.<sup>12</sup>

<sup>12</sup> La circostanza (introdotta nell'art. 10-*bis* dal d.l. n. 76 del 2020) secondo la quale, a seguito dell'annullamento giurisdizionale di un provvedimento di diniego emanato a valle di un procedimento ad iniziativa di parte nel quale sia stato inviato il preavviso di rigetto, il nuovo eventuale provvedimento negativo non può fondarsi su circostanze che erano già emerse o avrebbero dovuto emergere nel corso del procedimento precedente il primo provvedimento di diniego presenta molti elementi di analogia con una decadenza processuale. Sulla versione dell'art. 10-*bis* della legge 241 come modificato nel 2000 – oltre al bel lavoro monografico di R. CAROCCIA, *La partecipazione al procedimento: sua interpretazione tra base costituzionale e riforma dell'art. 10 bis l. 241/1990*, in cor-

## 2. Se del caso, anche nel procedimento

In ambito sovranazionale, il comportamento di un singolo Stato che, da un lato, si impegna formalmente ad assicurare la presenza nel proprio ordinamento giudiziario di un nucleo essenziale di garanzie processuali e, dall'altro – proprio per liberarsi da tale scomodo e gravoso vincolo – assegna una posticcia maschera amministrativa a situazioni che hanno un'evidente sostanza contenziosa non rappresenta un caso isolato.

Se poi le determinazioni assunte dalle autorità amministrative all'interno di questi procedimenti “para-giurisdizionali” o *quasi-judicial* non potessero essere portate innanzi ad un giudice da ciò deriverebbe un assoluto difetto di tutela giurisdizionale e la conseguente creazione di un ambito di sostanziale insindacabilità del tutto inconciliabile (tra l'altro anche) con i principi della CEDU.

Per fortuna nel nostro ordinamento quest'ultima, nefasta eventualità è preclusa in virtù del disposto degli artt. 24, comma 1<sup>13</sup> e (soprattutto) 113<sup>14</sup> della Costituzione; ciò non di meno, la presenza di tale garanzia non deve assolutamente giustificare un eventuale allentamento del livello di guardia nell'ottica della tutela dei diritti inviolabili di ogni uomo.

Ad ogni modo, quel comportamento “furbesco” richiamato *in api-*

so di pubblicazione per E.S.I. – vanno tenuti in considerazione almeno i seguenti lavori: L. FERRARA, *La partecipazione procedimentale dopo la novella del preavviso di diniego: alla ricerca di un modello di rapporto e di giustizia*, in *Dir. amm.*, 2021, 573 e ss.; M. R. SPASIANO, *Nuovi approdi della partecipazione procedimentale nel prisma del novellato preavviso di rigetto*, in *Il diritto dell'econ.*, 2021, 25 e ss.; S. BOCCHINI *Preavviso di rigetto, effetto preclusivo e giudicato di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 149 e ss.; M. TRIMARCHI, *Note sul preavviso di rigetto dopo la legge n. 120 del 2000*, ibidem, 2022, 413 e ss.; M. RAMAJOLI, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 595 e ss.; N. PAOLANTONIO, *Osservazioni sulla preclusione procedimentale al riesercizio del potere*, in *Il diritto dell'econ.*, 2022, 11 e ss.

<sup>13</sup> “Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi”

<sup>14</sup> “Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa. Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti. La legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa.”

*cibus* rappresenta certamente un fenomeno riconducibile alle “astuzie” messe in campo dai singoli Stati per sottrarsi ad obblighi che formalmente (e spesso pomposamente) dichiarano di condividere.<sup>15</sup>

In determinate situazioni per contrastare le anzidette astuzie è intervenuto il legislatore comunitario;<sup>16</sup> nel caso in esame, invece, a smascherare l'intrinseca sostanza giurisdizionale che avrebbe potuto essere celata (e potrebbe celarsi) sotto la facciata amministrativa di determinati procedimenti ci ha pensato un organo giurisdizionale internazionale, la Corte europea dei diritti dell'uomo.

Come già molto rapidamente anticipato, per raggiungere tale obiettivo la Corte di Strasburgo si è servita dello strumento del significato autonomo. In virtù di tale meccanismo, nel contesto della Convenzione europea e dell'interpretazione delle sue disposizioni, determinati vocaboli possono assumere un significato proprio, anche del tutto differente rispetto a quello che i medesimi hanno all'interno degli ordinamenti di uno o più Stati firmatari.

E così, nel corso del tempo – nella giurisprudenza della Corte Europea – hanno appunto assunto un significato autonomo le seguenti espressioni contenute nell'art. 6, par. 1: “*tribunale*”, “*diritti e obbligazioni di carattere civile*” e “*accusa penale*”.

A) Per quanto attiene all'elemento soggettivo, è a tutti noto come, nell'interpretazione che la Corte di Strasburgo offre da moltissimi anni dell'art. 6, par. 1 della Convenzione, la parola “*tribunale*” non si riferi-

<sup>15</sup> Qualcosa di analogo si è verificato nel momento in cui molti Stati membri della CEE (oggi Unione Europea) – nel prendere atto che, in base alle varie direttive appalti, tutte le loro pubbliche amministrazioni erano chiamate ad aprire il mercato delle loro commesse alla concorrenza comunitaria – si sono affrettati a creare nuove entità dalla sostanza pubblicistica ma dalla forma privatistica.

<sup>16</sup> Con la creazione del concetto di “organismo di diritto pubblico”. Anche rispetto a tale argomento, molto significativa in chiave ermeneutica è la ricerca dell'elemento preso come ispiratore da parte del legislatore comunitario. Nello specifico, con ogni probabilità, la famosa e studiata espressione “*non aventi carattere industriale e commerciale*” riferita agli interessi generali per la cui cura era stata creata l'entità oggetto di scrutinio rispetto alla riconducibilità nella categoria degli organismi di diritto pubblico è derivata dalla distinzione presente nell'ordinamento francese che suddivide gli enti pubblici in EPA (*établissements publics administratifs*) ed EPIC (*établissements industriels e commerciaux*). Questi ultimi molto simili agli enti pubblici economici di casa nostra o a ciò che di loro rimane.

sca esclusivamente ad organi giurisdizionali o a realtà in qualche modo inserite nell'organizzazione della giustizia, ma comprenda in sé qualsiasi struttura in grado – con le sue determinazioni – di modificare la sfera giuridica soggettiva di un individuo in un ambito in qualche modo connesso con un interesse pubblico.

In coerenza con le finalità antielusive alle quali si è già più volte fatto riferimento, nel sistema CEDU, del tutto irrilevante risulta la qualificazione che l'ordinamento interno adotta con riferimento all'articolazione organizzativa oggetto di indagine.<sup>17</sup>

Proprio in virtù di quanto appena sottolineato, nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo la qualifica di “*tribunale*” è stata, per esempio, riconosciuta in capo a:

- un ufficio amministrativo regionale (Landesgrundverkehrsbehörde) avente il compito di approvare determinate operazioni immobiliari (con riferimento all'Austria), C. EDU, 04.03.1982, ricorso n. 8790/1997, *Sramek vs Austria*;
- una commissione istituita per riconoscere e determinare il diritto al risarcimento a favore delle vittime di determinati reati (con riferimento alla Svezia), C. EDU, 25.07.1997, ricorso n. 113/1995, *Rolf Gustafson vs. Svezia*;
- un comitato per la definizione di controversie forestali (con riferimento alla Grecia), C. EDU, 15.01.2009, ricorso n. 10468/2004, *Argyrou vs Grecia*;
- una commissione arbitrale in materia sportiva (con riferimento alla Svizzera), C. EDU, 02.10.2018, ricorsi n. 40575/2010 e n. 67474/2010, *Mutu e Pechstein vs Svizzera*;
- una commissione arbitrale in materia calcistica (con riferimento alla Turchia), C. EDU, ricorso n. 30226/2010, *Ali Riza vs Turchia*;
- un ufficio amministrativo istituito per valutare l'abilità di giudici e p.m. (con riferimento all'Albania), C. EDU, 09.02.2021, ricorso n. 15227/2019, *Xhoxhaj vs Albania*;
- l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (con riferimento all'Italia) C. EDU, 27.09.2011, ricorso n. 43509/2008, *Menarini*

<sup>17</sup> Sul punto F. MATSCHER, *La notion de “tribunal” au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, in AA.VV., *Les nouveaux développements du proces équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles. 1996, 29 e ss.

vs Italia;

- una commissione arbitrale in ambito commerciale (con riferimento all'Italia), C. EDU, 20.09.2021, ricorso 5321/2011, BEG S.p.A. vs Italia

B) Qualcosa di analogo è avvenuto anche rispetto alla nozione di “*diritti e obbligazioni di carattere civile*”.<sup>18</sup> Pure in questo caso, infatti, la Corte Europea – in maniera del tutto coerente – ha scelto di prescindere dal modo in cui la situazione giuridica soggettiva oggetto di interesse viene qualificata all'interno dei singoli Stati firmatari.<sup>19</sup>

Ed infatti – per quanto qui interessa in maniera più diretta – la Corte, nel valutare l'applicabilità dell'art. 6, par. 1 ad una determinata fattispecie, alcun rilievo assegna al fatto che, all'interno della medesima, la situazione giuridica soggettiva che viene in rilievo abbia nel nostro ordinamento i connotati del diritto soggettivo o dell'interesse legittimo (oppositivo o pretensivo che sia).<sup>20</sup>

C) Con riferimento all'espressione “*accusa penale*”, la Corte europea – per contrastare iniziative elusive degli Stati firmatari – ha, come è noto, strutturato la sua interpretazione espansiva e sostanzialista sulla compresenza di alcuni indici sintomatici.<sup>21</sup>

<sup>18</sup> Su cui si veda G. FINOCCHIARO, *Nozione di civil rights and obligations ai fini dell'art 6.1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo con particolare attenzione alle contestazioni sollevate da civil servants*, in *Riv. int. dir. dell'uomo*, 2001, 469 e ss.

<sup>19</sup> Come prime manifestazioni giurisprudenziali del significato autonomo rispetto all'espressione “*diritti e doveri di carattere civile*” si vedano: C. EDU, 28.06.1978, ricorso 6232/1973 König vs Germania; C.EDU, 21.02.1986, ricorso 8793/1979, James e a. vs Regno Unito; C. EDU, 27.10.1987, ricorso 10426/ 1983, Pudas vs Svezia; C. EDU 26.03.1992, ricorso 11770/1985, Editions Périscope vs Francia; C. EDU, 08.12.1999, ricorso 28541/1995, Pellegrin vs Francia; C. EDU, 24.09.2022, ricorso 27824/1995, Posti e Rahko vs Finlandia. Rispetto a vicende italiane: C. EDU G.C., 17.09.2009, ricorso 74912/2001, Enea vs Italia, nonché C.EDU, 05.10.2000, ricorso 33804/1996, Mennitto vs Italia in *Giur. it.*, 2001, 1335 e ss. con nota di D. TEGA, *Interessi legittimi e diritto ad un equo processo: La Corte europea dei diritti dell'uomo si addentra nei meandri della giustizia amministrativa italiana* ed in *Quad. cost.*, 2001, 144 e ss., con nota di M. MAGRI, *La Corte di Strasburgo alle prese con la categoria italiana degli interessi legittimi*.

<sup>20</sup> Il riferimento d'obbligo è quello alla già citata C.EDU, 05.10.2000, ricorso 33804/1996, Mennitto vs Italia in *Giur. it.*, 2001, 1335

<sup>21</sup> Come prime manifestazioni giurisprudenziali del significato autonomo rispetto all'espressione “*accusa penale*”: C. EDU, 08.06.1986, ricorso 5100/10971, Engel vs Olanda; C. EDU, 21.02.1984, ricorso 8544/1979, Öztürk vs Germania. Rispetto a vi-

Al di là della qualificazione formale assegnata loro all'interno dell'ordinamento degli Stati firmatari,<sup>22</sup> è possibile sostenere che ci si trovi innanzi ad accuse penali nel momento in cui la disposizione che le disciplina: A) abbia un campo di applicazione generalizzato; B) sia prevista – a fronte della sua violazione – una sanzione di natura deterrente e repressiva (e non risarcitoria o ripristinatoria); C) quest'ultima abbia una particolare consistenza per il caso specifico.<sup>23</sup>

L'impostazione sostanzialista ha allargato considerevolmente il terreno di riferimento dell'espressione "accuse penali" ed in esso sono confluite: sanzioni amministrative di vario genere e tipologia,<sup>24</sup> sanzioni

cedute italiane: C. EDU, 12.07.2001, ricorso 44759/1998, Ferrazzini vs. Italia; C. EDU, 27.09.2011, ricorso 43509/2008, Menarini vs Italia. Il tema dell'ambito di applicazione dell'art. 6, par. 1 della CEDU in relazione al concetto di accusa penale è stato ben indagato da M. ALLENA, *La rilevanza dell'art. 6, par. CEDU, per il procedimento e il processo amministrativo. La potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione*, op. cit. e da F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2015 e ID., *Un'analisi critica delle tutele procedurali e giurisdizionali avverso la potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione, alla luce dei principi dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 669 e ss. A metà degli anni '80 dello scorso secolo già si poteva leggere: C. E. PALIERO, «Materia penale» e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'Uomo: una questione «classica» ad una svolta radicale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 894 e ss.

<sup>22</sup> Nell'interpretazione della Corte europea, la qualificazione formale domestica di una struttura ha un carattere relativo e cedevole, ma "unidirezionale" in ragione della quale se è certo che tutte le strutture esplicitamente riconducibili al sistema penale di un ordinamento rientreranno nella nozione di tribunale non è altrettanto certo che tutte le articolazioni che quell'ordinamento non riconduce all'ambito processuale siano estranee alla predetta nozione. In tale senso C. FELIZIANI, *Effettività della tutela nel processo o nel procedimento? Convergenze e divergenze tra il sistema italiano di giustizia amministrativa e la convenzione europea dei diritti dell'uomo*, op. cit.

<sup>23</sup> L'elemento della consistenza non deve essere valutato in astratto, ma in concreto con riferimento specifico alla condizione del destinatario della misura.

<sup>24</sup> Sull'argomento delle sanzioni amministrative la dottrina è immensa. Tra tutti (e senza pretesa alcuna di esaustività): G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924; A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1983 e M. A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie: principi sostanziali e procedurali*, Napoli, 1983.

detentive previste nei confronti di appartenenti alle forze armate, sanzioni doganali e sanzioni fiscali.<sup>25</sup>

Per sua esplicita ammissione, la Corte europea ha adottato questa interpretazione estensiva e sostanzialista per contrastare l'andazzo o anche solo la tentazione degli Stati firmatari di estromettere dal circuito giurisdizionale determinate vicende soggettive dei singoli individui attribuendo le determinazioni ad esse relative alle più varie e fantasiose articolazioni della pubblica amministrazione create *ad hoc* o preesistenti.

Orbene, secondo la Corte di Strasburgo in tutti gli Stati firmatari avrebbe dovuto essere garantito un giusto processo davanti ad un'autorità giurisdizionale ma – rispetto all'eventualità che all'interno di un ordinamento statale per una determinata fattispecie non fosse prevista una possibilità di giusto processo innanzi ad un giudice, perché in quel contesto ordinamentale la competenza ad esprimersi su specifiche situazioni giuridiche soggettive era stata assegnata in via esclusiva ad un pubblica amministrazione – i principi del giusto processo di cui all'art. 6 si sarebbero dovuti assicurare quantomeno in sede amministrativa.

In una prima fase, pertanto, la necessità di garantire le condizioni di un giusto processo all'interno di una determinata attività amministrativa aveva giustificazioni di carattere suppletivo o sussidiario che dir si voglia e rappresentava una *extrema ratio* a fronte di una situazione di contesto certamente patologica.

La Convenzione avrebbe imposto che anche in sede procedimentale fossero garantite le condizioni del giusto processo solo se e nella misura in cui le medesime condizioni fossero risultate assenti nelle possibili vicende processuali dei singoli ordinamenti ovvero ove fossero assenti proprio le relative vicende processuali.

A questo punto può essere utile dare seguito a quel richiamo alle fattispecie che debbono aver ispirato i giudici della Corte europea rispetto alle anzidette interpretazioni autonome. A parere di chi scrive, infatti, l'individuazione di tali fattispecie può rappresentare un utile

<sup>25</sup> Su tali tematiche: M. ALLENA, «La rilevanza dell'art. 6, par. CEDU, per il procedimento e il processo amministrativo. La potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione», op. cit. e – prima ancora – C. E. PALIERO, «Materia penale» e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: una questione «classica» ad una svolta radicale, op. cit..

punto fermo vieppiù in una possibile critica ragionata agli sviluppi ermeneutici della giurisprudenza e della dottrina successive.

La pressoché totale sovrapponibilità tra i modi con i quali la Corte europea ha descritto le fattispecie procedurali che devono essere soggette alle garanzie del giusto processo nell'eventualità in cui per le medesime non sia previsto un accesso alla giustizia togata ed un istituto presente nell'ordinamento del Regno Unito mi inducono a ritenere che la predetta Corte – nell'introdurre i significati autonomi ai quali si è già fatto più di un riferimento – avesse in mente come esempio paradigmatico gli *Administrative Tribunals*: uffici composti da professionisti esperti di un determinato settore e non dipendenti dall'Amministrazione, che – nell'ambito di un'attività *quasi-judicial* – emettono decisioni “di merito” che possono andare a sostituire i provvedimenti provenienti dai pubblici uffici.

Realtà, pertanto, assolutamente peculiari che si caratterizzano per collocarsi in una posizione di totale indipendenza e di terzietà nel “conflitto” tra Amministrazioni e privati.

Ove le determinazioni di alcune Amministrazioni del Regno Unito non avessero potuto essere portate all'attenzione di un giudice dotato delle caratteristiche di equità di cui all'art. 6 perché sulle stesse non si sarebbe potuto pronunciare alcun giudice, in quanto la competenza ad esprimersi fosse stata assegnata ad un ufficio amministrativo posto in una peculiare posizione di terzietà rispetto al binomio cittadino-amministrazione, la garanzia del giusto processo avrebbero dovuto essere presenti quantomeno nell'operato di quest'ultimo ufficio.

### *3. Sempre e comunque, anche nel procedimento*

Nel periodo a cavallo tra la fine del XX secolo e l'inizio del XXI, la Corte di Strasburgo ha impresso una improvvisa svolta alla sua giurisprudenza relativa all'ambito di applicazione dell'art. 6, par. 1 della Convenzione, iniziando ad affermare che l'estensione a determinati procedimenti amministrativi della necessità di prevedere le garanzie del giusto processo non sarebbe più emersa esclusivamente nell'ipotesi in cui per le fattispecie in considerazione – in presenza di una competenza “solutoria” di un ufficio amministrativo o (simil-amministrativo) - non

fosse prevista la possibilità di un accesso alla giustizia o per il caso in cui la giustizia in questione (pur se presente) difettesse delle caratteristiche di un processo equo e giusto, ma si sarebbe dovuta verificare a prescindere.<sup>26</sup>

Un'estensione dell'ambito della sua giurisdizione potenzialmente indefinito, probabilmente ingiustificato e capace di rendere l'obbligo della presenza delle garanzie dell'equo processo in sede di procedimento amministrativo da eventualità residuale e sussidiaria a regola pressoché generale.

Se fino a quel momento la verifica della rispondenza ai dettami del giusto processo all'interno di specifici procedimenti a carattere amministrativo veniva posta in essere dalla Corte di Strasburgo solo dopo che quest'ultima avesse preliminarmente constatato l'assenza nell'ordinamento statale di riferimento di tutela giurisdizionale per una determinata situazione giuridica soggettiva considerata meritevole di tutela ovvero alla luce della non rispondenza della contemplata tutela processuale ai principi del giusto processo, da quel momento in poi – in virtù di un immotivato salto mortale ermeneutico – la predetta verifica ha perso il suo carattere condizionato per divenire, addirittura, passaggio preliminare.

E non è tutto; infatti, nel ribaltare la concezione originaria, a partire dalla richiamata svolta, non si afferma più che le condizioni dell'equo processo devono essere presenti in sede giurisdizionale e che, ove in tale sede non dovessero sussistere (ovvero non dovesse sussistere proprio la sede giurisdizionale), dovrebbero riscontrarsi nel procedimento amministrativo “sostitutivo”, ma si sostiene, invece, che le predette condizioni devono essere previste nei procedimenti amministrativi e che – solo ove questo non dovesse verificarsi – dovrebbero quantomeno essere presenti in ambito giurisdizionale.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> Sul tema: C. EDU, 27.09.2011, ricorso 43509/2008, Menarini vs Italia; C. EDU, 27.08.1991, ricorso 13057/1987, Demicoli vs Malta; C. EDU G.C., 22.11.1995, ricorso 19178/1991, Bryan vs Regno Unito, C. EDU, 02.09.1998, ricorso 26138/1995, Lauko vs Slovacchia.

<sup>27</sup> C. EDU, 23.06.1981, ricorsi 6867/1975 e 7238/1985, Le Compte, van Leuven, De Meyere vs Belgio. Sul punto C. FELIZIANI, *Effettività della tutela nel processo o nel procedimento? Convergenze e divergenze tra il sistema italiano di giustizia amministrativa e la convenzione europea dei diritti dell'uomo*, op. cit.: “ciò che deve essere giusto (o equo)

E in tal modo, la verifica sull'esistenza di una sede giurisdizionale e sull'adeguatezza di quest'ultima da elemento di verifica preliminare e necessaria si è trasformata in passaggio eventuale e sussidiario.

L'ambito di applicazione della disposizione non è più quello delle realtà dotate di una sostanza para-giurisdizionali, ma mascherate da una forma amministrativa e si è esteso ad un numero quasi sconfinato ed indefinibile di procedimenti amministrativi.

Si fa fatica a comprendere le motivazioni che possono aver indotto la Corte di Strasburgo ad un *revirement* tanto drastico soprattutto se e nella misura in cui nei singoli ordinamenti statali è previsto che tutti gli atti delle pubbliche Amministrazioni possano essere contestati davanti all'autorità giurisdizionale.

Più che affermare che le condizioni del giusto processo dovrebbero essere garantite già in sede procedimentale, la Corte europea avrebbe agito in maniera più comprensibile se – in prima battuta - avesse continuato a concentrare i suoi rilievi sulle ragioni che rendono i processi nei singoli Stati non coerenti con i principi della Convenzione (piuttosto che, come ipotesi limite, sull'assenza di processi) e si fosse limitata ad affermare che, ove i relativi processi fossero effettivamente carenti di tali condizioni di garanzia (ovvero fossero del tutto assenti), gli Stati avrebbero dovuto fare in modo che queste ultime fossero presenti e assicurate quantomeno nell'ambito amministrativo deputato (alle volte in via esclusiva) alla decisione.

Appare, in effetti, poco condivisibile il distacco da parte della Corte dall'origine giurisdizionale indubbiamente presente nell'art. 6 della Convenzione.

La nuova linea interpretativa della Corte di Strasburgo ha introdotto in tutto il sistema CEDU gravissimi elementi di incertezza; in ragione della stessa, infatti, negli Stati firmatari si è iniziato a pensare che l'importante fosse che in uno dei due ambiti (amministrativo o giurisdizionale) fossero garantite le condizioni dell'equo processo e che la scelta su quale dei due ambiti interessare ad eventuali misure correttive fosse del tutto indifferente. Anzi, addirittura, che si sarebbe dovuto dare priorità agli adeguamenti del caso nella disciplina dei procedimenti amministrativi.

*è il procedimento amministrativo, prima ancora del processo.”*

Ma vi è di più; da alcune pronunce della Corte di Strasburgo quello che sembra venir fuori è la considerazione di procedimento e processo come una sorta di tutt'uno e di *continuum* e la possibilità, pertanto, che le garanzie del giusto processo possano anche essere riscontrate in parte all'interno del procedimento ed in parte all'interno del processo.<sup>28</sup>

Orbene, al di là del carattere probabilmente ingiustificato del richiamato salto logico-ermeneutico, un interrogativo sorge spontaneo: ove l'Italia ci tenesse proprio ad adeguarsi seriamente ai principi CEDU in tema di giusto processo, piuttosto che "processualizzare" il procedimento amministrativo a prescindere (snaturandolo), non risulterebbe (anche solo) più facile migliorare la disciplina dei processi (civili, penali, amministrativi, tributari e di responsabilità erariale) per cercare di renderla il più possibile coerente con i principi della CEDU?

Non vi è dubbio che nel nostro ordinamento generale l'avvicinamento tra l'attività giurisdizionale amministrativa ed i principi del giusto processo come interpretati dalla Corte di Strasburgo si scontra con l'impossibilità (quasi totale) per il giudice amministrativo di sostituirsi all'Amministrazione e con i limiti della sua giurisdizione, ma è altrettanto certo che è più facile e coerente iniziare un percorso del genere piuttosto che imporre una processualizzazione indiscriminata del procedimento amministrativo.

La possibilità di pretendere il rispetto dei parametri del giusto processo anche a determinati procedimenti amministrativi dovrebbe essere circoscritta alle situazioni nelle quali per le situazioni giuridiche sogget-

<sup>28</sup> Questo sembra emergere dalla notissima sentenza C. EDU, 22.11.1995, ricorso n. 335/1991, *Bryan vs Regno Unito*. In tale senso, M. ALLENA *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, op. cit: "... le garanzie non devono per forza essere accordate ex ante, in sede procedimentale (ove pure il diritto viene determinato o la sanzione applicata), poiché un procedimento non sufficientemente garantistico può essere compensato in sede giurisdizionale". Più di recente, anche in giurisprudenza, si può leggere T.A.R. Campania, Sez. III, sent. n. 130 del 07.01.2021: "*La giurisprudenza della Corte di Strasburgo in proposito adotta un approccio unitario, in quanto nel verificare il rispetto delle garanzie dell'equo processo non si limita a considerare una singola fase o porzione della procedura, ma valuta unitariamente procedimento e processo amministrativo, il che consente a certe condizioni una compensazione delle garanzie che non siano state offerte nella fase procedimentale in quella successiva che si svolge dinanzi a un giudice in senso formale.*".

tive prese in considerazione in quei procedimenti amministrativi non fosse prevista una tutela giurisdizionale.

In tutti gli altri casi gli Stati dovrebbero essere compulsati a rendere effettive le garanzie dell'equo processo nelle apposite sedi giurisdizionali anche in considerazione che – per quanto lapalissiano ciò possa apparire – è più semplice rendere conformi a determinate garanzie pensate per l'ambito giurisdizionale le attività dei giudici che provare a fare lo stesso con riferimento alle attività delle pubbliche Amministrazioni.

Del resto, vi è una differenza consustanziale tra il *modus operandi* di un giudice e quello di un ufficio amministrativo.

Si è consapevoli del fatto che la struttura del procedimento amministrativo, in Italia, (in assenza di altri termini di riferimento) si è originariamente ispirata al processo, ma si è altrettanto consapevoli del fatto che – com'era inevitabile – nei 33 anni che ci separano dall'entrata in vigore della legge 241 del 1990 dottrina, giurisprudenza e legislatore, avevano ampiamente provveduto a tagliare quel cordone ombelicale e, nel riconoscere l'autonomia concettuale dell'azione amministrativa da quella giurisdizionale, avevano diluito fino quasi a cancellare del tutto la matrice comune originaria dei due ambiti.

A ciò deve aggiungersi che – se si sono ben intesi i principi che sono a fondamento della CEDU – poco persuasiva risulta l'idea che le garanzie del giusto processo possano derivare da una sommatoria complessiva e “alla rinfusa” di strumenti rintracciabili in parte nel procedimento amministrativo ed in parte nel processo.

Tali garanzie ci devono essere e ci devono essere o tutte all'interno del processo (ipotesi ottimale) o tutte all'interno del procedimento (ipotesi residuale). I *collage* andrebbero evitati perché, in realtà, si traducono in assenza di garanzie. Di giusto processo, infatti, è possibile parlare solo nella misura in cui tutte le garanzie di cui il concetto si compone siano contemporaneamente presenti nel *modus operandi* obbligato di un determinato soggetto (giudice o ufficio amministrativo che sia).

A questo punto va, però segnalato come le convinte critiche che si sono appena esplicitate non vengano per nulla condivise da una parte, minoritaria ma autorevole, della dottrina amministrativistica.

Vi è stato, infatti, chi – nel commentare l'orientamento dello Corte volto a privilegiare la presenza delle condizioni del giusto processo già in sede procedimentale – ha visto in tale opzione l'occasione per attuare

già nel procedimento una tutela ampia del singolo e delle sue situazioni giuridiche soggettive anche in considerazione del fatto che il procedimento dovrebbe rappresentare la sede elettiva di tutela del cittadino.<sup>29</sup>

Allo stesso modo, vi è chi sostiene che sarebbe del tutto corretto il predetto orientamento del giudice di Strasburgo in quanto l'ambito principale nel quale dovrebbero essere garantite maggiormente le condizioni del giusto processo sarebbe il procedimento, in quanto la disposizione dell'art. 6, par. 1 è destinata in prima battuta ai procedimenti amministrativi.<sup>30</sup>

Vi è stato anche chi ha intravisto nel già menzionato orientamento della Corte europea dei diritti dell'uomo l'occasione propizia per superare definitivamente la specialità del diritto amministrativo e porre al centro del procedimento amministrativo il tema della tutela del cittadino.<sup>31</sup>

Queste posizioni rappresentano – a parere di chi scrive - la miglior cartina tornasole della potenzialità decettiva dell'indirizzo interpretativo su cui ci si intrattiene.

Ora, è condivisibile la sottolineatura del carattere meritorio della possibilità che, già in sede procedimentale, le situazioni giuridiche soggettive dei cittadini possano trovare riconoscimento e soddisfazione, ma questo non mi sembra giustificare l'affermazione secondo la quale il fine del procedimento amministrativo sarebbe la tutela del singolo e delle sue situazioni giuridiche soggettive.

Si può convenire sul fatto che l'interesse al bene della vita del singolo deve essere tenuto in considerazione nel lavoro procedimentale che conduce alla definizione dell'interesse pubblico concreto, ma da qui ad

<sup>29</sup> C. FELIZIANI, *Effettività della tutela nel processo o nel procedimento? Convergenze e divergenze tra il sistema italiano di giustizia amministrativa e la convenzione europea dei diritti dell'uomo*, op. cit. – nel rilevare come dall'orientamento della Corte di Strasburgo viene fuori l'opportunità di un'Amministrazione forte che ben si concilia con un giudice mite – afferma come il vero problema del nostro ordinamento interno non sarebbe tanto quello della residualità della giurisdizione di merito o quello della durata biblica dei processi ma quello della debolezza dell'azione amministrativa.

<sup>30</sup> A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo convenzionale*, Torino, 2016.

<sup>31</sup> M. ALLENA, *L'art. 6 CEDU come parametro di effettività della tutela procedimentale e giudiziale all'interno degli Stati membri dell'Unione europea*, op. cit.

affermare che non vi sarebbe differenza strutturale tra procedimento e processo il salto sembra inverosimile.

E questo anche in considerazione del fatto che il fine del procedimento amministrativo (certamente non il fine primario) – per quanto è dato ricordare – non è la tutela delle situazioni giuridiche soggettive dei cittadini.

Si dirà una cosa forse banale (ma, a quanto pare, neanche tanto): anche i procedimenti amministrativi ad iniziativa di parte che hanno alla loro base un interesse legittimo pretensivo sono finalizzati – in via primaria – alla cura dell'interesse pubblico.

Procedimento e processo non dovrebbero essere ricondotti ad un unico brodo primordiale in virtù della semplice circostanza che in entrambi si dà attuazione concreta alla *voluntas legis*.

#### 4. Termine ragionevole

L'indirizzo interpretativo attuale della Corte di Strasburgo in virtù del quale le garanzie del giusto processo dovrebbero essere assicurate in via prioritaria all'interno del procedimento, in uno a quello secondo il quale tali garanzie potrebbero essere ripartite tra procedimento e processo, potrebbe tornare comodo a ciascun commentatore italiano nel momento in cui si parla di termine ragionevole.

Non si può negare, infatti, l'encomiabile sforzo fatto dal legislatore statale già a partire dall'entrata in vigore della legge 241 del 1990 in tema di durata dell'azione amministrativa.<sup>32</sup> Uno sforzo che ha trovato un adeguato completamento nel momento in cui il legislatore statale ha introdotto la figura del sostituto provvedimento di cui al comma ... dell'art. 2 della citata legge.

La coerenza, però, impone di seguire l'impostazione abbracciata anche quando il terreno su cui si procede risulta scivoloso e – sul piano della durata delle vicende processuali civili, penali e (anche se legger-

<sup>32</sup> Il termine residuale di 30 giorni di cui all'art. 2 della legge 241 del 1990 sembra addirittura una provocazione conoscendo le ataviche lungaggini di molte pubbliche Amministrazioni.

mente meno) amministrative – il terreno più che scivoloso sembra addirittura saponato.

E' necessario, pertanto, prendere le mosse dalla verifica della presenza del termine ragionevole all'interno delle giurisdizioni civili, penali, amministrative, tributarie ed erariali che, nel nostro ordinamento, si pronunciano sui "*diritti e le obbligazioni di carattere civile*" dei cittadini e sulle "*accuse penali*" rivolte nei confronti di questi ultimi.

E, da questo punto di vista, l'inciviltà di processi penali che durano anni ed anni e la circostanza che – in buona parte dei casi – quando un cittadino chiede la tutela di un suo buon diritto al giudice civile si verifica che a godere degli effetti favorevoli di una sentenza che, definitivamente pronunciando sull'anzidetta domanda di giustizia dell'attore, riconosca la fondatezza della sua richiesta siano i suoi nipoti si trovano, purtroppo, sotto gli occhi di tutti.

A fronte di tali drammatiche circostanze, il concetto di termine ragionevole più che un obiettivo verosimile appare una vera e propria chimera. Solo una riforma strutturale del sistema giustizia nel suo complesso – in uno con l'investimento di ingenti risorse finanziarie – potrebbe porre realmente rimedio a questo stato di cose.<sup>33</sup>

In conclusione – per quanto sin qui sostenuto – sono propenso a ritenere che, negli Stati firmatari della Convenzione, l'art. 6 della medesima (oltre che nei tradizionali ambiti giurisdizionali) dovrebbe trovare applicazione solo nelle ipotesi in cui su situazioni giuridiche soggettive dei cittadini siano chiamati a pronunciarsi, in via esclusiva,<sup>34</sup> organismi estranei al sistema della giustizia interna, eventualmente anche riconducibili all'organizzazione amministrativa e nei casi in cui questi ultimi organismi siano chiamati ad intervenire (anche qui in via esclusiva ed) in "seconda battuta" sulle decisioni assunte sulle predette situazioni giuridiche soggettive da Amministrazioni tradizionali.

All'interno di questi limiti mi sembra condivisibile e ragionevole lo strumento del significato autonomo.

<sup>33</sup> Sappiamo, però, quanto – almeno in Italia – quello della riforma della giustizia, in svariati casi, abbia rappresentato la pietra d'inciampo di carriere politiche che sino a quel momento erano sembrate inarrestabili.

<sup>34</sup> Vale a dire senza che le decisioni degli organismi in questione possano essere portate innanzi ad un giudice.



ANTONIO RUGGERI

I DIRITTI FONDAMENTALI,  
TRA RICONOSCIMENTO NORMATIVO  
ED EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA\*

SOMMARIO: 1. Il carattere polisemico del titolo evocativo dell'oggetto dello studio, dandosi forme e gradi diversi sia di riconoscimento dei diritti che della effettività della loro tutela. – 2. I c.d. “nuovi” diritti e la micidiale questione teorica relativa all'accertamento della loro “fondamentalità” ed alle sedi istituzionali in cui esso può aver luogo (modello ed esperienza a confronto). – 3. La centralità del ruolo dei giudici e la “misura” della effettività della tutela in ragione dei modi con cui essa risulta distribuita tra le sedi in cui si amministra giustizia e delle tecniche decisorie allo scopo messe in atto (esemplificazioni con riguardo al versante dei rapporti tra diritto interno e diritto eurounitario ed alla tecnica delle decisioni in due tempi inaugurata dal giudice costituzionale in *Cappato*). – 4. Il modo distorto con cui è usualmente impostata e risolta la questione della effettività della tutela (gli esempi della salvaguardia della salute, specie nel tempo della pandemia da covid-19, e del sovraffollamento carcerario). – 5. L'effettività della tutela: un annoso e inquietante problema che, il più delle volte, può essere affrontato a modo solo attraverso la fattiva e solidale cooperazione degli Stati in seno alla Comunità internazionale e ad organizzazioni sovranazionali, quale da noi principalmente l'Unione europea.

*1. Il carattere polisemico del titolo evocativo dell'oggetto dello studio, dandosi forme e gradi diversi sia di riconoscimento dei diritti che della effettività della loro tutela*

Si torna oggi a discutere di talune micidiali questioni della teoria giuridica in genere (e costituzionale in ispecie), nell'intento di allentare, se non sciogliere del tutto, alcuni nodi già *ab antiquo* risalenti e col tempo fattisi via via sempre più fitti. Per avvedersene, basti solo porre men-

\* Lo scritto è aggiornato alla data del Convegno, 15-16 settembre 2022.

te alla questione dello sviluppo sostenibile che, ancora fino a non molto tempo addietro, non era avvertita come urgente e che invece si presenta oggi estremamente complessa e – a dirla tutta – di assai problematica risoluzione<sup>1</sup>.

Il nostro odierno confronto oscilla tra i due poli dell'assetto democratico dello Stato (e, in genere, di una comunità politica organizzata)<sup>2</sup> e della salvaguardia dei diritti fondamentali<sup>3</sup>; ed è di tutta evidenza (e se n'è avuta anche oggi conferma) che chi tratta dell'una questione non può non dire anche dell'altra, e viceversa. È chiaro che può cambiare (ed effettivamente cambia) la prospettiva dalla quale si guarda all'oggetto peculiare di ciascuna riflessione, mettendo in particolare risalto alcuni profili piuttosto che altri. I due poli suddetti, nondimeno, si implicano a vicenda e non possono, dunque, essere tenuti innaturalmente separati tra di loro, così come pure talvolta si è tentato (ma senza successo) di fare in sede teorico-ricostruttiva.

Ne è presto spiegata la ragione. Di una tutela “effettiva” dei diritti

<sup>1</sup> Nella ormai nutrita letteratura, richiamo qui solo il contributo di AA.VV., *Nas fronteiras do direito: sustentabilidade e desenvolvimento*, a cura di A. RACHID COUTINHO - A. COPETTI - L.A. DAVID DE ARAUJO, Empório do direito, Florianópolis 2015, nel quale si fa il punto sulla situazione in Brasile, Spagna e Italia.

<sup>2</sup> L'allargamento del campo si deve all'esigenza di non escludere dal raggio di osservazione del fenomeno oggi riguardato talune forme organizzative diverse dallo Stato (quale ad es. l'Unione europea), per quanto – com'è chiaro – è soprattutto sul primo che va appuntata l'attenzione.

<sup>3</sup> Preferisco fare utilizzo del sintagma ora indicato nel testo al posto dell'altro “diritti umani”, ricorrente – come si sa – specialmente nei discorsi dei cultori di diritto internazionale. Avverto, poi, che, per scorrevolezza della esposizione, il più delle volte ometterò di fare ricorso all'aggettivo qualificativo considerandolo implicitamente apposto.

Dal mio punto di vista, peraltro, anche i diritti umani sono, *in nuce*, provvisti dell'attributo della “fondamentalità”, nell'accezione evocata dal termine, che rimanda appunto a ciò che sta a “fondamento” della organizzazione dello Stato o di altro ente; e, proprio perché “fondamentali”, i diritti in parola sono “inviolabili”, secondo la qualifica loro riconosciuta dalla nostra Carta costituzionale (e da altre Carte). L'“inviolabilità”, insomma, è una conseguenza della “fondamentalità” e comporta alcuni effetti suoi propri, tra i quali quello della refrattarietà delle norme che danno il riconoscimento dei diritti in parola ad essere oggetto di abrogazione “secca” o l'altro del peculiare trattamento ad esse riservato in sede giurisdizionale, secondo quanto si tenterà di mostrare meglio, per taluni aspetti, tra non molto.

in parola, nel significato che – come si vedrà – è da assegnare al termine, può dirsi unicamente in contesti ordinamentali ispirati al modello della liberal-democrazia (nelle sue plurime espressioni), così come di “democrazia” può discorrersi solo laddove si abbia (non il mero riconoscimento bensì la) “effettiva” tutela dei diritti stessi: *simul stabunt vel simul cadent*, insomma.

Il punto è però che tanto della democrazia (nell’accezione del termine di tradizioni liberali<sup>4</sup>) quanto dei diritti fondamentali si hanno non soltanto forme sensibilmente diverse ma anche “gradi”, per dir così, di riconoscimento e di tutela parimenti diversi, al punto che seguitare a fare un discorso unitario, privo delle opportune specificazioni e precisazioni concettuali, appare dotato di mediocre capacità sistematica e qualificatoria, accomunandosi in un unico schema teorico “cose” eterogenee per forma e qualità.

Certo, è innegabile la esistenza di un “nucleo duro” che con costanza di caratteri si rinviene in ogni esperienza storico-positiva d’ispirazione liberale; e, se così non fosse, sarebbe del tutto improprio l’utilizzo dell’etichetta della “liberal-democrazia” che pure figura nei nostri discorsi di oggi. E, tuttavia, attorno a questo “nucleo” si dispongono materiali non poco consistenti che danno alla figura di riferimento un aspetto complessivamente peculiare, secondo quanto è peraltro avvalorato dal nostro confronto riferito a due Paesi dalle tradizioni costituzionali sensibilmente diverse.

<sup>4</sup> “Democratici” infatti si sono autodefiniti (e si autodefiniscono) non soltanto regimi illiberali (e, anzi, antiliberali), riconducibili alla forma di Stato autoritario, nelle sue plurime varianti, ma anche quelli d’ispirazione marxiana, un tempo qualificati di “democrazia progressiva”, nei quali pure nondimeno l’affermazione di una tutela “effettiva” dei diritti suonava come una beffarda mistificazione [sul rischio sempre incombente della degenerazione delle democrazie, in specie della loro conversione in “democrazie”, v., spec., A. SPADARO, *Dalla “democrazia costituzionale” alla “democrazia illiberale” (populismo sovranista), fino alla... “democrazia”*, in *DPCE On Line*, 3/2020, 3875 ss., e A. DI GREGORIO, *La degenerazione delle democrazie contemporanee e il pluralismo semantico dei termini “democrazia” e “costituzionalismo”*, in *Scritti in onore di F. Lanchester*, I, a cura di G. CARVALE - S. CECCANTI - L. FROSINA - P. PICCIACCHIA - A. ZEI, Napoli, 2022, 489 ss. Opportuni rilievi, nel corso del nostro convegno, spec. nelle relazioni di G. CORSO, *L’Europa tra democrazia liberale e democrazia illiberale*, e G. GRASSO, *Crisi pandemica e regressione democratica*].

Puntando ora specificamente l'attenzione sui diritti, lo studio che li ha ad oggetto oscilla esso pure tra due poli, emblematicamente evocati dal titolo dato alla nostra sessione di lavoro: il riconoscimento normativo e l'effettività della tutela. Un titolo, per vero, suggestivo ma anche – a me pare – polisemico, sì da richiedere talune precisazioni di non poco rilievo su entrambi i fronti.

Lo spazio concessomi non mi consente ora di far luogo ad un'analisi sufficientemente approfondita; mi limiterò, pertanto, a rappresentare talune notazioni essenziali in relazione ad alcuni nervi scoperti (e dolenti) della teoria costituzionale.

*2. I c.d. “nuovi” diritti e la micidiale questione teorica relativa all'accertamento della loro “fondamentalità” ed alle sedi istituzionali in cui esso può aver luogo (modello ed esperienza a confronto)*

Con riguardo al primo punto, la questione del riconoscimento si pone in termini particolarmente pressanti non tanto (o non solo) in relazione a diritti dalle antiche e solide radici nei Paesi di tradizioni liberali, dei quali è fatta dunque parola già nelle Carte costituzionali di fine Settecento e primo Ottocento, quanto (e soprattutto) per i c.d. “nuovi” diritti, ad oggi privi di esplicito riscontro in molte Carte costituzionali, tra le quali la nostra, venute alla luce all'indomani della immane tragedia della seconda grande guerra. Non è, per vero, senza significato che ad essi sia data l'opportunità di rispecchiarsi in documenti materialmente (o – come preferisce dire la giurisprudenza costituzionale<sup>5</sup> – *tipicamente*) costituzionali, quali sono le Carte internazionali e sovranazionali dei diritti (e, specificamente, la CEDU e la Carta di Nizza-Strasburgo); e, tuttavia, la circostanza per cui in alcune Costituzioni statali non se ne faccia esplicita parola non resta priva di conseguenze, sol che appunto si voglia ammettere il giuridico rilievo dei riconoscimenti testuali.

<sup>5</sup> Il riferimento è, ovviamente, a Corte cost. n. 269 del 2017: una pronunzia – come si sa – molto discussa (e, invero, discutibile), cui qui pure si farà più avanti cenno in relazione alla vessata questione della intensità della tutela dei diritti in ragione delle sedi processuali e delle tecniche di risoluzione delle controversie da queste adottate per farla valere.

Il *punctum dolens* della questione oggi nuovamente discussa è dato dalle incertezze che potrebbero aversi (e non di rado si hanno) per ciò che attiene ai diritti che possono propriamente fregiarsi del titolo della “fondamentalità”, laddove non sia stato dato al momento del varo della Carta costituzionale, sì da meritare appunto di essere recepiti nell’ordinamento e di potersi quindi affermare nell’esperienza<sup>6</sup>.

Do qui per acquisito l’esito teorico-ricostruttivo di una questione un tempo animatamente discussa, vale a dire che la Costituzione non *costituisce* bensì, appunto, *ricosce* i diritti fondamentali. Ciò che è, nella sua ristretta e propria accezione, “fondamentale” non può presentarsi come espressivo di un atto di volontà sovrana che appunto lo crea *ex nihilo* e impone; piuttosto, preesiste alla volontà stessa e, in un certo senso, la sovrasta, obbligandola a darvi il “riconoscimento” (in senso stretto), a pena di contraddire se stessa, vale a dire la complessiva conformazione del fatto costituente d’ispirazione liberale<sup>7</sup>.

Ciò che preesiste alla sua positivizzazione è, nondimeno, nascosto negli strati più profondi del corpo sociale. I diritti fondamentali sono infatti diffusamente ed intensamente avvertiti dalla comunità che per essi non poche volte si è battuta con vigore, mostrandosi pronta a pagare anche un duro prezzo in termini di vite umane sacrificate in vista del raggiungimento della meta del loro riconoscimento. Non a caso, d’altronde, i “vecchi” diritti hanno una lunga storia di rivoluzioni fatte dal popolo in armi, di “lotte per la Costituzione”<sup>8</sup>, quale documento avente proprio nel riconoscimento dei diritti stessi il suo cuore pulsante.

<sup>6</sup> A conferma, poi, del rilievo teorico-pratico assunto dalla questione, si pensi solo al fatto che, una volta acquisito che certi diritti (“nuovi”) sono essi pure fondamentali, ad essi è dato di partecipare ad armi pari coi “vecchi”, espressamente riconosciuti, ad operazioni di bilanciamento, assiologicamente ispirate, secondo i casi.

<sup>7</sup> Di qui lineare discende la conseguenza, a riguardo della quale G. SILVESTRI, *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Giappichelli, Torino 2055, secondo cui l’unico, vero detentore della sovranità è la Costituzione in senso oggettivo, appuntandosi essa nei valori fondamentali quali resi palesi dai principi di base dell’ordinamento, nonché dalle norme che ne danno la prima, diretta e necessaria specificazione-attuazione.

<sup>8</sup> Su di che, per tutti, M. DOGLIANI, *La lotta per la Costituzione*, in *Dir. pubbl.*, 2/1996, 293 ss.

te<sup>9</sup>. I “nuovi” diritti, invece, seppur ugualmente radicati nel corpo sociale ed intensamente avvertiti da quanti lo compongono, attendono il loro disvelamento, la “*inventio*”, se così può dirsi, riprendendo un termine particolarmente significativa nella tradizione romanistica e da questa riferito a quanto appunto attende di essere portato alla luce ed opportunamente esplicitato<sup>10</sup>. Si tratta, quindi, di stabilire come ciò possa aversi in modo adeguato.

Muovo qui pure dall’idea, altrove argomentata<sup>11</sup>, secondo cui i diritti fondamentali, vecchi o nuovi che siano, si pongono quali *bisogni elementari dell’uomo il cui appagamento è condizione di un’esistenza libera e dignitosa*<sup>12</sup>. Chiaramente, ciascuno dei termini di cui questa definizione si compone richiederebbe di essere spiegato; la qual cosa, tuttavia, obbligherebbe a complesse ed impegnative analisi teoriche<sup>13</sup> comportanti una marcata e lunga deviazione dal solco tracciato per questo studio, qui per evidenti ragioni d’impossibile realizzazione.

Il vero è che, al fine di fuggire – per quanto possibile – il rischio di

<sup>9</sup> ... secondo quanto peraltro è mirabilmente attestato dall’art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789, laddove – come si sa – si rinviene proprio nei diritti in parola e nella separazione dei poteri i due elementi costitutivi della Costituzione, il secondo dei quali peraltro si pone – com’è noto – in funzione servente del primo: il tratto più genuinamente espressivo, ieri come oggi, della Costituzione e dello Stato che da essa prende il nome.

<sup>10</sup> Nella nostra dottrina si è particolarmente rifatto a questa tradizione con personale rielaborazione P. GROSSI, *L’invenzione del diritto*, Bari-Roma 2017.

<sup>11</sup> Ho cominciato a discorrerne nel mio *Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), 2/2016, 30 giugno 2016, 263 ss., nonché in AA.VV., *Cos’è un diritto fondamentale?*, a cura di V. BALDINI, Napoli, 2017, 337 ss., sforzandomi quindi di precisare meglio la ricostruzione ivi prospettata in altri luoghi di riflessione scientifica, tra i quali, di recente, *Il giudice-camaleonte e la salvaguardia dei diritti fondamentali*, in *Riv. Gruppo di Pisa* ([www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it)), 2/2022, 12 luglio 2022, 25 ss., spec. 36 ss.; nell’opera coll. sopra richiamata possono peraltro vedersi contributi teorici di diverso orientamento.

<sup>12</sup> Riprendo – come si vede –, generalizzandoli, termini attinti dalla nostra Carta e da questa utilizzati con specifico riguardo alla entità della retribuzione per il lavoro prestato.

<sup>13</sup> ... in ispecie, per ciò che può propriamente intendersi per “libertà” e “dignità” nel corso della esistenza umana.

indebite omissioni o parimenti indebite previsioni, occorre fare riferimento a quelle che a me piace chiamare *consuetudini culturali* di riconoscimento dei bisogni in parola diffuse e profondamente radicate nel corpo sociale. Oltre tutto, per ciò che è qui di specifico interesse, dando voce ai bisogni stessi si rende salda l'aspettativa in ordine all'inveramento nell'esperienza degli enunciati che li riguardano, e perciò si hanno le migliori garanzie in merito alla loro effettiva osservanza, in una misura dunque complessivamente apprezzabile.

Si tratta quindi di stabilire quale sia la sede istituzionale maggiormente attrezzata allo scopo e il modo giusto di far luogo al riconoscimento in parola.

Ora, plurime ragioni depongono, a mio modo di vedere, a favore della sede parlamentare e dello strumento della legge costituzionale: il solo atto di potere costituito abilitato ad incidere sulla manifestazione genuina ed immediata di potere costituente, la Costituzione, variamente innovandovi<sup>14</sup>, specie per ciò che attiene alla essenza stessa della materia costituzionale, ai diritti fondamentali appunto.

D'altro canto, la procedura aggravata prescritta per la formazione degli atti di forma costituzionale<sup>15</sup> è la migliore garanzia di cui si dispone in ordine al giusto riconoscimento dei nuovi diritti, se non altro per la maggiore ponderazione che è insista nel *quorum* stabilito per la venuta alla luce degli atti stessi che verosimilmente prelude alla condivisione dei loro contenuti da parte delle forze politiche di opposto schieramen-

<sup>14</sup> ... nei limiti – secondo dottrina e giurisprudenza correnti – stabiliti per la revisione costituzionale, quali linearmente ed esclusivamente discendenti dai principi fondamentali. A mia opinione, tuttavia, questi ultimi non soltanto non restano insensibili alla revisione stessa ma – di più – al ricorrere di talune circostanze sollecitano essi stessi di essere adeguati a sopravvenuti bisogni, secondo quanto peraltro è attestato dalla recente modifica posta in essere nei riguardi degli artt. 9 e 41 della Carta [maggiori ragguagli sul punto di cruciale rilievo possono, volendo, aversi dal mio *I principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale tra interpretazioni storicamente orientate e revisioni a finalità espansiva*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2/2022, 12 maggio 2022, 473 ss.].

<sup>15</sup> ... in merito alla quale, di recente, acuti rilievi in A.I. ARENA, *Libertà e pluralismo nella formazione delle leggi costituzionali*, Napoli, 2021.

to rappresentate in seno alle assemblee elettive e – ciò che qui più importa – alla loro rispondenza alle consuetudini culturali suddette<sup>16</sup>.

Alle indicazioni date *per essentialia* dalla legge costituzionale, conformemente alla natura ed al modello di struttura nomologica tipici di questa, dovrebbero quindi far luogo – come si è mostrato altrove – ulteriori svolgimenti ad opera della legge comune, essi pure nondimeno offerti da enunciati contenuti per estensione e duttili per sostanza normativa, sì da prestarsi quindi alle loro opportune specificazioni ed attuazioni in ragione dei peculiari, complessivi connotati dei casi, ad opera degli organi dell'esecuzione, in specie dei giudici.

Tengo qui pure a rimarcare il ruolo di non secondario rilievo giocato al riguardo da questi ultimi, col fatto stesso di essere chiamati – per il modello qui sommariamente raffigurato – non semplicemente a far luogo all'*applicazione* delle indicazioni somministrate dal legislatore bensì – di più – alla loro *attuazione*, a mezzo di regole prodotte in relazione alle singole questioni processuali portate alla loro cognizione.

Come si vede, per il modello in parola si vorrebbe un ruolo forte del legislatore prima e un ruolo non meno forte dei giudici poi, l'uno e l'altro idoneo a prendere varie forme a seconda dei diritti in relazione ai quali si fanno valere e del contesto in cui si avvia e svolge il processo, internamente articolato e composito, di produzione giuridica.

In realtà, di contro, il modello stesso è largamente “saltato”, a motivo del fatto che il legislatore costituzionale è venuto largamente meno al compito al quale era chiamato, nel mentre il legislatore comune, pur laddove è intervenuto (e non sempre si è avuto e si ha), ha esibito diffuse e gravi carenze, dando proprio sul terreno della disciplina dei diritti

<sup>16</sup> Naturalmente, non può escludersi che in occasione della formazione di una legge costituzionale si registri una spaccatura tra le forze politiche presenti in Parlamento. È pur vero però che non dovrebbe aversene riscontro – perlomeno secondo modello – con riguardo appunto al *riconoscimento* (nella sua ristretta e propria accezione) dei diritti fondamentali, mentre è ben possibile che le divisioni di schieramento tornino a presentarsi al momento della individuazione, per mano del legislatore comune, dei modi con cui darvi appagamento, secondo quanto si passa subito a dire nel testo. In ogni caso, com'è chiaro, strumento migliore di quello di forma costituzionale non si ha al fine di apprestare la prima ed essenziale disciplina del cuore pulsante della materia costituzionale, i diritti fondamentali.

testimonianza di quella annosa e forse ormai irreversibile crisi di identità che affligge la rappresentanza politica (*rectius*, la rappresentatività), su cui – come si sa – è scorso un fiume d'inchiostro<sup>17</sup>.

Di qui, poi, la innaturale chiamata in sussidiarietà dei giudici, obbligati a farsi carico di un ruolo che, in prima battuta, come si è veduto, non dovrebbe loro competere, ponendo mano alla intera regolamentazione dei diritti, dandone cioè dapprima il riconoscimento e poi la tutela, peculiare di ciascun diritto e di ciascun caso.

Lo squilibrio istituzionale che è conseguito (e seguita a conseguire) allo stato di cose qui sommariamente descritto<sup>18</sup> non è senza conseguenze al piano della organizzazione in genere e, di riflesso, delle dinamiche che al suo interno si impiantano e svolgono.

Di recente, una sensibile dottrina ha discorso di “democrazia giurisdizionale”<sup>19</sup>. Mi chiedo, però, quanta democrazia *tout court* possa averci in contesti segnati dallo squilibrio istituzionale cui si è appena fatto cenno, tanto più se si conviene – come devesi convenire – che quella rappresentativa resta pur sempre – piaccia o no – la forma di democrazia ad oggi meno imperfetta inventata dall'uomo per dar modo al popolo di governare e al valore che sta a base della organizzazione della comunità statale<sup>20</sup> di potersi affermare, nei limiti segnati dalla Costituzione e dalle condizioni oggettive di contesto.

<sup>17</sup> Sulla questione, nondimeno, si tornerà sul finire di questa riflessione.

<sup>18</sup> ... a riguardo del quale ho avuto modo, ancora non molto tempo addietro, di svolgere alcune precisazioni cui pure qui rimando [v., dunque, volendo, il mio *Il giudice-camaleonte e la salvaguardia dei diritti fondamentali*, cit., 25 ss.].

<sup>19</sup> L. LONGHI, *La democrazia giurisdizionale. L'ordinamento giudiziario tra Costituzione, regole e prassi*, Napoli, 2021.

<sup>20</sup> ... al quale, non a caso, da noi è fatto richiamo nel disposto iniziale della Carta, ferma, ad ogni buon conto, la giuridica parità che è propria di tutti i valori fondamentali cui la Carta stessa dà voce.

3. *La centralità del ruolo dei giudici e la “misura” della effettività della tutela in ragione dei modi con cui essa risulta distribuita tra le sedi in cui si amministra giustizia e delle tecniche decisorie allo scopo messe in atto (esemplificazioni con riguardo al versante dei rapporti tra diritto interno e diritto eurounitario ed alla tecnica delle decisioni in due tempi inaugurata dal giudice costituzionale in Cappato)*

Centrale è, dunque, il rilievo giocato dai giudici non soltanto al fine di offrire ai diritti la tutela in misura viepiù crescente attesa ma anche (e prima ancora) – come si è venuti dicendo – di darne il riconoscimento, definendone quindi lo statuto complessivo<sup>21</sup>. Ciascun giudice, poi, a seconda del *munus* che gli è proprio e del livello ordinamentale in cui esso è esercitato è chiamato a dare il proprio concorso alla realizzazione di un compito così gravoso, impegnativo e non di rado sofferto.

Sarebbe tuttavia ingenuo e, a dirla tutta, insensato pensare di poter fare una graduatoria tra chi dà di più e chi di meno alla costruzione dell'edificio comune. Non può, però, tacersi che, a seconda della sede istituzionale e delle tecniche retorico-argomentative e decisorie poste in essere per la soluzione dei casi, varia la misura della tutela e, dunque, della effettività della stessa.

Il punto merita una speciale attenzione, avvalorando l'idea che seguitare a discorrere in modo indistinto della effettività della salvaguardia dei diritti, senza precisarne appunto il grado o la intensità, è operazione teorica imprecisa e, se posso esprimermi con franchezza, alquanto rozza. È pur vero, comunque, che i giudici si dispongono tutti in uno stesso circuito, variamente influenzandosi a vicenda e dando vita ad orientamenti giurisprudenziali bisognosi di alimentarsi costantemente e copiosamente l'un l'altro. D'altronde, se è vero che è soprattutto in sede giurisprudenziale che si forma ed incessantemente rinnova il c.d. “diritto vivente”, così come la Costituzione, al fine della propria messa a punto ed incessante rigenerazione semantica, ha bisogno di integrarsi con altre Carte nei fatti interpretativi<sup>22</sup>, parimenti è per le giurisprudenze

<sup>21</sup> In argomento, in occasione dei nostri lavori, v., part., A.M. SANDULLI, *Effettività della tutela tra fonti normative e interpretazione giurisprudenziale*.

<sup>22</sup> Così, quasi testualmente, secondo Corte cost. n. 388 del 1999, seguita da altre pronunzie, tra le quali la 84 del 2021 e la 145 del 2022.

quali sedi elettive della conversione del diritto vigente in vivente. Ed è chiaro che in siffatto “dare-avere”, specificamente apprezzabile al piano culturale, non è agevole stabilire quale sia l’entità del contributo offerto dai singoli operatori di giustizia, fermo restando che la costruzione è pur sempre il frutto di un apporto corale, fattivo, particolarmente rilevante. È ovvio che non infrequenti sono le occasioni di divergenze ed anche di aspri conflitti tra le Corti; il raffronto dei punti di vista è, comunque, salutare e, per effetto degli sforzi argomentativi prodotti, alla lunga porta a convergenze e talora persino alla sostanziale identità dei punti stessi, con beneficio tangibile per i diritti e per coloro che ne sono portatori<sup>23</sup>.

In questo quadro, cruciale rilievo hanno la tipologia e gli effetti delle tecniche decisorie, con riflessi immediati – per ciò che è qui di specifico interesse – per la intensità della tutela, la misura cioè della sua effettività.

Un paio di esempi soltanto, per maggior concretezza del discorso, con riferimento a vicende peraltro assai note e discusse.

Si consideri, dunque, la vessata questione relativa alla risoluzione delle antinomie tra norme legislative interne e norme della Carta dei diritti dell’Unione europea (e/o norme a questa *quodammodo* “connesse”), con specifico riguardo ai casi di “doppia pregiudizialità” e all’ordine logico e cronologico in cui l’una si pone rispetto all’altra, alla luce delle indicazioni venute da Corte cost. n. 269 del 2017, con le non secondarie “precisazioni” datevi da alcune note pronunzie del 2019 (a partire dalla 20) e da altre ancora (da ultimo, sent. n. 149 del 2022), in forza delle quali il giudice sarebbe libero di scegliere a quale questione pregiudiziale accordare la precedenza, senza peraltro escludere la eventualità del loro congiunto e simultaneo esercizio.

Non intendo riprendere ora neppure in sunto i termini essenziali del confronto teorico che ha accompagnato gli sviluppi dell’indirizzo giuri-

<sup>23</sup> Non è casuale che sia col tempo sempre più cresciuto il rilievo della comparazione giuridica: testimonianza inequivocabile della naturale, irrefrenabile tendenza ad abbattere artificiose barriere al fine di assicurare ai diritti un livello accettabile di salvaguardia (in tema, per tutti, G. DE VERGOTTINI, *Constitutional law and the comparative method*, in *Encyclopedia of Contemporary Constitutionalism*, a cura di J. CREMADES - C. HERMIDA, Springer Nature Switzerland 2021, 1 ss.).

sprudenziiale inaugurato dalla pronunzia del 2017, un confronto – come si sa – particolarmente animato ed al quale ha partecipato una nutrita schiera di studiosi di vario orientamento. Mi limito qui solo a ribadire due cose, a mia opinione meritevoli di essere tenute particolarmente presenti.

La prima è che non vedo come non dare la precedenza alla questione “comunitaria” per il caso che il significato del disposto sovranazionale si presenti oscuro o, come che sia, appannato agli occhi dell’operatore nazionale, al punto da non sapere neppure se ricorrano le condizioni per la eventuale prospettazione di una questione di costituzionalità che lo riguardi<sup>24</sup>. A seconda, poi, delle indicazioni ricevute dalla Corte dell’Unione, potrà (e dovrà) aversi la immediata “non applicazione” della norma interna, accompagnata dalla immediata applicazione di quella sovranazionale *self-executing* con la prima in tesi incompatibile, ovvero la presentazione di una questione di costituzionalità avente ad oggetto la stessa norma interna (per il caso di antinomia con norma eurounitaria non immediatamente applicabile) o, ancora, avente ad oggetto la norma sovranazionale (per il tramite della legge di esecuzione) sospetta di recare un *vulnus* ai principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> ... tanto, in via ordinaria, quale parametro, quanto (eccezionalmente) quale oggetto del sindacato di costituzionalità, ovviamente per il tramite della legge di esecuzione della fonte sovranazionale, facendosi valere nei suoi riguardi l’arma dei “controlimiti”.

<sup>25</sup> Si è fatto al riguardo altrove notare che i “controlimiti” (in merito ai quali, per tutti, S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del “dialogo” tra le Corti*, Napoli, 2018, e D. PELLEGRINI, *I controlimiti al primato del diritto dell’Unione europea nel dialogo tra le Corti*, Firenze, 2021) possono entrare in campo e farsi valere non già per il mero fatto della incompatibilità di norma sovranazionale con questo o quel principio fondamentale bensì unicamente laddove l’incompatibilità stessa comporti un costo per i principi (nel loro fare “sistema”) maggiore di quello dei benefici che possono aversi per effetto dell’applicazione della norma stessa in ambito interno. È infatti da mettere in conto l’eventualità che la disciplina avente origine esterna (sovranazionale o internazionale che sia), per un verso, si mostri in conflitto con un principio fondamentale e però, per un altro verso, si disponga al servizio della tavola dei principi nella sua unità significativa. Ed è chiaro che, in una congiuntura siffatta, dovrà – come di consueto – farsi luogo ad un’operazione di “bilanciamento” su basi di valore tra costi e benefici conseguenti all’efficacia della normativa

La seconda è che sia la tecnica decisoria dell'annullamento, vigorosamente caldeggiata dalla Consulta<sup>26</sup>, sia l'altra della "non applicazione" da parte del singolo operatore di giustizia, a cui favore mi sono ripetutamente dichiarato, presentano obiettivamente vantaggi ed inconvenienti<sup>27</sup>; e, tuttavia, far dipendere unicamente dalla loro reciproca ponderazione la scelta per l'una o l'altra è, a mio modo di vedere, praticamente sterile e – ciò che maggiormente importa – metodicamente e teoricamente scorretto.

in parola.

<sup>26</sup> ... malgrado le aperture fatte (specie a partire dal 2019) a beneficio degli operatori nazionali in ordine alla precedenza da accordare all'una ovvero all'altra specie di pregiudizialità.

<sup>27</sup> A favore del sindacato della Consulta milita principalmente l'argomento secondo cui lo stesso – si suole dire – serve meglio la causa della certezza del diritto e porta alla caducazione della norma invalida con effetti *erga omnes*. Si può, tuttavia, opporre un rilievo che ho più volte affacciato e che induce ad identificare la certezza del diritto con la effettività della tutela apprestata ai diritti, l'una infatti risolvendosi nella seconda e, comunque, ponendosi quale valore fondamentale dell'ordinamento proprio per il ruolo servente giocato a beneficio dei diritti stessi. D'altro canto, è sì vero che il carattere generale degli effetti propri delle decisioni ablativo del tribunale costituzionale è una risorsa preziosa; e, tuttavia, l'argomento prova troppo, dal momento che, spinto fino alle sue ultime e conseguenti applicazioni, dovrebbe portare alla esclusione della tecnica della "non applicazione" *per ogni caso* di antinomia interordinamentale. Ciò che, tuttavia, non può aversi e non si ha, la stessa Consulta dichiarandosi pronta a conoscere unicamente delle specie di antinomie cui si riferisce la 269 del 2017. Non si trascuri, infine, la circostanza per cui la tecnica dell'immediata applicazione della norma sovranazionale al posto di quella interna con essa incompatibile presenta l'innegabile pregio della immediata risoluzione della controversia, senza ulteriore dispendio di energie e di tempo, confermando pertanto la regola secondo cui la prima delle sedi in cui va offerta tutela ai diritti – com'è stato, non molto tempo addietro, opportunamente rammentato da un'accreditata dottrina (R. BIN, *Chi è responsabile delle "zone franche"?*, in AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima 'politica' e quella 'giurisdizionale'*, a cura di R. ROMBOLI, Torino, 2017, 152) – è quella in cui si amministra la giustizia comune. Ad ogni buon conto, ciò che ai miei occhi appare risolutivo è l'argomento che si passa subito a rappresentare nel testo.

È l'una cosa, per il fatto che costi e benefici, a conti fatti, si equivalgono, di modo che l'opzione finisce con il porsi quale il frutto di una personale inclinazione del singolo giudice<sup>28</sup>.

È l'altra cosa, se si conviene (e, a mia opinione, non può non convenirsi) a riguardo del fatto che la tecnica della “non applicazione” è l'*unica* a discendere in modo lineare e diretto dall'art. 11 della Carta, nella lettura ormai invalsa, con riguardo ad *ogni* caso di antinomia coinvolgente norma sovranazionale *self-executing*, una lettura alla cui affermazione – è bene non dimenticare – la stessa giurisprudenza costituzionale ha dato, a seguito di una lunga e travagliata elaborazione, il proprio fattivo, decisivo apporto. Ebbene, la tecnica in parola non è una sorta di *optional* – come, invece, parrebbe dare ad intendere la Consulta – che, peraltro, il medesimo operatore di giustizia potrebbe utilizzare in un caso e, senza neppure spiegarne la ragione, non utilizzare in un altro (segnatamente, laddove sia evocata in campo norma della Carta di Nizza-Strasburgo e persino di altra fonte a questa *quodammodo* funzionalmente “connessa”<sup>29</sup>).

Il vero è che, dopo aver demandato ai giudici comuni la soluzione di talune specie di antinomie tra diritto interno e diritto (ieri comunitario ed oggi) eurounitario ed essersi deliberatamente esclusa dal “dialogo” diretto con la Corte dell'Unione<sup>30</sup>, il nostro giudice costituzionale ha fatto opera di pentimento, mettendo in atto un'articolata e complessa manovra di “riaccentramento” – com'è usualmente chiamata<sup>31</sup> –, di cui

<sup>28</sup> Il punto è molto importante, se si considera che numerosi tentativi sono stati fatti da una generosa dottrina al fine di stabilire quali criteri dovrebbero presiedere alla scelta. Sta di fatto, però, che né di essi si fa parola alcuna in diritto positivo né – ciò che, a conti fatti, più importa – ne fa la giurisprudenza costituzionale fin qui maturata.

<sup>29</sup> ... una “connessione” lasciata peraltro largamente indeterminata e rimessa ad occasionali apprezzamenti dell'operatore di turno in prima battuta e, in ultima istanza, del giudice costituzionale.

<sup>30</sup> Emblematica appare appunto essere la vicenda del rinvio pregiudiziale, conclusasi – come si sa – con un *revirement*, per effetto del quale ormai da anni il nostro tribunale costituzionale si è dichiarato pronto ad avvalersi dello strumento in parola; ciò che – come pure è noto – ha più volte (e ancora di recente) fatto.

<sup>31</sup> *Ex plurimis*, D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna 2020; AA.VV., *Il sistema “accentrato” di costituzionalità*, a cura di G. CAMPANELLI - G. FAMIGLIETTI - R. ROMBOLI, Napoli, 2020; E.

proprio la decisione del 2017 sopra richiamata costituisce, forse, la più emblematica e rilevante testimonianza<sup>32</sup>.

MALFATTI, *La tendenza a un nuovo accentramento*, in AA.VV., *Rileggendo gli Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1987-2019). A Roberto Romboli dai suoi allievi*, Torino, 2020, 243 ss.; pure *ivi*, G. CAMPANELLI - A. LO CALZO, *La Corte e i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale*, 328 ss.; R. MASTROIANNI, *Sui rapporti tra Carte e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali*, in *European Papers* ([www.europeanpapers.eu](http://www.europeanpapers.eu)), 19 giugno 2020, 1 ss.; C. PADULA, *Le "spinte centripete" nel giudizio incidentale di costituzionalità*, in *Quest. giust.* ([www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it)), 4/2020, spec. 62 ss.; nella stessa *Rivista*, E. LAMARQUE, *I poteri del giudice comune nel rapporto con la Corte costituzionale e le Corti europee*, 89 ss., della quale v., inoltre, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana. Nuova stagione, altri episodi*, Napoli 2021; M. LOSANA, *Tutela dei diritti fondamentali e (in)stabilità delle regole processuali*, in *Quad. cost.*, 2/2020, 305 ss.; G. MONACO, *La Corte costituzionale ridisegna il proprio ruolo nella tutela dei diritti fondamentali, tra Carta di Nizza, CEDU e Carta sociale europea*, in *Riv. AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 3/2020, 15 luglio 2020, 146 ss.; A.O. COZZI, *Sindacato accentrato di costituzionalità e contributo alla normatività della Carta europea dei diritti fondamentali a vent'anni dalla sua proclamazione*, in *Dir. pubbl.*, 3/2020, 659 ss.; AA.VV., *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, a cura di C. CARUSO - F. MEDICO - A. MORRONE, Bologna, 2020; AA.VV., *Un riaccentramento del giudizio costituzionale? I nuovi spazi del giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni*, in *Federalismi* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 3/2021, 27 gennaio 2021; G. REPETTO, *Dell'utilità per la Corte di giustizia della priorità dell'incidente di costituzionalità. In margine alla sentenza del 2 febbraio 2021 sul diritto al silenzio nei procedimenti volti all'irrogazione di sanzioni amministrative punitive (Corte di giustizia, Grande Sezione, C-481-19, DB c. Consob)*, in *Giustizia insieme* ([www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it)), 6 aprile 2021; S. BARBIERI, *Quel che rimane della sentenza n. 269 del 2017: il finale (non previsto?) di un tentativo di riaccentramento*, in *Eurojus* ([www.rivista.eurojus.it](http://www.rivista.eurojus.it)), 17 maggio 2021 e, se si vuole, i miei *Il giudice e la "doppia pregiudizialità": istruzioni per l'uso*, in *Federalismi* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 6/2021, 24 febbraio 2021, 211 ss.; *Dove va la giustizia costituzionale in Italia?*, in *Dir. fond.* ([www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it)), 1/2021, 16 aprile 2021, 456 ss., spec. 468 ss., e, ora, *La giustizia costituzionale in navigazione verso l'ignoto*, in *Dir. comp.* ([www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it)), 2/2022, 9 giugno 2022.

<sup>32</sup> Non minore rilievo è, poi, da assegnare al sostanziale abbandono del limite delle "rime obbligate", inopinatamente convertite nelle "rime possibili", come sono state chiamate da attenti commentatori [v., part., S. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a «rime possibili»*, in *Quad. cost.*, 1/2019, 183 ss.; F. ABRUSCIA, *Assetti istituzionali e deroghe processuali*, in *Riv. AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 4/2020, 23 ottobre 2020, 282 ss., spec. 293; I. GOIA, *Una giustificabile "invasione" di campo*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), 3/2021,

Al di là della soluzione da ciascuno di noi caldeggiata, una cosa è certa; ed è che, diverse essendo le tecniche decisorie (quanto alla sede istituzionale in cui si fanno valere, la loro natura, gli effetti prodotti), parimenti diversa non può che essere la misura della effettività della tutela assicurata ai diritti: una conferma *per tabulas* – come si vede – del bisogno di declinare al plurale il termine che figura nel titolo della nostra sessione di lavoro.

Questa conclusione è, poi, da tener ferma anche per il caso, su cui ora non indugio, che un'antinomia interordinamentale in genere sia risolta (*rectius*, prevenuta) a mezzo della tecnica decisoria della interpretazione conforme, in occasione della cui messa in atto si ha, ancora una volta, riprova del ruolo di cruciale rilievo giocato dai giudici comuni (qui, con l'incoraggiamento venuto dallo stesso tribunale costituzionale)<sup>33</sup>, così come peraltro la si ha per effetto di utilizzi (a volte, per vero,

9 dicembre 2021, 1001 ss. e lo stesso Presidente della Corte G. Amato, nella relazione relativa all'anno 2021. Di "versi sciolti" discorre D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, cit., 101 ss.; di "rime libere" A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 264 ss., nonché *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Federalismi* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 12/2021, 5 maggio 2021, spec. 197 ss. A giudizio di M. RUOTOLO, *Oltre le rime obbligate?*, in *Federalismi* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 3/2021, 27 gennaio 2021, 58 ss., si sarebbe, invece, in presenza di un mero "allentamento" del vincolo discendente dalle rime obbligate; cfr. nella stessa *Rivista*, N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, 94 ss.].

È pur vero, nondimeno, che il giudice costituzionale mette in atto una tecnica, altrove definita di *stop and go* (così nel mio *La Corte costituzionale e il processo incidentale tra regole e regolarità*, in *Quad. cost.*, 2/2022, spec. 329 ss.), ora portandosi dentro il campo riservato al legislatore ed ora invece ritraendosi, in nome del rispetto del discrezionale apprezzamento proprio di quest'ultimo (ad es., di recente, Corte cost. nn. 171, 176 e 177 del 2022), senza che peraltro sia del tutto chiara la ragione che sta a base della scelta nell'uno ovvero nell'altro verso fatta.

<sup>33</sup> Che poi dello strumento in parola a volte non si sia fatto (e non si faccia) buon uso, ora per difetto ed ora per eccesso, è, ovviamente, da prendere in considerazione; non v'è tuttavia da farsene meraviglia, dovendosi pur sempre mettere in conto che si abbiano delle deviazioni dai canoni in sede d'interpretazione, sia o no conforme. A volte, si registra nei fatti persino il ribaltamento su se stesso dello schema della interpretazione conforme, adattandosi i contenuti della Costituzione (e, in genere, delle fonti assunte a parametro, specie internazionali e sovranazionali) a quelli della legge, in vista

forzosi o, come che sia, inappropriati) di altre tecniche interpretative<sup>34</sup>, quale ad es. quella della selezione del precedente ovvero del suo adattamento interpretativo, dell'autocitazione, e via dicendo<sup>35</sup>.

Sta di fatto che, nel pur encomiabile intento di dare un qualche ristoro a diritti largamente trascurati dal legislatore e vilipesi nell'esperienza, il giudice costituzionale si è trovato col tempo ad allargare sempre di più il ventaglio delle tecniche decisorie di cui dispone e che lo stesso si è largamente forgiato (in aggiunta ai tipi-base

della loro forzata riconciliazione. Ed è chiaro che altro è la circolarità del percorso interpretativo, secondo la mirabile intuizione che era già nella *Theorie der Rechtsquellen* del '29 di A. ROSS, ed altra cosa una ricognizione semantica a senso unico, nei termini appena indicati: un esito, questo, peraltro agevolato dalla formidabile duttilità strutturale dei materiali di cui per norma si compongono gli enunciati della Carta costituzionale (e di altre Carte), a motivo del linguaggio a maglie larghe (e in più punti persino larghissime) con il quale essi si esprimono [sulla lingua della Costituzione, v., spec., G. SILVESTRI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quad. cost.*, 2/1989, 229 ss.; AA.VV., *La lingua dei giuristi*, a cura di P. CARETTI E R. ROMBOLI, Pisa, 2016; B. BARBISAN, *La più bella del mondo? Leggibilità e concretezza della Costituzione italiana*, in *Riv. AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 2/2022, 8 giugno 2022, 142 ss. e, nella stessa *Rivista*, J. VISCONTI, *La lingua della Costituzione tra lessico e testualità*, 3/2022, 29 agosto 2022, 110 ss.].

<sup>34</sup> Dei casi non infrequenti di eccesso di potere giurisdizionale tratta ora P. BONINI, *La questione dell'evoluzione della funzione giurisdizionale (alcune riflessioni sull'eccesso di potere giurisdizionale)*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), 3/2022, 19 settembre 2022, 980 ss. Una questione, questa, che – come si viene dicendo – si presenta in forme particolarmente gravi in relazione alle pronunzie del giudice costituzionale.

<sup>35</sup> Tecniche – rammento qui di sfuggita – di cui fanno largo uso anche altri giudici, quali le Corti europee e, per ciò che qui più da presso importa, la Corte costituzionale, di cui rende eloquente testimonianza la parte motiva delle decisioni adottate, specie in relazione alle questioni maggiormente complesse e spinose (in tema, v., almeno, AA.VV., *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, a mia cura, Giappichelli, Torino 1994, e A. SAITTA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1996. Un raffronto con le tecniche interpretative e argomentative di *common law*, può vedersi in V. VARANO, *Regola del precedente, overruling, giustizia predittiva*, in AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il diritto giurisprudenziale*, a cura di V. Messerini - R. Romboli - E. Rossi - A. Sperti - R. Tarchi, University Press, Pisa 2020, 173 ss.; pure *ivi*, V. FREDIANELLI, *L'uso del precedente interno da parte della Corte suprema statunitense: la vicenda del prospective overruling*, 221 ss., e V. BARSOTTI, *Diritto giurisprudenziale e comparazione giuridica*, 245 ss.; infine, G. ROMEO, *L'argomentazione costituzionale di common law*, Giappichelli, Torino 2020).

dell'accoglimento e del rigetto "secchi"), con ciò stesso rendendo sempre più marcata e vistosa la "supplenza" dallo stesso esercitata nei riguardi di chi è istituzionalmente preposto alla produzione legislativa.

Particolare rilievo va, al riguardo, assegnato alla tecnica della decisione in due tempi – com'è usualmente chiamata –, inaugurata in *Cap-pato* e più volte messa in atto. Ciò che, tuttavia, inquieta – se posso esprimermi in modo franco (e mi scuso per la pesantezza del linguaggio) – è la disinvoltura e l'improvvisazione esibite in occasione della sua messa in atto, testimoniata ancora di recente dal mancato rispetto del termine annuale dalla stessa Corte fissato per la definizione del caso, prorogato per altri sei mesi (ord. n. 122 del 2022)<sup>36</sup>. Il rischio della perdita (o, quanto meno, di un calo vistoso) di credibilità per la Corte mi parrebbe innegabile...

Insomma (e senza dilungarsi, ora, in altri esempi che pure potrebbero agevolmente addursi), si è ormai perfezionata (o, diciamo pure, è in via di compiuta maturazione) la parabola di un giudizio obbligato secondo modello a restare entro i confini della *validità*, sia pure nei tratti complessivamente peculiari che gli sono propri e che lo distinguono dai giudizi posti in essere presso le sedi in cui si amministra la giurisdizione comune, e invece convertitosi in uno di *opportunità*<sup>37</sup>, secondo occasionali apprezzamenti che lo stesso tribunale costituzionale riserva in via esclusiva a se stesso e che si giovano poi della formidabile, invalicabile "copertura" offerta dall'ultimo comma dell'art. 137 della Carta. Se ne ha, dunque, una vistosa confusione dei ruoli istituzionali, segnatamente di quelli di direzione politica e di garanzia, con uno scadimento vistoso dei tratti tipici di quest'ultimo che peraltro – per ciò che è qui di particolare interesse – rende alquanto incerta e, diciamo pure, imprevedibile la effettività della tutela assicurata ai diritti, dipendente da contingenti

<sup>36</sup> Su questa anomala vicenda, per tutti v. U. ADAMO, *È (resterà) due senza tre? Sull'incostituzionalità prospettata: criticità ulteriori di una tecnica decisoria già di per sé problematica*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), 2/2022, 28 giugno 2022, 819 ss.

<sup>37</sup> Di un sindacato di opportunità discorreva già la dottrina molti anni addietro, senza che ovviamente potesse minimamente immaginare come sarebbe cambiato il sindacato stesso, portando all'effetto di uno squilibrio marcato tra l'"anima" politica della Corte e la sua "anima" giurisdizionale – come si è soliti chiamarle –, a tutto detrimento della seconda.

valutazioni del giudice costituzionale e dal modo con cui quest'ultimo calibra i propri interventi volti al sostanziale rifacimento dei testi di legge (sempre che appunto decida di farvi luogo...) in ragione dei casi.

*4. Il modo distorto con cui è usualmente impostata e risolta la questione della effettività della tutela (gli esempi della salvaguardia della salute, specie nel tempo della pandemia da covid-19, e del sovraffollamento carcerario)*

Si ha, dunque, conferma del fatto che la cruciale questione relativa alla effettività dei diritti (e, allo stesso tempo, della democrazia) rimanda, per un verso, ad orientamenti forgiati secondo occasione dal giudice costituzionale, in un contesto nondimeno segnato da un ruolo crescente esercitato da tutti gli operatori di giustizia (nazionali e non), e, per un altro verso, a nodi micidiali della teoria costituzionale ad oggi non sciolti e – è bene averne chiara avvertenza – forse impossibili da sciogliere del tutto, dei quali dunque è realisticamente auspicabile l'allentamento.

Si consideri, a quest'ultimo riguardo, un dato d'immediata evidenza. Al fine, infatti, di stabilire se una previsione normativa sia "effettiva" occorre far luogo dapprima alla ricognizione del significato della stessa, quindi alla osservazione dell'esperienza e, infine, al riporto di questa a quella; e non è chi non veda quante incertezze ciascuna di tali operazioni comporta, tant'è che non infrequenti sono i casi di divergenze degli esiti ricostruttivi.

V'è di più. Come si è già accennato e deve ora precisarsi meglio, si danno non di rado più "gradi" di effettività, tanto più ove si abbia riguardo ai diritti (in ispecie ad alcuni di essi), suscettibili di essere appagati in diversa misura. È chiaro che l'apprezzamento di quest'ultima ha molto di soggettivo; e una tutela da alcuni considerata soddisfacente può non esserlo per altri.

Ancora una volta, tuttavia, l'ordinamento può dare rilievo a pulsioni soggettive solo fino ad un certo punto, di lì in avanti risultando necessario far luogo a criteri idonei a portarsi oltre le pretese dei singoli al fine di poter pervenire alla chiusura di controversie soggettive e, dunque, all'accertamento della "verità" dei fatti (seppur solo nell'accezione processuale del termine).

Si spiega in questa luce, per un verso, il riconoscimento del diritto al processo, quale diritto strumentale piegato all'appagamento dei diritti – per dir così – sostanziali, che nondimeno può essere fatto valere – come si sa – unicamente fino alla produzione della cosa giudicata<sup>38</sup>.

V'è, poi, da tener conto del fatto che la pretesa soggettiva alla tirannica, piena affermazione di un diritto non può comunque trovare accoglienza, per la elementare ragione che la prospettiva giusta dalla quale i diritti stessi richiedono di essere osservati (e “misurati” nel grado della loro realizzazione) non è quella *atomistica*, che si appunta unicamente sul diritto di volta in volta considerato, bensì l'altra *olistica* o, per dir meglio, *sistemica*, che ha riguardo all'intera gamma dei diritti e, in genere, dei beni della vita costituzionalmente protetti ed evocati in campo da ciascun caso, interrogandosi se la soluzione apprestata a quest'ultimo risulti idonea a darvi un complessivo appagamento. Il “bilanciamento” – come si è soliti chiamarlo – è la tecnica cui si fa usualmente ricorso al fine della ottimale risoluzione delle questioni portate alla cognizione dei giudici, nell'intento di dar modo alla Costituzione, quale “sistema” di beni riconosciuti meritevoli di tutela, di potersi far valere al meglio di sé, alle condizioni oggettive di contesto. E i bilanciamenti, pur quando riescano nel migliore dei modi, comportano pur sempre sacrifici, a volte anche molto consistenti a carico di questo o quel diritto, senza peraltro che resti esclusa la eventualità del pur momentaneo, integrale sacrificio di un diritto per far posto ad altri considerati prioritari ovvero allo stesso diritto di cui si facciano portatori soggetti giudicati maggiormente meritevoli di tutela di altri.

Emblematica, al riguardo, la vicenda di un diritto al quale nel corso dei nostri lavori si è prestata una speciale attenzione, quello alla salute<sup>39</sup>.

Nel momento in cui la pandemia sanitaria che ad oggi ci affligge è esplosa con immediata evidenza, si è avuta chiara percezione del rilievo giocato dalle risorse umane, materiali ed organizzative per l'appagamento del diritto in parola (come pure di altri), in ragione delle

<sup>38</sup> Non indugio qui sui casi di revisione del processo (segnatamente in materia penale) che pur tuttavia si pongono quale la classica eccezione che conferma la regola.

<sup>39</sup> Sui limiti patiti dalla tutela di tale diritto per effetto della pandemia, per tutti e di recente, V. MANZETTI, *Il diritto alla salute di genere e la sindrome di Yentl: una fragile “effettività”*, in *Nuove aut.* (www.nuoveautonomie.it), 1/2022, 133 ss.

condizioni oggettive di contesto. Ciò che, infatti, è considerato sufficiente in situazioni di una sia pur relativa quiete sociale ed istituzionale non lo è più in situazioni “eccezionali”<sup>40</sup> che, pur diverse dalla rappresentazione datane nella nota teorizzazione schmittiana e ancorché giudicate inidonee a mettere a rischio la identità e continuità della società e dell’ordinamento nel tempo, ugualmente a questi ultimi recano un *vulnerabilis* profondo, pregiudicandone il fisiologico svolgimento, fatto deviare dal suo solco naturale<sup>41</sup>.

Ebbene, mostrando le risorse umane e materiali limiti evidenti di rendimento, le soluzioni concretamente adottate per far fronte alla drammatica situazione determinatasi si sono ad esse giocoforza adeguate e la stessa teoria costituzionale si è trovata obbligata dagli eventi a far luogo a letture riduttive e, a conti fatti, forzose del dettato della Carta.

Così, si è discusso (e si seguita a discutere) in merito ai criteri da mettere in campo per fissare l’ordine delle priorità nei posti di terapia intensiva, già rivelatisi insufficienti nel momento in cui la pandemia ha raggiunto livelli paurosi e che – ahimè – potrebbero nuovamente dimostrarsi troppo esigui<sup>42</sup>.

La questione di fondo non è però quella di stabilire se dare la precedenza a chi arriva prima o a chi ha maggiori aspettative di vita e, in genere, appare essere maggiormente vulnerabile ed esposto. La via diretta tracciata nella Carta costituzionale è, infatti, un’altra, a *tutti* dovendo

<sup>40</sup> Su regole ed eccezioni acuti rilievi, di recente, in M. LUCIANI, *Il diritto e l’eccezione*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 2/2022, 13 maggio 2022, 59 ss.

<sup>41</sup> Non affronto qui la complessa questione relativa ai segni, numerosi e profondi, lasciati dalla emergenza sanitaria in corso sul corpo della Costituzione e dello Stato costituzionale: segni, a mia opinione, indelebili che parrebbero invero avvalorare il giudizio di quanti si sono dichiarati dell’idea che nella storia della umanità vi sarebbe un prima della pandemia ed un dopo di essa.

<sup>42</sup> È singolare che dalla vicenda gli organi della direzione politica non abbiano trattato – da noi come altrove – il necessario insegnamento, tanto più che è pressoché certo che pandemie quale questa (e, forse, peggiori di essa) se ne avranno anche in futuro e che è pertanto urgente attrezzarsi per tempo al fine di farvi fronte in modo adeguato, dando vita a nuovi ospedali, dotando quelli già esistenti di ulteriori posti di terapia intensiva, aumentando il numero dei posti nei corsi di studio di medicina (e, specificamente, di quelli di specializzazione più direttamente interessati da siffatto tipo di malattia), ecc.

essere data l'opportunità di farsi curare e, se possibile, di guarire.

L'obiezione corrente che fa capo al *leit motiv* delle risorse limitate sposta innaturalmente il fuoco della questione, non consentendo dunque di metterla sotto la giusta luce e darle il retto inquadramento.

Il vero è, infatti, che le risorse ci sono, quanto meno in Stati come il nostro nei quali la produzione della ricchezza nazionale raggiunge certi livelli<sup>43</sup>. Il punto è che esse sono mal distribuite e male impiegate: a conferma del fatto che il modello liberista ad oltranza richiede consistenti correzioni della sua stessa struttura<sup>44</sup> e che i modi usualmente adottati per la selezione dei governanti hanno essi pure bisogno di un complessivo, radicale ripensamento<sup>45</sup>. Una conclusione, questa, che vale per il

<sup>43</sup> Non è così, invece, come si sa, in altri Paesi che non hanno raggiunto il nostro livello di sviluppo; e, poiché nulla v'è di più "globale" o "globalizzato" di un male che si diffonde senza conoscere confini territoriali, se ne ha che l'unico modo per uscirne o, quanto meno, per contenerne i disastrosi effetti è quello di dar vita ad una efficace organizzazione sovrastatale frutto di un'autentica, fattiva cooperazione tra i Paesi che dispongono delle maggiori risorse e che, anche per loro interesse e non soltanto per spirito di solidarietà, devono renderle disponibili a beneficio di coloro che ne sono dotati in minore misura o, addirittura, che non ne hanno [sulla solidarietà, che per taluno ha da risolversi in vera e propria fraternità, specie nei riguardi dei lontani, acuti rilievi in A. SPADARO, in *L'amore dei lontani: universalità e intergenerazionalità dei diritti fondamentali fra ragionevolezza e globalizzazione*, in *Forum di Quad. cost.* (www.forumcostituzionale.it); dello stesso, v., inoltre, *Dai diritti "individuali" ai doveri "globali". La giustizia distributiva internazionale nell'età della globalizzazione*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2005, e *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile)*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 4/2011, 6 dicembre 2011; altri riferimenti e indicazioni, di recente, in S. MABELLINI, *Il "radicamento territoriale": chiave d'accesso e unità di misura dei diritti sociali?*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2/2022, 24 giugno 2022, 792 ss., spec. 815 ss., e G. ALPA, *Note sul principio di solidarietà come principio precettivo nel diritto interno e nel diritto dell'Unione europea*, in *Lo Stato*, 18/2022, 11 ss. Della fraternità ha ripetutamente, approfonditamente trattato F. PIZZOLATO: tra gli altri suoi studi, v. *Il principio costituzionale di fraternità. Itinerario di ricerca a partire dalla Costituzione italiana*, Città Nuova, Roma 2012].

<sup>44</sup> Quali, poi, esse possano essere è un interrogativo soffocante al quale qui non può darsi neppure un inizio di risposta.

<sup>45</sup> Torna qui prepotentemente ad emergere l'annosa, irrisolta questione della crisi della rappresentanza politica e, con essa, del modello democratico, fatto oggetto di riduttive e distorte applicazioni [in tema, in occasione del nostro incontro, v., part., B.

diritto ora succintamente preso in esame ma che appare essere generalizzabile in relazione ad ogni diritto che comporta un costo (anzi, per dir meglio, un costo elevato, sol che si convenga che non ve n'è alcuno che ormai non richieda, al fine di essere congruamente appagato, la messa in campo di risorse ora più ed ora meno cospicue<sup>46</sup>).

Si pensi, ad es., alla vessata questione del sovraffollamento carcerario, la cui soluzione – com'è stato egregiamente messo in chiaro<sup>47</sup> – richiederebbe, prima (e piuttosto) che l'adozione di misure, quale quella che vorrebbe esclusa la detenzione in carcere per reati la cui pena è temporalmente ridotta, che incrinano il valore della certezza della pena stessa, con evidente pregiudizio per la legittimazione dei governanti, l'allestimento di nuove strutture di detenzione accompagnato da una più adeguata distribuzione delle stesse sul territorio e, persino, all'interno di ciascuna di esse, delle sezioni in cui si articolano<sup>48</sup>. E così

MERCURIO, *Crisi della rappresentanza ed emersione di nuovi modelli di democrazia deliberativa*; inoltre, di recente, I. CIOLLI, *La rappresentanza politica. Recenti trasformazioni di una categoria ineludibile*, in *Lo Stato*, 18/2022, 129 ss. Si prefigura un rafforzamento della democrazia rappresentativa per effetto di una oculata revisione dei trattati europei. S. MANGIAMELI, *La democrazia rappresentativa nell'UE e l'opinione pubblica europea. Problemi e prospettive*, in *Dir. fond.* ([www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it)), 2/2022, 24 luglio 2022, 293 ss.].

<sup>46</sup> Se ne mostra avvertita la stessa Carta che, per l'immagine che di sé dà a seguito del rifacimento del Titolo V operato nel 2001, ha ormai bandito la risalente, logora, *summa divisio* tra diritti civili e diritti sociali poggiante sul vetusto criterio delle prestazioni, di cui solo i secondi avrebbero bisogno [art. 117, II c., lett. m)]; ed è chiaro che le prestazioni stesse richiedono risorse umane e materiali viepiù costose proprio in situazioni di emergenza.

<sup>47</sup> Raggiugli in A. ALBANO - A. LORENZETTI - F. PICOZZI, *Sovraffollamento e crisi del sistema carcerario. Il problema "irrisolvibile"*, Giappichelli, Torino 2021; v., inoltre, AA.VV., *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti. Le recenti riforme in materia di sicurezza della pena*, a cura di F. Caprioli e L. Scomparin, Giappichelli, Torino 2015.

<sup>48</sup> Ovviamente, molto potrebbe servire allo scopo la rimozione della pena perpetua, da sensibili studiosi vigorosamente patrocinata, che tuttavia potrebbe tardare ancora a lungo prima di realizzarsi, in attesa che maturi un convincimento in tal senso diffuso in seno al corpo sociale e tra le forze politiche, di cui francamente non vedo segni concreti ed apprezzabili [in tema, nella ormai copiosa lett., di recente e per tutti, E. DOLCINI - F. FIORENTIN - D. GALLIANI - R. MAGI - A. PUGIOTTO, *Il diritto alla speranza davanti alle Corti. Ergastolo ostativo e art. 41-bis*, Giappichelli, Torino 2020; D. GALLIANI, *L'ergastolo nel mondo. Appunti di diritto costituzionale penale comparato*, in *Riv. it. dir.*

via per altre questioni di cruciale rilievo ad oggi non risolte: questioni affrontate, al pari di quelle ora esemplificativamente richiamate, con il classico metodo del rammendo posto in essere a “copertura” dei buchi maggiormente vistosi esibiti da un tessuto sociale ed ordinamentale ormai a brandelli, in un clima invelenito da animate discussioni tra gli operatori politico-istituzionali cui sovente assiste inerme una pubblica opinione sempre più sfiduciata, disorientata e soffocata dalle plurime ed ingravescenti emergenze che affliggono gli individui, specie i più deboli ed esposti, e l'intera collettività.

Come si vede, l'effettività dei diritti non è problema solo giuridico; è anche uno – potrebbe dirsi – d'*ingegneria sociale* (e, a volte, d'*ingegneria tout court*), di riordino complessivo della organizzazione volto all'ottimale invero dei valori costituzionalmente positivizzati nel loro fare “sistema”.

*5. L'effettività della tutela: un annoso e inquietante problema che, il più delle volte, può essere affrontato a modo solo attraverso la fattiva e solidale cooperazione degli Stati in seno alla Comunità internazionale e ad organizzazioni sovranazionali, quale da noi principalmente l'Unione europea*

L'esempio della pandemia sanitaria è, poi, altamente istruttivo, rendendo sicura conferma della necessità di un poderoso sforzo collettivo prodotto dagli Stati in seno alla Comunità internazionale e ad organizzazioni sovranazionali, quale da noi principalmente l'Unione europea, e specificamente mirato a far fronte a talune specie di emergenze ormai endemiche, quale ad es. quella ambientale che, a giudizio di molti, ha ormai superato il punto di non ritorno, sì da potersi solo coltivare la speranza che non s'inasprisca ancora di più, finendo col portare alla distruzione dell'intero pianeta.

Il punto è però che, pur laddove la posta in palio non presenti carat-

*proc. pen.*, 1/2022, 109 ss.; A. CARDONE - E. SANTORO, *Ergastolo ostativo e problemi di legittimità costituzionale*, in *Riv. Gruppo di Pisa* ([www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it)), 2/2022, 79 ss.; D. MARTIRE - A.R. SALERNO, *L'ergastolo ostativo e lo stato attuale della giustizia costituzionale*, in *Oss. cost.* ([www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it)), 4/2022, 2 agosto 2022, 247 ss.].

tere divisivo tra gli Stati, come appunto si ha in relazione alla salvaguardia dell'ambiente e dell'ecosistema che a tutti dovrebbe stare a cuore nell'identica misura, non si riesce ugualmente a superare contrapposizioni di schieramento risalenti e profondamente radicate che ostano alla messa in atto delle misure allo scopo adeguate o, comunque, ne frenano la operatività. Fatica, insomma, a farsi largo e ad affermarsi il diffuso convincimento di doversi lasciare alle spalle antiche divisioni, nondimeno permanenti in relazione alla cura di interessi aventi natura diversa, e fare fronte comune avverso l'incalzare delle emergenze.

Ancora una volta, sono le situazioni straordinarie a portare allo scoperto un fenomeno che, in situazioni di quiete sociale ed ordinamentale, non emerge in tutta la sua cruda, eclatante evidenza.

La guerra in Ucraina ci consegna molti insegnamenti: in primo luogo, a mio modo di vedere, quello per cui la pace è un "bene assoluto" – come ho ritenuto altrove di qualificarlo<sup>49</sup> – ponendosi quale il *prius* logico ed assiologico per il fisiologico svolgimento della vita sociale ed ordinamentale e, dunque, il godimento di molti diritti, a partire da quelli alla vita ed alla dignità della persona umana.

In secondo luogo, ha messo a nudo la strutturale eterogeneità culturale esistente tra Paesi dell'Est e Paesi occidentali, europei e non, che sempre più a fatica, a forza, coabitano nel vecchio continente e nel pianeta, irriducibilmente diversi, persino laddove compartecipano di una stessa organizzazione internazionale o sovranazionale<sup>50</sup>. Le ripetute dichiarazioni d'odio da parte del Presidente Medvedev e di altri esponenti della nomenclatura russa la dicono lunga in merito all'*animus* nutrito nel loro Paese nei riguardi dell'Occidente in genere e di alcuni Stati in ispecie che si trovano nel mirino del regime putiniano. Dal suo canto, l'Ucraina, che giustamente si difende come può dall'invasore, dando mostra di eroico attaccamento alla propria terra ed alla propria identità culturale ed ordinamentale, oltre a reagire agli attacchi subiti con le ar-

<sup>49</sup> ... ne *La pace come bene assoluto, indisponibile e non bilanciabile, il diritto fondamentale a goderne e il dovere di preservarla ad ogni costo*, Editoriale, in *Consulta On-Line* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), 27 febbraio 2022; cfr. ora, T. GRECO, *Il sogno di Einstein. Una rilettura del pacifismo giuridico*, in *Il Mulino*, 2/2022, 205 ss.

<sup>50</sup> Emblematico l'esempio della Polonia e dell'Ungheria, membri – come si sa – dell'Unione europea unitamente a Paesi di antiche tradizioni di liberal-democrazia.

mi, in esercizio del sacrosanto diritto-dovere di resistenza collettiva, ha posto in essere anche sanzioni francamente illiberali, quale quella di inibire la diffusione nel proprio territorio di scritti in lingua russa, sia se provenienti dal Paese invasore che da altri Paesi, ovvero la esibizione di musicisti che non si siano apertamente dissociati dalla guerra. La qual cosa, per vero, qualche interrogativo lo pone e – come si è tentato di mostrare altrove<sup>51</sup> – dovrebbe forse indurre ad una maggiore cautela prima di spalancare le porte all'ingresso dell'Ucraina in seno all'Unione europea.

La guerra, ad ogni buon conto, disvela l'essere umano nella sua intima natura: vale per l'invasore come pure per l'agredito e, ancora, per chi è chiamato a rendere testimonianza di fulgida e fattiva solidarietà nei riguardi di quest'ultimo, in ogni forma<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> ... nel mio *Le sanzioni illiberali dell'Ucraina all'invasore russo*, Editoriale, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), 21 giugno 2022.

<sup>52</sup> Così, ad es., per quanto riguarda l'assistenza prestata ai rifugiati provenienti dai territori invasi, in merito alla quale, v., tra gli altri, M. MALVICINI, *Il soccorso e l'assistenza dei rifugiati ucraini in Italia. Una prima lettura dei provvedimenti adottati a livello nazionale*, in *Dir. fond.* ([www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it)), 2/2022, 24 giugno 2022, 174 ss.

GAETANO ARMAO

LA GIUSTIZIA  
NELL'AMMINISTRAZIONE:  
IL CONTRIBUTO DI FRANCESCO CRISPI\*.

1.1. Risalire alla genesi storica di una delle principali parti del diritto amministrativo, quello della giustizia, è esercizio necessario per comprendere la formazione degli istituti del diritto processuale amministrativo, poiché la giustizia amministrativa italiana non è frutto di una costruzione razionale, ma “un prodotto storico”<sup>1</sup>.

Una lettura diacronica degli istituti del diritto amministrativo – considerazione che ha una valenza sistematica per l'intera branca del diritto, probabilmente più che per le altre – consente quindi l'inquadramento corretto di istituti che hanno subito nel tempo un divenire normativo ed una riconsiderazione di finalità, di principi fondanti, se non addirittura della stessa morfologia giuridica<sup>2</sup>.

Analoghe considerazioni possono trarsi per il diritto amministrativo e la giustiziabilità delle decisioni della pubblica amministrazione nell'ordinamento giuridico brasiliano<sup>3</sup> con una composita ed articolata evoluzione che interseca in alcune fasi quella del nostro ordinamento,

\* Questo contributo riprende, con modifiche ed integrazioni, parte del più articolato lavoro su *Francesco Crispi e le riforme amministrative. Il primo intervento di riforma strutturale dello Stato unitario*, Palermo University press, 2023.

<sup>1</sup> M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002, VI ed., Prefazione alla 1a ed., 1973, 10-11.

<sup>2</sup> Per ulteriori considerazioni si rinvia alla relazione a questo Simposio dei colleghi E. GIARDINO e M. RAGUSA su “*La giustizia amministrativa in Italia*”.

<sup>3</sup> Sulle quali si rinvia, per gli scritti in lingua italiana, a R. PERLINGEIRO, *Giudizio giurisdizionale amministrativo e ruolo del giudice in Brasile*, in *www.federalismi.it*, n. 24 del 2012 e Id., *Il due process previo alle decisioni amministrative e la tutela giurisdizionale effettiva nel Brasile in P.A. Persona e Amministrazione*, 1-2017, 17 dicembre 2017 e dello stesso *Funzioni amministrative di attuazione, controllo delle decisioni amministrative e protezione dei diritti*, ivi, 1-2020, 17 agosto 2020.

ma in ordine alla quale si rinvia alle altre relazioni di questo prestigioso Simposio dell'Associazione italo-brasiliana dei professori di diritto amministrativo e costituzionale che si tiene a Palermo sotto la presidenza della Prof. Maria Immordino.

1.2. Francesco Crispi (1818-1901) fu il primo Presidente del Consiglio siciliano e meridionale dell'Italia unita e guidò ben quattro esecutivi tra il 1887 ed il 1891 e tra il 1894 ed il 1896.

L'approccio decisionista e per certi versi autoritario che ha connotato l'attività di governo, come in generale quella politica dello statista di Ribera, ha sovente posto in ombra il forte impegno per la modernizzazione dell'Italia che si affacciava al "secolo breve"<sup>4</sup> con un'organizzazione amministrativa ancora arcaica e che, con l'obiettivo di rendere indipendente l'esecutivo dalla giurisdizione in attuazione del principio garantista della separazione dei poteri, affidava esclusivamente all'amministrazione il potere discrezionale di decisione sulle controversie relative alla materia degli interessi legittimi<sup>5</sup>.

Le c.d. riforme crispine, quelle propuginate ed approvate nel perio-

<sup>4</sup> Il riferimento è al celeberrimo volume di ERIC J. HOBSBAWM, *Il secolo breve. 1914-1991: l'era dei cataclismi*, Milano, 1995.

<sup>5</sup> Emblematico l'intervento dell'allora Ministro della Giustizia Pasquale Stanislao Mancini sul testo del disegno di legge nella tornata del 9 giugno 1864: "Sia pure che l'autorità amministrativa abbia fallito alla sua missione, che non abbia provveduto con opportunità e saggezza, che non abbia saputo ottenere la massima somma di prosperità e di sicurezza pubblica mercé i suoi atti; sia pure che essa abbia, e forse anche senza motivi, rifiutato ad un cittadino una permissione, un vantaggio, un favore, che ogni ragione di prudenza e di buona economia consigliasse di accordargli; ovvero gli abbia ordinato di concorrere con soverchio e non necessario disagio allo scopo di un pubblico servizio, cui abbia potestà di provvedere con l'opera gratuita dei privati; sia pure che questo cittadino è stato in conseguenza ferito, e forse anche gravemente, nei propri interessi: che perciò? [...] Che cosa ha sofferto il cittadino in tutte le ipotesi testé discorse? Semplicemente una lesione degl'interessi? Ebbene ch'ei si rassegni", lo si veda riportato da A. Salandra, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, 1897, 350.

Su Mancini v. F. DE PALMA, *Pasquale Stanislao Mancini e il dibattito parlamentare sul progetto di legge per l'abolizione del contenzioso amministrativo*, in *Vicum*, 2013, 7 ss.; C. STORTI, *Mancini, Pasquale Stanislao*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, dir. da I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONE, M.N. MILETTI, il Mulino, Bologna, 2013, II, 1244-1245.

do di guida del governo (ma numerose furono anche quelle rimaste allo stadio progettuale), mutarono strutturalmente l'organizzazione ministeriale, quella degli enti locali, ampliarono le funzioni pubbliche, in particolare nel settore sociale e sanitario, introdussero – come meglio si potrà illustrare – la tutela giurisdizionale nei confronti dell'amministrazione, si spinsero sino a prospettare, ma queste resteranno proposte legislative che vedranno la luce con l'avvento della Repubblica, un riassetto dell'organizzazione territoriale in prospettiva regionale ed una riforma del sistema agrario.

Una figura poliedrica, contraddittoria e per certi versi divisiva, quella di Crispi, ma sicuramente orientata alla modernizzazione ed all'efficienza dello Stato liberale di diritto, frutto di un rapporto sinergico e biunivoco tra cultura giuridico-amministrativa ed impegno politico e tra queste ultime e l'attività di governo<sup>6</sup>.

2. Napoli, 28 settembre 1923, Teatro S. Carlo, Vittorio Emanuele Orlando<sup>7</sup>, fondatore della scuola italiana di diritto pubblico, all'alba del fascismo e chiusasi ormai da tempo la Prima guerra mondiale, viene chiamato a commemorare la figura di Crispi, predecessore alla Presidenza del Consiglio dei Ministri. Ed Egli portò il ricordo che tra le innovazioni amministrative più importanti propugnate dal conterraneo vi fosse proprio l'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato nel 1889<sup>8</sup>.

Una riforma di chiara connotazione liberale, frutto di una tortuosa

<sup>6</sup> Sia consentito rinviare in merito al mio contributo *Crispi giurista*, in M. SAIJA (a cura di), *Francesco Crispi*, Soveria Mannelli, 2019, 57 e ss.

<sup>7</sup> Sul quale v. per tutti A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1880-1945)*, Milano, 2009, 92 ss.

<sup>8</sup> Un organo, la IV Sezione, originariamente considerato come appartenente all'amministrazione, di lì a breve (1891), in linea con la prevalente dottrina, sarà qualificato come organo giurisdizionale dalle Sezioni unite della Cassazione romana in applicazione della legge del 1877 sui conflitti che ne riconobbe la "competenza". La natura giurisdizionale della Quarta Sezione del Consiglio di Stato sarà poi formalmente riconosciuta dalla l. 7 marzo 1907, n. 62 che istituisce altresì la V Sezione. Per una completa ricostruzione dell'evoluzione del giudice amministrativo dal 1889 si v. per tutti F.G. COCCA, *La giustizia nell'amministrazione*, in Id (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2017, 9 ss. al quale si rinvia per i riferimenti in dottrina.

genesì parlamentare (l. n. 5992) che supera il monismo giurisdizionale imposto dalla legge di unificazione del 1865 ed attraverso la quale si dà “un giudice alle materie che, finora, per l’art. 3 della legge 20 marzo 1865 erano affidate alla decisione del Governo e dei funzionari pubblici”<sup>9</sup>, in guisa da ricondurre le sorti dell’ordinamento italiano sulla via maestra del contenzioso amministrativo<sup>10</sup>: “luogo di costruzione di ineguagliate guarentigie del cittadino di fronte alla pubblica amministrazione”<sup>11</sup>.

Giova ricordare in merito che la c.d. “prima unificazione amministrativa” – ma invero l’unica, nella considerazione che le riforme crispine per ispirazione, portata, obiettivi, latitudine di materie e funzioni in molte vanno piuttosto ritenute il primo intervento strutturale di riforma dello Stato unitario – costituisce un passaggio cruciale per la costruzio-

<sup>9</sup> Testualmente F. CRISPI, nel discorso alla Camera del 6 febbraio 1889, citato da L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Bologna 2001, 337-339, che sottolinea così il dualismo giurisdizionale e la frontiera tra diritto soggettivo ed interesse legittimo è elevata a criterio di riparto giurisdizionale tra giudice ordinario e giudice amministrativo. Pur se tale impostazione, come noto, ha dato luogo a molte incertezze interpretative sulle quali sono fioriti contrasti giurisdizionali epifenomeno di quella “drammatizzazione” degli equilibri del sistema di tutela che ha connotato il sistema amministrativo che ha dato vita a due giurisdizioni generali.

<sup>10</sup> V. E. ORLANDO, *Francesco Crispi. Con documenti inediti*, Palermo, s.d. [ma 1923-24?].

<sup>11</sup> Così M. MAZZAMUTO, *Francesco Crispi e la istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 1/2017, 453. Sulla legge del 1889 nella vasta dottrina si veda A. BARUCCHI, *La creazione della IV sezione del Consiglio di Stato nel quadro giuridico-istituzionale del tempo*, in *Cons. Stato*, 1989, 1859 ss.; P. VIRGA, *Interpretazione evolutiva della legge istitutiva della IV sezione*, in *Nuova Rass.*, 1989, 2433 ss.; A. QUARTULLI, *L’istituzione della IV sezione tra ragioni pratiche e ideologie*, in *Studi per centenario della IV sezione del Consiglio di Stato*, Roma, 1989, I, 77 ss.; A. PEZZANA, *Le esperienze degli organi di giustizia amministrativa degli Stati preunitari in relazione alla riforma del 1889*, ivi, 60 ss.; B. SORDI, *Uno sguardo all’Europa: il legislatore del 1889 di fronte ai modelli continentali di giustizia amministrativa*, ivi, 173 ss.; Id., *Giustizia e amministrazione nell’Italia liberale*, Milano, 1985, 111 ss.; A. DI GIOVANNI, *L’iter parlamentare della legge istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato*, in *Archivio ISAP, Le riforme crispine*, vol. II, *La giustizia amministrativa*, cit., 265 ss.; G. PALEOLOGO, *Silvio Spaventa e la quarta sezione del Consiglio di Stato*, in S. RICCI (a cura di), *Silvio Spaventa. Filosofia, cultura, diritto*, cit., 205 ss.; N. PAOLOANTONIO, *L’istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato attraverso la lettura dei lavori parlamentari*, Milano, 1991.

ne dell'ordinamento italiano<sup>12</sup> determinando, per molti versi, la c.d. "piemontesizzazione" del nuovo Stato<sup>13</sup> e si accompagna all'iniziativa del Governo, assunta lo stesso anno, previa autorizzazione del Parlamento, di proporre all'approvazione del Re una serie di nuovi testi normativi: il codice civile (R.d. 25 giugno 1865, n. 2358), il codice di procedura civile (R.d. 25 giugno 1865, n. 2366), il codice di procedura penale (R.d. 26 novembre 1865, n. 2598).

La legge 20 marzo 1865, n. 2248, "*Legge sul contenzioso amministrativo*" (All. E), rappresenta la prima e fondamentale legge, dopo l'unificazione politica in Italia, in ordine ai rapporti tra amministrazione e giurisdizione<sup>14</sup>, fu pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* del 27 aprile

<sup>12</sup> Giova ricordare che la l. 20 marzo 1865, n. 2248, recante «*Legge per l'unificazione amministrativa del Regno d'Italia*», predisposta proprio per assicurare l'unificazione amministrativa del Regno d'Italia, era costituita da sei allegati, concernenti attività pubbliche rientranti nel diritto amministrativo: l'All. A per gli Enti Locali, l'All. B sulla pubblica sicurezza, l'All. C in materia di sanità pubblica, l'All. D sul Consiglio di Stato; l'All. E relativo al contenzioso amministrativo, ed infine, l'All. F concernente i lavori pubblici.

In merito il rinvio per tutti è ad A. AQUARONE, *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, Milano, 1960 e C. GHISALBERTI, *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia. La codificazione del diritto nel Risorgimento*, Roma-Bari, 2018.

<sup>13</sup> In buona sostanza l'ordinamento amministrativo locale restava quello disegnato dalla legge Rattazzi del 23 ottobre 1859, con alcune minime modifiche. Stessa sorte per la disciplina della pubblica sicurezza, per le opere pubbliche. Estesi anche per il Consiglio di Stato e per la Corte dei conti le competenze su tutto il territorio nazionale, ma anche per la disciplina doganale, monetaria, finanziaria, con l'ingiusta ripartizione del debito pubblico (del quale il 55% era costituito da quello del Regno di Sardegna, mentre era meno di un quarto quello risalente al Regno delle due Sicilie) e poi della contabilità pubblica, così G. PESCOLIDO, *Stato e società, 1870-1898*, in R. DE FELICE (dir. da), *Storia nell'Italia contemporanea*, Napoli, 1976, I, 66 ss., ma si veda anche G. PESCATORE, *Il Consiglio di Stato: da Carlo Alberto ai problemi attuali*, in *Studi sul centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, I, Roma, 1981, VII ss.

<sup>14</sup> V. S. SPUNTARELLI, *I limiti esterni della giurisdizione civile nei confronti dell'amministrazione nell'interpretazione della legge abolitiva del contenzioso amministrativo (20 marzo 1865, n. 2248, All. E)*, in *Quad. Annali Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, n. 2/2016, 181 ss.

Anche se è opportuno che ad essa si affianca la "*legge per l'unificazione legislativa del Regno d'Italia*", del 2 aprile 1865, n. 2215, che autorizza a pubblicare i codici e legislazione sabauda adattata, ma che al contempo contiene numerose disposizioni sulla giurisdizione e sull'ordinamento giudiziario.

1865 ed entrò in vigore il 1° luglio 1865<sup>15</sup>, analogamente al precedente allegato D) che riguarda l'assetto del Consiglio di Stato e delle sue funzioni consultive<sup>16</sup>.

In particolare, va ricordata la dura opposizione<sup>17</sup>, condotta da Crispi insieme al conterraneo Filippo Cordova<sup>18</sup>, al disegno di legge abolitiva del contenzioso amministrativo e, più in generale, al monismo giurisdizionale, esprimendo una decisa avversione nei confronti dell'abolizione dei tribunali del contenzioso amministrativo, nel presupposto che si sarebbe determinata l'attribuzione all'autorità amministrativa della decisione sulla conformità alla legge dell'atto amministrativo impugnato, seppure nelle forme del ricorso gerarchico per la tutela dell'interesse legittimo.

Crispi, nel corso di quel serrato dibattito parlamentare pronunciò ben diciotto discorsi sui temi propri dell'organizzazione amministrativa e dei diritti di cittadinanza e poi sui consigli di prefettura, le deputazioni provinciali, la cittadinanza, lo status giuridico delle donne, ma anche

<sup>15</sup> Singolare appare tuttavia che la legge sull'unificazione amministrativa del Regno rechi poi una disposizione (art. 4) alla stregua della quale "il capoluogo della provincia di Noto è restituito alla città di Siracusa, della quale assumerà il nome la Provincia stessa", mentre la città di Noto ritornò a capoluogo di circondario. Il tema della omogeneità degli atti normativi evidentemente non è un problema solo contemporaneo.

<sup>16</sup> Sulle cui vicende si rimanda ancora una volta a F. MERUSI, *Consiglio di Stato*, op.cit., 280 ss.

<sup>17</sup> In tal senso C.J.H., DUGGAN, *Creare la nazione. Vita di Francesco Crispi*, Roma-Bari, 2000, 325.

<sup>18</sup> Su Filippo Cordova si veda da ultimo F. P. GIORDANO, *Filippo Cordova. L'esule, l'avvocato, l'intellettuale, il diplomatico del Grande Oriente*, Roma, 2016. Cordova e Crispi, pur se vicini sin dai tempi della rivoluzione palermitana del 1848, avevano avuto diverse divergenze sin dall'esperienza garibaldina sulle posizioni unitarie, mostrandosi il Cordova più legato a Cavour ed alla destra piemontese sino al 1863 quando, uscito dal Governo, aderirà alle posizioni della sinistra a partire proprio dalla battaglia parlamentare sull'abolizione del contenzioso amministrativo. Sulla figura di Cordova Consigliere di Stato v. inoltre P. ALLEGREZZA, C. IVALDI, *Cordova Filippo* (ad vocem), in G. MELIS (a cura di), *Il Consiglio di Stato nella Storia d'Italia. Le biografie dei magistrati (1861-1948)*, Milano, 2006, 143 ss., mentre sul giurista si consulti G. PACE GRAVINA, *Filippo Cordova (1811-1868)*, ad vocem, in S. BORSACCHI, G.S. PENE VIDARI (a cura di), *Avvocati che fecero l'Italia*, Bologna, 2011, 747.

la Corte di cassazione, il Supremo tribunale di guerra, l'assistenza ai poveri, l'abolizione della pena di morte e le carceri<sup>19</sup>.

Nel disperato tentativo di bloccare la scelta della maggioranza di destra, il parlamentare siciliano ed artefice della spedizione dei Mille, presentò un ordine del giorno col quale chiedeva esplicitamente l'istituzione della giustizia amministrativa, senza tuttavia ottenere la condivisione da parte della Camera, chiese anche che, nelle materie ricomprese nella residua competenza dell'autorità amministrativa in sede contenziosa, fossero almeno assicurate la pubblicità dei giudizi ed ogni altra opportuna difesa. Anche in questo caso la proposta fu respinta e la legge si limitò a stabilire, per tali procedimenti, l'ammissione di deduzioni ed osservazioni scritte dalle parti interessate (art.3)<sup>20</sup>.

Il parlamentare-garibaldino, da giurista di solida cultura quale era e scevro da pregiudizi ideologici nonostante le ferme convinzioni anti-borboniche, si dimostrò ben conscio che l'esperienza del giudizio am-

<sup>19</sup> Anche in occasione della discussione di altre proposte di legge Crispi, nonostante la riforma del 1865 fosse già in vigore, non perse l'occasione per sottolinearne gli effetti negativi durante i dibattiti parlamentari, come quando, in occasione della discussione sull'ordinamento delle province, ebbe a ricordare: *“l'Onorevole Peruzzi avrà dimenticato quante questioni si dibattono oggi dai tribunali in fatto di imposte; ma egli ricorderà quante lagnanze si siano mosse dai ministri e dai giornali a lui amici per la disparata giurisprudenza che s'introdusse dacché il contenzioso amministrativo venne abolito. Il contenzioso amministrativo (poiché l'Onorevole Peruzzi ne parlò, io non posso fare a meno di ragionarne) qual era ordinato in Italia era pieno di vizi. Certo noi non vogliamo, né dovremmo dare la decisione del tuo e del mio ad un tribunale amministrativo; non di meno vi sono molte questioni, le quali è meglio dare ad un tribunale simile, innanzi a cui le parti compaiono e discutono gli interessi loro, anzi che farle decidere da un prefetto o da un capo di divisione. E qui vengo alla materia che più si avvicina alla discussione impegnata. Voi avete, o signori, una deputazione provinciale, la quale, oltre ad essere il potere esecutivo nell'amministrazione della provincia, in molte cose esercita una specie di giurisdizione. Voi siete stati forzati a lasciare alla medesima la decisione di alcune questioni elettorali, di alcuni conflitti quando si tratta di classificazione di strade, e perfino di quei timori di insalubrità che possono far decretare la chiusura di un opificio. Or bene, tutte queste materie che altre volte appartenevano al contenzioso amministrativo, oggi si decidono, e in ciò l'onorevole Peruzzi aveva ragione di dolersene, da certe consorzierie locali, le quali non hanno nulla da invidiare alla consorzeria centrale”,* così F. CRISPI, *La Provincia e lo Stato*, intervento alla Camera dei Deputati del 4 marzo 1869, Firenze, 1869, 13.

<sup>20</sup> Sul dibattito parlamentare L. IANNACI, *Evoluzione della giustizia amministrativa nel Regno d'Italia*, in *Annali del Lazio Meridionale*, 2-2014, 41.

ministrativo del Regno delle Due Sicilie aveva dato buona prova ed anche per questo fu il più strenuo e convinto sostenitore dell'opportunità di conservare e perfezionare le giurisdizioni dei tribunali amministrativi.

Nell'ordinamento del Regno delle due Sicilie, infatti, "la tutela degli interessi e dé diritti né confronti della pubblica amministrazione dei suddetti, e d'ogni corpo morale", quando i rapporti investivano pubblici interessi, non spettava alle autorità giudiziarie, perché esse si sarebbero con ciò "immischiare" nelle funzioni amministrative, contro il divieto delle leggi organiche dell'ordine giudiziario (art. 199, l. 29 maggio 1817; art. 230, l. 7 giugno 1819). Di fronte al contenzioso amministrativo era però consentito chiedere tutela soltanto dei "diritti acquistati" non essendovi nell'ordinamento delle due Sicilie "nulla che somigliasse al *recours pour excès de pouvoir*" del diritto amministrativo francese<sup>21</sup>, potendosi in tali casi comunque "rimostrare" all'amministrazione precedente chiedendo il riesame del provvedimento emesso<sup>22</sup>, con l'instaurazione di un vero e proprio procedimento di secondo grado soltanto quando questo era previsto dalla disciplina di settore.

Giova ricordare, con riguardo che il Consiglio di Stato e la Regia Corte dei Conti (istituiti con r.d. 8 agosto 1806, 15 maggio 1806, 19 dicembre 1807 e 24 ottobre 1809) in sostituzione della Regia Camera della Sommaria, che essa operava prima dell'invasione napoleonica, assunsero oltre le funzioni di organo di revisione dei conti dello Stato e degli enti pubblici, ma non quelle di tribunale amministrativo (Consiglio di Stato).

Intervenuta l'abolizione di quest'ultimo con la Restaurazione borbonica la l. 21 marzo 1817 e l'immediatamente successiva l. 25 marzo 1817 concernente il contenzioso amministrativo ripartivano quest'ultimo da quello ordinario ed individuavano le procedure considerando che: "le forme dé giudizi sono destinati ad assicurare sempre più la libertà e la proprietà dei cittadini".

Con la l. 29 maggio 1817 l'organo giudiziario contabile assunse la denominazione di Gran Corte dei Conti per i reali domini di quà del Faro, cui seguì, con sede a Palermo, la Gran Corte dei Conti per i reali

<sup>21</sup> In tal senso G. LANDI, *Istituzioni di diritto pubblico del Regno delle due Sicilie (1815-1861)* II, Milano, 1977, 945.

<sup>22</sup> Come precisa tuttavia lo stesso G. MANNA, *Partizioni teoretiche del diritto amministrativo*, Napoli, 1860, 947: "rimostrare è tutt'altra cosa che è un giudizio, perché l'amministratore non è né legato, né trattenuto dal rimostranze degli amministrati".

domini di là del Faro. Ne è scaturita la suddivisione della Gran Corte in tre camere, due per la revisione contabile, mentre ad una era assegnata la giurisdizione in materia di contenzioso amministrativo. Quest'ultima giudicava, in appello, delle decisioni dei consigli di intendenza e dei commissari ripartitori dei demani, ed in primo grado, con appello al Supremo Consiglio di cancelleria, in materia di contratti di lavori e forniture dell'amministrazione centrale<sup>23</sup>.

Il primo grado era affidato ai Consigli d'Intendenza, che erano giudici ordinari per tutte le materie del contenzioso amministrativo (art. 23 l. 21 marzo 1817), ai quali si affiancavano i Tribunali delle prede marittime quale giurisdizione amministrativa speciale. Peraltro, le materie attribuite al contenzioso amministrativo<sup>24</sup>, riguardavano pressoché inte-

<sup>23</sup> “La camera del contenzioso amministrativo non pronunciando che sopra oggetti di amministrazione pubblica le sue decisioni non” potevano “eseguirsi che dopo ... sovrana approvazione” (art. 17).

Come opportunamente osserva il LANDI, *op. ult. cit.*, 959, la legislazione sul contenzioso venne estesa al di là del Faro “piuttosto lentamente e faticosamente”. Il R. d. 11 ottobre 1817, infatti, aveva esteso alla Sicilia, con qualche adattamento, la l. 12 dicembre 1816, ma i consigli d'intendenza non iniziarono però l'esercizio dell'attribuzione contenziosa, perciò, sino a quando con l. 7 gennaio 1818 fu abolito il tribunale dell'erario della corona ed organizzata la Gran Corte dei conti nei *reali domini* al di là del Faro, con sede in Palermo, e competenza analoga a quello della Corte napoletana.

La Gran Corte de' Conti nei *reali domini* al di là del Faro, secondo la legge istitutiva, 7 gennaio 1818, “aveva una sola Camera, ed era composta [...] d'un presidente, un vice presidente, due consiglieri, due supplenti, un procuratore generale, un cancelliere con le funzioni di segretario generale, un «archivario», un aiutante dell'archivio, quattro razionali due de quali erano consiglieri supplenti, un cassiere de' proventi fiscali, ed alcuni uscieri. L'organico si rivelò ben presto insufficiente, in relazione all'ingente arretrato, per il cui smaltimento non valse nemmeno l'istituzione di una commissione temporanea [...] per l'esame de' conti fino al 31 dicembre 1825. [...] Infine, con r.d. 2 marzo 1832, si provvide, contestualmente, ad abolire la ricordata Commissione temporanea e ad istituire una seconda Camera, cui fu dato il nome di Camera contabile” Così ancora G. LANDI, *cit.*, 971-972 e 979.

Per una disamina ancor più approfondita di questi istituti si veda R. FEOLA, *La monarchia amministrativa: il sistema del contenzioso nelle Sicilie*, Napoli, 1984.

<sup>24</sup> Quest'ultima Camera della Gran Corte dei Conti – disciplinata dalla l. 21 marzo 1817 – era organo d'appello alle decisioni dei Consigli d'Intendenza, mentre per taluni specifici oggetti, diveniva essa stessa organo di giurisdizione di primo grado. In tale ultimo caso era ammesso il ricorso ai suoi avvisi dinanzi al Supremo Consiglio di cancelleria (poi, dal 1824, dinanzi alla Consulta del Regno). La funzione di controllo delle rendite e delle spese dello Stato fu regolata dal decreto del 2 febbraio 1818 “*pel rendimento*

gralmente questioni economico-finanziarie (le imposte, i lavori pubblici, il debito pubblico, l'alienazione di beni pubblici, le sanzioni pecuniarie ecc.) e l'organismo del potere esecutivo competente a giudicare su di essa era la Gran Corte dei conti del Regno delle due Sicilie, che si occupava dell'amministrazione economica dello Stato<sup>25</sup>.

Tale giurisdizione spettava, invece, per i meri interessi, alla stessa autorità amministrativa, e, per i diritti soggettivi, ai giudici del contenzioso amministrativo, cioè a giudici "d'eccezione", o speciali, inquadrati nella stessa pubblica amministrazione<sup>26</sup>.

In altre parole, le controversie proprie del contenzioso amministrativo, non meno di quelle attribuite al contenzioso ordinario, concernevano esclusivamente diritti soggettivi. Il criterio discretivo tra l'uno e l'altro non era fondato sulla classificazione teorica delle situazioni giuridiche soggettive dedotto in giudizio, ma dipendeva da un duplice elemento, di tipo soggettivo ed oggettivo. Da ciò discendeva che sussistes-

*de' conti di coloro che riscuotono il denaro regio ed amministrano fondi regi o de' reali stabilimenti*". Erano conseguentemente tenuti a presentare annualmente alla Gran Corte "un bilancio generale dimostrativo di tutti gl'introiti ed esiti fatti dall'amministrazione che essi dirigono" "tutti coloro che sotto l'immediata dipendenza de' nostri ministri segretari di Stato sono o saranno incaricati della direzione de' fondi e del denaro regio e de' fondi addetti a' reali stabilimenti". I conti erano trasmessi alla Gran Corte pel tramite l'intendente della rispettiva provincia entro la fine dell'anno successivo a quello a cui si riferivano, Erano soggetti al giudizio della Gran Corte anche i conti "di quei fornitori o appaltatori di servizi ed opere civili o militari, i quali avessero stabiliti i loro contratti direttamente co' nostri ministri segretari di Stato e coll'Intendente generale dell'esercito". La Gran Corte dei Conti fu abolita nel 1862, ma con r.d. 21 settembre di quell'anno, ne venne stabilita la continuazione provvisoria delle funzioni in "stralcio". Cessò la sua attività nel 1865, in attuazione della legge del 20 marzo di quell'anno sull'abolizione del contenzioso amministrativo.

In generale sull'organizzazione di tali tipi di contenzioso amministrativo si veda F. DIAZ, *Corso completo di diritto amministrativo ovvero esposizione delle leggi relative all'amministrazione civile ed al contenzioso amministrativo del Regno delle Due Sicilia*, Napoli 1843, spec. 60 ss.

<sup>25</sup> Così ancora F. MERUSI, *op.ult.cit.*, 237. Ma tale organizzazione evidenziava una differenza rispetto la soluzione alla "francese": i componenti della Gran Corte dei conti erano dei funzionari amministrativi inamovibili, mentre quelli del Consiglio di Stato erano dei semplici consiglieri del principe da lui nominati e legati alla sua volontà, con la conseguenza che i primi erano giudici e ne avevano anche la parvenza.

<sup>26</sup> In questo senso il documentato contributo di G. LANDI, *Istituzioni di diritto pubblico del Regno delle Due Sicilie (1815-1861)*, cit., 938-939.

se la competenza del contenzioso amministrativo quando parte del giudizio fosse una persona pubblica e la materia del giudicare fosse “oggetto di pubblica amministrazione”<sup>27</sup>.

Tornando al dibattito parlamentare a Palazzo Carignano su quella che sarebbe divenuta la legge abolitrice del contenzioso amministrativo non può in alcun modo revocarsi in dubbio che quella di Crispi fosse una battaglia politica, non solo fondata su idee, ma anche su una concreta convinzione, sedimentata attraverso anni di professione legale tra Palermo e Napoli, della utilità del contenzioso amministrativo.

Contenzioso sperimentato nel Regno delle due Sicilie e che, paradossalmente, si avviava a scomparire proprio nel Regno d'Italia che si poneva quale conquista e garanzia di libertà.

Come noto, prevalse la soluzione opposta dell'abolizione del contenzioso amministrativo e della giurisdizione unica di matrice belga che trovava un riferimento nell'ordinamento del Granducato di Toscana<sup>28</sup>, poi divenuta la netta opzione per il sistema monistico della funzione giurisdizionale affidata unicamente al giudice ordinario, imposta dalla parte preponderante della destra storica di Minghetti, Mancini, Boncompagni e Borgatti<sup>29</sup> e trasfusa nella citata legge abolitiva del contenzioso amministrativo<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> Così ancora testualmente G. LANDI, *op. ult. cit.*, 941.

Giova ricordare che nel 1824 fu istituita la *Consulta generale del Regno*, alla quale, tuttavia, non furono mai assegnate specifiche funzioni giurisdizionali ma solo consultive, ma alla quale il Re avrebbe potuto rivolgersi per chiedere pareri sulle decisioni contenziose assunte dalla Gran Corte.

<sup>28</sup> Sul sistema della giurisdizione unica ordinaria: il sistema della “*giurisdizione unica*” (detto anche “*monistico*”) che tanto influsso aveva esercitato nella Destra storica v. A. CROSETTI, *Il Consiglio di Stato dall'Unità d'Italia alla Costituzione*, in AA.VV., *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia*, Torino, 2011, 183 ss. e G. D. COMPORI, *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, Id. (a cura di), *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, vol. VII della raccolta a cura di L. FERRARA, *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, Firenze, 2016, 7 ss.

<sup>29</sup> Sugli orientamenti favorevoli all'abolizione del contenzioso si veda nell'ampia dottrina B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, 1985, 39 ss.; G. CIANFEROTTI, *Storia della letteratura amministrativistica italiana. I. Dall'Unità alla fine dell'Ottocento; autonomie locali, amministrazione e Costituzione*, Milano, 1998, 206-207, ma anche anche J.C. ESCARRAS, *Les expériences belge et italiennes d'unitè de juridiction*, L.G.D.J., 1972, 40 ss.

<sup>30</sup> Per un approfondimento resta sicuro il riferimento a S. SAMBATARO, *L'abolizione*

La legge del 1865 rappresentava il superamento della legislazione piemontese sul contenzioso amministrativo del 1859 varata ad iniziativa del governo Rattazzi (leggi 30 ottobre 1859, nn. 3705, 3706, 3707 e 3708) preordinata a riordinare il contenzioso amministrativo del Regno<sup>31</sup>, nel contesto del quale il Consiglio di Stato svolgeva, accanto alla funzione consultiva anche quella sui conflitti tra le autorità dell'ordine amministrativo e le giudiziarie e, conseguentemente, alla soppressione della Camera dei conti, divenne giudice d'appello e supremo del contenzioso amministrativo e giudice in unico grado in materia di debito pubblico, di "richiami relativi a liquidazione delle pensioni a carico dello Stato", di "miniere, cave e usine", iniziando in tal guisa ad amministrare la giustizia "delegata", invece di quella "ritenuta", più di un decennio prima del suo omologo francese<sup>32</sup>.

*del contenzioso nel sistema di giustizia amministrativa*, Milano 1977, 35 ss., il quale sottolinea che dalla legge del 1865 risultò un "patto costituzionale tra magistratura e potere esecutivo, realizzato con la veste giuridica del riparto di attribuzioni" (spec. 72).

<sup>31</sup> La riforma che discendeva dallo stesso Statuto Albertino che prevedeva un riassetto del Consiglio di Stato: la n. 3705 sopprimeva la Camera dei conti (cui il precedente ordinamento affidava funzioni in materia) devolvendo le sue attribuzioni quale giudice di appello del contenzioso amministrativo al Consiglio di Stato (e alla Corte dei conti invece, istituita con la legge n. 3706, l'appello in materia di contabilità e le attribuzioni non giurisdizionali); con la legge n. 3707 si riordinava il Consiglio di Stato, attribuendogli, in aggiunta a quelle consultive, funzioni giurisdizionali (precisamente alla Sezione III), e dunque, oltre alle funzioni di giudice di appello del contenzioso amministrativo sulle decisioni dei consigli di governo, quelle di giudice unico in materia di debito pubblico, di richiami relativi alla liquidazione delle pensioni a carico dello Stato, di miniere, cave e "usine"; con la legge 3708 si chiarivano "le varie ipotesi di conflitti positivi tra autorità giudiziarie e fra queste ultime e l'autorità amministrative; e di conflitti negativi fra tribunali ordinari e tribunali del contenzioso". Così G. MELIS, *Consiglio di Stato*, in [https://www.treccani.it/enciclopedia/consiglio-di-stato\\_%28Diritto-on-line%29/](https://www.treccani.it/enciclopedia/consiglio-di-stato_%28Diritto-on-line%29/), ma già G. BARBAGALLO, *La giurisdizione del Consiglio di Stato dalle origini al 1923, nel Regno di Sardegna e nel Regno d'Italia*, in *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia. Le biografie dei magistrati (1861-1948)*, a cura di G. MELIS, Milano, 2006, t. II, 2299 ss.

<sup>32</sup> Così testualmente S. CASSESE, *Governare gli italiani*, Bologna, 2019, 199.

Sotto tale profilo coglie nel segno la dottrina che ha individuato in tale abolizione un “atto dichiaratamente rivoluzionario”<sup>33</sup> o probabilmente “controrivoluzionario”<sup>34</sup>.

Tale riforma rispondeva al principio dello Stato “guardiano notturno”, alla stregua del quale doveva essere espunto dall’ordinamento il giudice speciale e ripristinato il sistema delle garanzie giurisdizionali a favore del cittadino e delle sue intangibili libertà. In altre parole, una giurisdizione speciale sarebbe stata funzionale a proteggere i privilegi delle amministrazioni pubbliche ed a radicarne il dispotismo ed il giudice amministrativo doveva esser considerato “giudice in causa propria”<sup>35</sup>.

Da ciò l’abolizione del contenzioso amministrativo con la conseguente riduzione dei margini di tutela e l’affermazione della giurisdizione unica del giudice ordinario, al quale venne affidata la tutela di “tutti i diritti che possano nascere nei rapporti tra cittadino e amministrazione”<sup>36</sup>.

Nel nuovo sistema le situazioni dei soggetti destinatari di un provvedimento amministrativo erano così affidate alla medesima p.a.<sup>37</sup> aven-

<sup>33</sup> È la nota posizione di F. Merusi espressa nel contributo Consiglio di Stato (all. D) e abolizione del contenzioso (all’E), in AA.VV. 150’ dell’unificazione amministrativa italiana (legge 20 marzo 1865, n. 2248), in *Storia, Amm. Costituzione*, Ann. ISAP n.23, 2015, 225 ss. al quale si rimanda per un’attenta disamina dei regimi dei contenziosi amministrativi negli Stati della restaurazione e del movimento per l’abolizione del contenzioso amministrativo nel regno sabauda, con ampio e dettagliato compendio di dottrina.

<sup>34</sup> Per un completo panorama storico della dottrina successiva alla legge del 1865 v. A. PUBUSA, *Il dibattito dottrinario prima delle leggi del 1889-90*, in AA.VV., *Le riforme crispine. Giustizia amministrativa*, II, cit., 77 ss.

<sup>35</sup> Come precisato da F. PATRONI GRIFFI, *Una giustizia amministrativa in perenne trasformazione: profili storico-evolutivi e prospettive*, *Una giustizia amministrativa in perenne trasformazione: profili storico - evolutivi e prospettive*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2016, fasc. 1, 118 debbono considerarsi due i capisaldi che concorrono alla definizione della giurisdizione unica nella legge del 1865: “la tutela dei diritti va affidata al solo giudice esistente, cioè il giudice ordinario (il giudice del contenzioso è un non giudice perché non è indipendente); la divisione dei poteri impone che tutto ciò che è non-diritto sia riservato all’amministrazione e al suo sistema interno di tutela, che fa capo al “ministro-giudice”.

<sup>36</sup> V. ancora S. CASSESE, *op. ult. cit.*, 200.

<sup>37</sup> Così F. G. COCA, *L’interesse legittimo*, Torino, 2017, XXII, il quale ricorda che anteriormente alla entrata in vigore della legge istitutiva della IV Sezione “per la giustizia nell’amministrazione” del Consiglio di Stato “non v’era alcuna ragione per ipotizzare

do quale unico rimedio la possibilità di proporre un ricorso amministrativo, quindi un ricorso alla stessa amministrazione che aveva adottato l'atto (c.d. ricorso in opposizione) o a quella gerarchicamente sovraordinata (c.d. ricorso gerarchico)<sup>38</sup>.

La legge abolitiva del contenzioso amministrativo aveva tuttavia “un contenuto costruttivo”: devolveva infatti, ed in termini sostanziali pur con limitatissime eccezioni, il contenzioso nei confronti della pubblica amministrazione al giudice ordinario, ma come opportunamente sottolineato, restituendo il giudizio nei confronti della pubblica amministrazione al giudice ordinario lo restituiva, in realtà, a due giudici, il giudice penale e il giudice civile<sup>39</sup>.

*l'esistenza, sul piano del diritto positivo, di una situazione giuridica soggettiva diversa dal diritto soggettivo: il sistema delle tutele giuridiche, come risultava disegnato dalla legge del 1865 di abolizione dei Tribunali del contenzioso amministrativo, si mostrava semplice e lineare. Per gli interessi giuridicamente rilevanti, altrimenti denominati interessi giuridici o diritti soggettivi, la tutela era affidata al giudice civile; per gli interessi privi di rilevanza giuridica, denominati interessi economici o semplicemente interessi, la tutela era affidata alla stessa amministrazione, attraverso il sistema dei ricorsi amministrativi, ordinari e straordinario. Duplice sistema di tutela, l'uno di natura giurisdizionale (per i diritti soggettivi), l'altro di natura squisitamente amministrativa (per i semplici interessi). Una sola situazione giuridica soggettiva, il diritto soggettivo, necessario per la tutela giurisdizionale; non essendo necessaria alcuna situazione giuridica soggettiva per giustificare la tutela in via amministrativa”.*

<sup>38</sup> Il legislatore del 1865 aveva un disegno chiaro, ricorda E. CANNADA BARTOLI, *Interesse (ad vocem)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 10, piuttosto che introdurre “una legge organica di giustizia amministrativa” intendeva “abolire i tribunali del contenzioso amministrativo, la cui esistenza contraddiceva – secondo le idee correnti – al principio che i cittadini fossero titolari di diritti soggettivi verso l'autorità amministrativa; il contenzioso amministrativo diversificava tali diritti dagli altri: ... E poiché si credeva in siffatta uguale natura, il giudice doveva essere unico, quello di diritto comune: l'autorità giudiziaria ordinaria”, aggiungendo: “la giustificazione teorica della riforma derivava dai ‘dottrinari’ francesi e dal liberalismo di Constant, dal concetto di legalità come coerenza dell'azione governativa con le leggi vigenti e dotate di effettivo vigore, in antitesi alla legittimità. La quale significava il diritto d'antico possesso del re di Francia e, in genere, dei sovrani restaurati”.

<sup>39</sup> Così v. F. MERUSI, *Sulla giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza) a 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, in G. D. COMPORTI, *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, Id. (a cura di), *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, cit., 234, il quale ricorda opportunamente che la legge, come è noto, è l'unica tra le leggi di unificazione ammini-

Dalla prima unificazione, oltre al chiaro accentramento ed alla scelta di estendere istituti giuridici sabaudi all'Italia unita, emerge un diritto amministrativo come complesso di disposizioni giuridiche volte a dirigere in termini rigidi una pubblica amministrazione sostanzialmente unilaterale e che ha la possibilità esclusiva di applicare, interpretare le leggi e sulle quali pronunciare, anche in sede di riesame, senza che in tali attività possa dispiegarsi interferenza alcuna da parte dei giudici, quale precipitato della distinzione dei poteri di matrice settecentesca.

In sintesi, la normativa del 1865 aboliva i tribunali speciali del contenzioso amministrativo, devolveva alla giurisdizione ordinaria tutte le materie nelle quali si invocasse la tutela di un diritto civile o politico, comunque potesse essere interessata l'amministrazione pubblica, ed anche nel caso in cui si trattasse di provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa; veniva attribuita alle autorità amministrative la cognizione sugli affari non compresi, ossia le questioni non inerenti un diritto civile o politico per una definizione in contraddittorio, nel caso in cui vi fosse controversia su un atto amministrativo, il potere del giudice ordinario veniva circoscritto alla cognizione dello stesso limitatamente agli effetti prodotti nel giudizio, con il rimedio della disapplicazione per gli atti ritenuti in contrasto con la legge, si attribuiva infine all'amministrazione il potere di revoca o annullamento degli atti in relazione all'esigenza di conformarsi al giudicato dei tribunali ordinari<sup>40</sup>.

Crispi, aveva contrastato con veemenza nel 1864 l'abolizione del contenzioso amministrativo, e già nel giugno 1873 aveva presentato alla Camera un disegno di legge che modificava l'art. 3 dell'Allegato E della

strativa nazionale, comprese nell'articolo unico della legge del 1865: "*giunta integra fino a noi*", ma che tuttavia, per abrogarla o per modificarla radicalmente, il legislatore, "*forse per rispetto risorgimentale, non è intervenuto sull'Allegato E della legge del 1865, bensì sulla legge di 'integrazione' del 1889, la quale, come è altrettanto noto, ha aggiunto alla devoluzione al giudice ordinario della tutela dei diritti dei cittadini un processo di cassazione degli atti illegittimi della pubblica amministrazione attribuito alla IV Sezione del Consiglio di Stato e poi esteso, in primo grado, ad una nuova entità organizzativa giudiziale individuata dalla Costituzione repubblicana, i Tribunali Regionali Amministrativi*", del Maestro si veda anche *Dal 1865 ... e ritorno ... al 1864. Una devoluzione al giudice ordinario della giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione a rischio di estinzione*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 671 ss.

<sup>40</sup> Sulla consolidata ricostruzione si veda da ultimo E. SCODITTI, G. MONTEODORO, *Il giudice amministrativo come risorsa*, in *Questione giustizia*, 11 dicembre 2020.

legge 20 marzo 1865, n. 2248 attraverso il quale intendeva reintrodurre il contenzioso amministrativo, ferma restando la devoluzione all'autorità giudiziaria ordinaria della tutela dei "diritti civili e politici"<sup>41</sup>, e successivamente il 28 gennaio 1875<sup>42</sup>, con una proposta di legge che prevedeva l'introduzione di un "ricorso in via contenziosa innanzi al Consiglio di Stato, il quale statuirà, intese le parti in pubblica udienza", mentre, per quanto concerneva la disciplina del procedimento, il progetto rinviava ad un decreto del medesimo Consiglio di Stato<sup>43</sup>. Decaduta la sessione, la proposta veniva ripresentata nel 1875, ma anche questa volta non fu discussa prima della nuova decadenza della sessione.

<sup>41</sup> F. MERUSI, *Consiglio di Stato (Allegato D) e abolizione del contenzioso (Allegato E)*, in *Storia Amministrazione Costituzione, 150° dell'unificazione amministrativa italiana (legge 20 marzo 1865, n. 2248)*, ISAP, Milano, 2015, 225 ss., ed *amplius*, *Crispi e la nascita della IV Sezione del Consiglio di Stato*, in M. SAIJA (a cura di), *Francesco Crispi*, Soveria Mannelli, 2019, 457 e ss. ed alla dottrina ivi citata, e che ricorda l'ordine del giorno presentato dallo statista quando, in esito al dibattito parlamentare non riuscì a bloccare l'abolizione del contenzioso amministrativo e che invitava la Commissione a "presentare alle deliberazioni parlamentari una nuova proposta, nella quale siano restituite al diritto comune le materie giurisdizionali che ne sono state distratte, e per le altre attribuzioni, le quali al presente si esercitano dai tribunali amministrativi, sia ammesso il principio della pubblicità del giudizio, e vengano sanzionate le norme necessarie, affinché i cittadini e la società abbiano tutte le guarentigie contro ogni offesa che loro possa essere recata"

<sup>42</sup> "Modificazioni all'articolo 3 della legge del 20 marzo 1865 sul contenzioso amministrativo allegato E", in [https://archivio.camera.it/documenti/search/result.html?query=&jsonVal=%7B%22jsonVal%22%3A%7B%22query%22%3A%5B%22Contenzioso+amministrativo+Crispi%22%2C%22allDoc%22%5D%2C%22\\_perPage%22%3A20%2C%22archiveName\\_string%22%3A%5B%22are01%22%2C%22%5C%22are01%5C%22%22%5D%7D%7D&activeFilter=archiveType\\_string&activeFilter=persone\\_autocomplete&activeFilter=archiveName\\_string&archiveType\\_string=%22xdams-xFeaDisegni%22](https://archivio.camera.it/documenti/search/result.html?query=&jsonVal=%7B%22jsonVal%22%3A%7B%22query%22%3A%5B%22Contenzioso+amministrativo+Crispi%22%2C%22allDoc%22%5D%2C%22_perPage%22%3A20%2C%22archiveName_string%22%3A%5B%22are01%22%2C%22%5C%22are01%5C%22%22%5D%7D%7D&activeFilter=archiveType_string&activeFilter=persone_autocomplete&activeFilter=archiveName_string&archiveType_string=%22xdams-xFeaDisegni%22)

<sup>43</sup> Fra i primi a propugnare la istituzione di una giustizia amministrativa per gli affari sottratti alla competenza dei tribunali, sulla scorta della teoria elaborata da Rudolf Gneist, è C. Baer, anche lui come Crispi con una solida esperienza delle forme di tutela delle posizioni giuridiche soggettive nel Regno delle due Sicilie, nei pregevoli articoli pubblicati nell'*Antologia* fin dal 1869, in merito si v. E. CORVAGLIA, *Da Napoli a Torino. Costantino Baer fra globalizzazione e nuovo Stato*, Manduria, 2014. Baer, come noto, al fine di garantire l'ossequio delle leggi riguardanti le amministrazioni territoriali sostenne l'opportunità della creazione di un potere giudiziario speciale amministrativo a livello provinciale che individuato nei consigli prefettura formati da consiglieri di nomina governativa, postulando, altresì, che avverso le decisioni di detti organi fosse esperibile il ricorso al Consiglio di Stato.

Lo statista, divenuto leader della sinistra, comprese che per inverare il pragmatico progetto politico del progressivo superamento della dicotomia con la destra e del trasformismo depretisiano occorre che alcune delle iniziative di quest'ultima divenissero programma di governo e, tra queste, vi rientrò quella, a lui cara, dell'introduzione di concrete misure che garantissero "la giustizia nell'amministrazione". In particolare, nell'intervento alla Camera a sostegno del progetto di legge, egli delineò con nitore la prospettiva della riforma, sostenendo l'impossibilità che si "confondano le attribuzioni dell'autorità giudiziaria e la podestà del governo. Vengono momenti in cui è necessario che il governo proceda liberamente nell'esercizio delle sue funzioni; ed è conveniente anche che questo esercizio non soffra impedimenti o sospensioni per atti giudiziari; ma è giustizia che in tali casi, senza sospendere l'azione del governo un magistrato speciale esamini e giudichi se l'amministrazione pubblica si sia o no ben condotta, abbia mancato o no all'obbligo suo. Ed è questo, o signori, lo scopo della legge attuale. E con questa una lacuna oggi si colma".<sup>44</sup>

Nel progetto di un esecutivo per un'azione ministeriale energica, efficiente e coerente<sup>45</sup>, vi è non solo l'ambizioso disegno politico di un protagonista del Risorgimento, che ha inteso pragmaticamente cimentare l'esecutivo nel confronto concreto con il Parlamento su un programma riformatore difendendolo anche mediante la più che discutibile azione di repressione o nella controversa politica coloniale, ma l'approccio teorico dello "Stato di diritto" in funzione della difesa dell'autorità-centralità statale e degli originari "privilegi dell'alta borghesia professionale ed agraria" progressivamente giustapposti alle nuove istanze provenienti dalle masse popolari e dall'imprenditoria industriale, che troverà la propria declinazione teorica nelle tesi orlandiane contemporaneamente delineate nella stessa università di provenienza di entrambi questi protagonisti: quella di Palermo<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> Così F. CRISPI, *Discorsi parlamentari*, III, cit., 21 marzo 1888, 27. Come noto il movimento per la giustizia nell'amministrazione troverà, come meglio si potrà illustrare in prosieguo, il principale teorizzatore politico e giuridico in Silvio Spaventa.

<sup>45</sup> Cfr. G. MARONGIU, *La politica fiscale nell'Italia liberale e democratica (1861-1922)*, Torino, 2019, 65 ss.

<sup>46</sup> Così A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1880-1945)*, cit., 92 ss. In tal senso anche M.A. TUCCI, *Il metodo giuridico di V.E. Or-*

Una teoria giuridica dello Stato amministrativo come declinazione dello Stato liberale di diritto, nel quale l'amministrazione è parte decisiva del sistema di governo<sup>47</sup> e che troverà in Orlando il teorizzatore dell'architettura istituzionale che proprio Crispi aveva pragmaticamente delineato<sup>48</sup>.

In questo senso coglie nel segno la ricostruzione che rinviene nell'elaborazione della dottrina giuridica l'intendimento, sinergico con l'iniziativa politica di Crispi, di soccorrere lo Stato, apprestando un quadro concettuale che eviti la crisi e riconoscendo, tuttavia, minor attenzione alla garanzia dei cittadini<sup>49</sup>.

Crispi, coerentemente con le sue convinzioni e con le battaglie parlamentari intraprese, sulla scorta della deludente esperienza della giurisdizione unica già nei primi anni di applicazione della normativa<sup>50</sup>, e

*lando nella sua formulazione originaria quale strumento per un rinnovamento del diritto amministrativo contemporaneo, in Dir. proc. amm., 2012, 1199, 1209 ss., secondo il quale il "modello di Stato centralizzato ed autoritario costituisce per Orlando una scelta obbligata, che prescinde dalle sue convinzioni politiche, in quanto, nel particolare frangente storico in cui concepisce la sua rivoluzione metodologica, le esigenze di rafforzare l'unità e di evitare il rischio di smembramento appaiono così concrete da relegare in secondo piano ogni altra considerazione".*

<sup>47</sup> In tal senso M. FIORAVANTI, *Le dottrine dello Stato e della costituzione*, in R. ROMANELLI (a cura di), *Storia dello Stato italiano dall'Unità a oggi*, cit., 427 ss. e M. GREGORIO, *Le dottrine costituzionali del partito politico: l'Italia liberale*, Firenze, 2012, 26 ss.

<sup>48</sup> In questo senso D. ADORNI, *Autorità dello Stato, libertà, autonomie: il progetto riformatore di Crispi*, in A. G. RICCI, L. MONTEVECCHI, Francesco Crispi. Costruire lo Stato per dare forma alla Nazione, Roma 2009, 231, la quale osserva che per Crispi lo Stato rappresenta il concretamento del patto tra re e popolo, sancito dallo Statuto e alla cui sovranità, che domina ed assorbe sia la sovranità del re sia la sovranità del popolo, si piegano, attraverso il giuramento, il principio monarchico ed il principio democratico, "una concezione statocentrica che certamente traduce il predominante orientamento della cultura politica italiana verso l'esperienza tedesca e che avrà sul terreno più schiettamente giuridico, nell'orlandiana teoria dello 'Stato di diritto' (persona giuridica distinta da governo e da società) la più matura formalizzazione. Uno statocentrismo che trova piena legittimazione nella stragrande maggioranza della classe politica".

<sup>49</sup> Si vedano in questo senso le riflessioni di U. ALLEGRETTI, *Storia costituzionale italiana. Popolo e istituzioni*, Bologna, 2014, 46 e di L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Bologna 2001, 335.

<sup>50</sup> Come ricordava U. BORSI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1930, 158, i giudici ordinari si mostrarono: "persino poco proclivi a spingere il loro sindacato fin dove legalmente potevano, con vantaggio per i buoni rapporti fra Potere giudiziario e Potere

nonostante il ricordato testo del disegno di legge per ripristinare il contenzioso amministrativo del 1873 non fosse stato neanche discusso dalle Camere, continuò la sua battaglia politica per il superamento della scelta monistica<sup>51</sup>.

Altri progetti di legge in tal senso furono presentati da Nicotera e Depretis nel 1877 e, più volte da quest'ultimo divenuto Presidente del Consiglio dei Ministri (1880, 1884 e 1886), ma senza esito favorevole<sup>52</sup>.

Dopo ormai oltre un ventennio dalla scelta abolitiva del contenzioso amministrativo e proprio al fine di completare la riforma imposta dalla Destra storica, viene approvato il testo che diverrà la l. 31 marzo 1877, n. 3761 con la quale si sottrasse la decisione sui conflitti di attribuzione al Consiglio di Stato<sup>53</sup> conferendoli alle sezioni unite della Corte di Cassazione<sup>54</sup>, poco prima istituite in Roma, seppur in forma provvisoria

esecutivo, ma con danno per l'efficace tutela dei diritti individuali". Il giudice ordinario, infatti, fortemente condizionato dal potere esecutivo e intriso di una concezione autoritaria dei rapporti tra Stato e cittadino ebbe infatti a dimostrare "una notevole timidità nell'esercizio delle attribuzioni che pareva limitassero la libertà del potere esecutivo" così P. GOTTI, *La l. 20 marzo 1865 n. 2248, allegato E, nella giurisprudenza del giudice ordinario*, in *Archivio ISAP, Le riforme crispine, II, La giustizia amministrativa*, cit., 43 ss.

<sup>51</sup> A questo riguardo sembra opportuno ricordare che le prime iniziative di riforma propugnate dal Crispi nel 1873 e nel 1875 ripropongono sostanzialmente gli emendamenti dallo stesso già presentati nella tornata del giugno del 1864 nel corso della discussione parlamentare sul disegno di legge abolitiva del contenzioso amministrativo.

<sup>52</sup> Cfr. S. RAIMONDI, *La giurisdizione amministrativa*, in U. FANTIGROSSI (a cura di), *Dizionario di giustizia amministrativa*, Milano, 2019, 26.

<sup>53</sup> "La pubblica Amministrazione, oltre la facoltà ordinaria di opporre, in qualunque stato di causa, la incompetenza dell'autorità giudiziaria, quando sia parte nel giudizio od abbia diritto d'intervenirvi, può anche in tutti i casi usare del mezzo straordinario di promuovere direttamente sopra tale incompetenza la decisione della Corte di cassazione" (art.1).

Sul Consiglio di Stato giudice dei conflitti v. M. GIGANTE, *I conflitti di attribuzione nella giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Archivio ISAP, Le riforme crispine*, vol. II, *La giustizia amministrativa*, cit., 165 ss.

<sup>54</sup> Sui profili richiamati si vedano ancora S. RAIMONDI, *op. ult. cit.*, 27 e F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2017, 4 ss. Come ricordato dal Procuratore generale del Re nel discorso pronunciato all'Assemblea generale della Corte di cassazione di Roma, il 3 gennaio. 1887: "quando il regolamento de' conflitti spettava al Consiglio di Stato, la dichiarazione d'inesistenza del dritto civile o politico, implicata nell'altra d'incompetenza giudiziaria, era data non dal giudice naturale de' diritti, ma da una autorità amministrativa, ordinata ad altri scopi, e senza nem meno le garanzie di una pro-

(“Sino a che sia riordinata la suprema magistratura del Regno, il Governo del Re è autorizzato ad istituire due sezioni temporanee di Corte di cassazione in Roma, l’una per gli affari civili e l’altra per gli affari penali”), in forza della legge 12 dicembre 1875, n. 2837<sup>55</sup>.

3. Nella già richiamata commemorazione di Crispi al Teatro S. Carlo di Napoli, V. E. Orlando ricordava, tra le sue innovazioni amministrative più rilevanti proprio l’istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato nel 1889: la l. n. 5992, che poi venne coordinata con la legge del 1865 sul Consiglio di Stato trasfusa “con una sollecitudine più di allora che di ora”<sup>56</sup>, nel Testo Unico della legge sul Consiglio di Stato, approvato con r.d. 2 giugno 1889, n. 6166.

cedura contenziosa qualsiasi. Era allora purtroppo giusta l’arguta obiezione, che riassume quei pronunciati nella formula: hai torto, dunque ti nego il giudice”, in [https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/1887\\_Auriti\\_BCG.pdf](https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/1887_Auriti_BCG.pdf).

<sup>55</sup> Questa disposizione completava il quadro delle Corti di cassazione già presenti, in virtù della legislazione preunitaria, a Firenze, Napoli, Palermo e Torino. Come noto, il processo di unificazione delle Corti di cassazione fu molto complesso, ciò anche a causa di inevitabili contropinte territoriali. La fase transitoria durò a lungo, caratterizzata da un progressivo incremento delle competenze della Cassazione romana, con la legge 6 dicembre 1888, n. 5825 alla Corte suprema unica in materia penale ed alla competenza esclusiva della Cassazione romana per tutti i ricorsi da giudicarsi a Sezioni unite. Ma dovrà giungersi sino all’avvento del fascismo per definire tale percorso: è infatti con il regio decreto 24 marzo 1923, n. 601, che viene sancita la definitiva unificazione anche della Corte di Cassazione civile e l’abolizione delle Cassazioni regionali su tali temi v. Per tutti P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile, I, Storia e legislazioni*, Torino, 1920, 408 ss.

Anche se in merito l’art. 23 dello Statuto siciliano del 1946 si orienta nuovamente in senso opposto, ma probabilmente anche per tale motivo, è rimasto sinora inapplicato.

La normativa di fine ’800, giova ricordarlo per dare il segno dell’incedere nel nostro ordinamento, è stata abrogata soltanto con il d.l. 22 dicembre 2008, n. 200, conv. con mod., dalla l. 18 febbraio 2009, n. 9 (art. 2, comma primo).

<sup>56</sup> Così A. ROMANO, *La giurisdizione amministrativa esclusiva dal 1865 al 1948*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 418, il quale (422 ss.) sottolinea altresì come la storia del Consiglio di Stato quale giudice trova inizio ben prima della istituzione della Quarta Sezione, e, conseguentemente, della stessa origine della sua giurisdizione di mera legittimità. Come ricorda il Maestro, infatti, già sulla scorta dell’art. 10 dell’Allegato D del 1865 – che costituisce in tal guisa il fondamento della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo – il Consiglio di Stato: “esercitava in quattro casi quel che il legislatore di allo-

È lo stesso Orlando a riconoscere i protagonisti della lunga genesi di questa riforma cruciale: “Apporta veramente una ragione di grande compiacimento e conforto il rilevare come l'organo supremo di giustizia amministrativa conservi lo spirito dell'istituzione originaria, in cui si congiungono i due grandi nomi di Silvio Spaventa e di Francesco Crispi”<sup>57</sup>.

Quello del fondatore della Scuola italiana di diritto pubblico<sup>58</sup> è un giudizio ponderato da più di cinquant'anni di attività giurisdizionale della IV sezione (alla quale si aggiunse con la l. 7 marzo 1907, n. 638, la V sezione) e descrive il ruolo assunto dal Consiglio di Stato e della sua giurisprudenza<sup>59</sup>. Egli ricorda, altresì, le principali figure ispiratrici: diverse per orientamento politico (il primo, Silvio Spaventa<sup>60</sup>, appartenen-

ra (ma non quello del 1889), definiva «giurisdizione propria»; ossia: 1) sui conflitti tra autorità amministrativa e giudiziaria (in convergenza con l'art. 13 dell'Allegato E); 2) sulle controversie tra lo Stato e i suoi creditori; 3) sui sequestri di temporalità e su altri istituti dei rapporti tra potestà civili e - ecclesiastiche; 4) sulle ulteriori materie indicate da altre leggi. Si noti, che questa funzione giurisdizionale non veniva attribuita specificamente ad una delle tre sezioni all'epoca esistenti e sopra elencate (che oggi la legge dice consultive, con una qualificazione allora superflua, e, comunque, mancante): si deve ritenere, quindi, che venisse esercitata da quella tra di esse che di volta in volta fosse risultata competente per materia a li-vello amministrativo. Nulla la legge diceva sulla situazione soggettiva tutelata; solo, precisava che, in tali casi, «Il Consiglio di Stato esercita giurisdizione propria pronunciando definitivamente con decreti motivati». «Propria» e «definitivamente»: con una aggettivazione di tale giurisdizione e con questo avverbio che, oggi, siamo portati a ritenere che significassero l'esclusione della conclusione del procedimento mediante ulteriori decreti reali o ministeriali”.

<sup>57</sup> V.E. ORLANDO, *Definizioni teoriche in tema di inamovibilità* (nota a Cons Stato IV, 24.9.1941), in *Foro it.*, 1941, III, 97.

<sup>58</sup> Sulla Scuola siciliana di diritto pubblico, nella vasta dottrina, v. M. FOTIA, *Il liberalismo incompiuto: Gaetano Mosca, Vittorio Emanuele Orlando, Santi Romano tra pensiero europeo e cultura meridionale*, Milano, 2001; A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1880-1945)*, cit., e, sia consentito altresì rinviare al mio contributo *Santi Romano protagonista della Scuola palermitana di diritto pubblico*, in <http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/app/uploads/2018/04/Armao.pdf>.

<sup>59</sup> In merito il rinvio è d'obbligo al completo studio di A. CORPACI, *La giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in AA.VV., *Le riforme crispine. Giustizia amministrativa*, II, cit., 77 ss.

<sup>60</sup> Alterne le esperienze dello statista di Bomba: politiche (deputato nella prima legislatura del Regno, poi Ministro dei lavori pubblici dal luglio 1873, nel Governo Minghetti, nuovamente deputato dopo l'avvento dei governi della sinistra storica, ed infine anche senatore) e giurisdizionali (Consigliere di Stato nominato nel novembre 1868 nel-

te alla destra storica, il secondo alla sinistra), ma unite dall'idea, corroborata dalla condivisa esperienza giuridica (il primo di magistrato ed il secondo di avvocato), che occorresse chiudere la parentesi del sistema a giurisdizione unica ed a sindacato affidato al giudice ordinario, frutto dell'improvvida scelta operata dal parlamento a Torino nel 1865 ed aversata recisamente da Crispi, e ripristinare la "giustizia nell'amministrazione" propugnata a Bergamo da Spaventa<sup>61</sup>, innestandola in un organo avente funzioni consultive.

Come si è ricordato i molti disegni di legge presentati da parlamentari ed esponenti del Governo non avevano avuto esiti risolutivi sino alla nuova presentazione da parte sempre di Crispi, ministro dell'interno, il 22 novembre 1887 di un disegno di legge, dal titolo emblematico: "Modificazioni della legge sul Consiglio di Stato" che divenne la citata legge del 31 marzo 1889 n. 5992<sup>62</sup>.

L'istituzione della IV sez. del Consiglio di Stato, con l'introduzione della tutela giurisdizionale del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione anche per gli interessi legittimi, da "un giudice alle materie che, finora, per l'art. 3 della legge 20 marzo 1865 erano affidate alla

la Sezione dell'Interno, rientrò a Palazzo Spada nel 1876, rassegnando tuttavia le dimissioni per contestare il trasferimento alla Sezione Finanze, rientrando nuovamente nell'Organo supremo nel 1878 e poi come Presidente della IV sezione).

Sul quale si veda, in generale, F. G. SCOCA, *Silvio Spaventa. Patriota ardente, politico rigoroso, fine giurista*, Napoli, 2021; con riguardo alla figura di Spaventa magistrato v. G. MELIS, *Spaventa Silvio*, in AA.VV., *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia. Le biografie dei magistrati (1861-1948)*, I, Milano 2006, 264 e ss. In precedenza, G.M. CHIODI, *La giustizia amministrativa nel pensiero politico di Silvio Spaventa*, Bari, 1969, che vedeva nella legge del 1889 l'esito di un programma della classe dirigente tendente ad eludere la pressione sociale.

<sup>61</sup> Il riferimento è al celeberrimo discorso pronunciato da Silvio Spaventa all'Associazione costituzionale di Bergamo il 6 maggio 1880, adesso in S. SPAVENTA, *Giustizia nell'amministrazione ed altri scritti*, a cura dell'Istituto Studi Filosofici, Napoli, 2006, 17 ss.

<sup>62</sup> Sui progetti di legge e sui lavori preparatori che condussero alla l. n. 5992/1889 si veda per tutti A. DI GIOVANNI, *L'iter parlamentare della legge istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato*, in *Le riforme crispine*, cit., 265 ss., il quale sottolinea come il veloce dibattito, nel quale non ebbe sostanzialmente voce l'opposizione, fu dominato dai giuristi (Salandra, Costa, Cuccia, Indelli, Dobelli), e tra questi con un ruolo primario dal Crispi che condusse personalmente all'approvazione il d.d.l., e si svolse sempre in termini di elevati profili tecnico giuridici.

decisione del Governo e dei funzionari pubblici”<sup>63</sup>, consacra così il dualismo giurisdizionale<sup>64</sup>, e senza dubbio “rappresentò una grande conquista dello Stato di diritto”<sup>65</sup>, attraverso la quale la frontiera tra diritto soggettivo ed interesse legittimo<sup>66</sup> venne elevata a criterio di riparto giurisdizionale tra giudice ordinario e giudice amministrativo<sup>67</sup>.

<sup>63</sup> Testualmente F. CRISPI, nel discorso alla Camera del 6 febbraio 1889, citato da L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Bologna 2001, 337.

<sup>64</sup> Come opportunamente ricordato da M. MAZZAMUTO, *op. ult. cit.*, l’istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato nel 1889 esprime appieno la valenza liberale della riforma crispina nel riportare le sorti dell’ordinamento italiano sulla via maestra del contenzioso amministrativo, sebbene sia stato necessario un compromesso con la formale sopravvivenza della legge abolitiva del contenzioso del 1865, “che si fondava invece sull’opposto principio del monismo giurisdizionale, secondo la tradizione dei liberali francesi”. Più in generale, sulla “fantasmagorica storia” della legge del 1865, si veda ancora M. MAZZAMUTO, *Il tramonto dottrinario del mito della giurisdizione unica alla luce dell’esperienza tra Orlando e Mortara*, in <https://www.giustizia-amministrativa.it/-/mazzamuto-il-tramonto-dottrinario-del-mito-della-giurisdizione-unica-alla-luce-dell-esperienza-tra-orlando-e-mortara>, 16.

<sup>65</sup> Così S. RAIMONDI, *La giurisdizione amministrativa*, cit., 25 ss. (spec. 51-52) a quelli che vengono definiti gli “attacchi alla giurisdizione amministrativa”, da parte di ex Presidenti del Consiglio e giornalisti, opportunamente definiti “privi di giustificazione”, dello stesso si veda, *Giustizia amministrativa e sviluppo economico, Relazione alla rotonda sul tema tenuta al Convegno dell’Unione Nazionale Avvocati Amministrativisti, “Giustizia Amministrativa ed economia: il difficile rapporto tra governo del mercato, garanzia ed efficienza”*, Genova 2 luglio 2016 e consultabile in <http://www.studioraimondi.it/s-raimondi-giustizia-amministrativa-sviluppo-economico/>, nel quale si stigmatizza opportunamente la temperie culturale nella quale alligna la tendenza alla “degradazione degli interessi legittimi a diritti soggettivi”, effetto dei tentativi perpetrati, o anche semplicemente prospettati, di contenimento del ruolo del giudice amministrativo o con il trasferimento di materie al giudice ordinario.

Si veda altresì, nel senso criticato, la proposta di legge costituzionale n. 4162 presentata alla Camera dei Deputati il 5 dicembre 2016, rubricata “Abrogazione degli articoli 103, primo comma, e 125 e modifiche agli articoli 100, 111 e 113 della Costituzione. Soppressione della magistratura amministrativa”, in [http://documenti.camera.it/\\_dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0058920.pdf](http://documenti.camera.it/_dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0058920.pdf), sul quale G. GARGANO, A margine di un recente disegno di legge costituzionale di iniziativa parlamentare in tema di uni(cità) della giurisdizione, in *www.giustamm.it*, 3, 2017.

<sup>66</sup> In merito, per una completa ricostruzione delle complesse questioni che pone tale riparto si veda per tutti F.G. COCA, *L’interesse legittimo. Storia e teoria*, cit. e M.C. CAVALLARO, *Riflessioni sulle giurisdizioni. Il riparto di giurisdizione e la tutela delle situazioni soggettive dopo il Codice del processo amministrativo*, Padova, 2018, 23 ss.

<sup>67</sup> Una considerazione a parte tra le riforme crispine meritano quelle in materia di

Sebbene tale impostazione abbia dato luogo a molte incertezze interpretative sulle quali sono fioriti contrasti giurisdizionali epifenomeno di quella “drammatizzazione” degli equilibri del sistema di tutela che ha connotato il sistema amministrativo con due giurisdizioni generali<sup>68</sup>.

Nei molteplici interventi parlamentari di Crispi, pur di fronte all’urgente necessità di una forma che introducesse la giustizia nell’amministrazione, era costantemente ribadita la preoccupazione di non indebolire, ed anzi di rafforzare, l’autorità dello Stato. Da qui la scelta di attribuire la cognizione del contenzioso amministrativo al Consiglio di Stato, organo consultivo del potere esecutivo<sup>69</sup>.

La IV Sezione, originariamente considerata come appartenente all’amministrazione, di lì a breve (1891), in linea con la prevalente dottrina<sup>70</sup>, sarà qualificata come organo giurisdizionale dalle Sezioni unite

giustizia le quali, per taluni versi incidono sull’amministrazione, a partire dall’ordine giudiziario e per questo vengono qui richiamate pur sinteticamente, e così, oltre a quella epocale del codice penale, vanno certamente annoverate per il loro rilievo le due leggi quella del 30 marzo 1890, n. 6702, concernente la “Modificazione della circoscrizione giudiziaria e miglioramento degli stipendi della magistratura” e la legge 8 giugno 1890 n. 6878, recante: “Disposizioni circa l’ammissione e le promozioni nella magistratura”, introdotte che incisero profondamente sull’ordinamento giudiziario.

Il protagonista di entrambe le riforme fu Giuseppe Zanardelli che, già ministro guardasigilli nel Governo Depretis, rivestì il medesimo incarico nei due primi ministeri Crispi (aprile 1887-febbraio 1891). Il giurista bresciano, se interpretò nel settore della giustizia l’anima riformatrice del programma di Crispi, ebbe con lo statista siciliano un rapporto dialettico che raggiunse lo scontro politico sulla politica coloniale e le scelte ritenute autoritarie di repressione dei moti in Lunigiana ed in Sicilia. Sullo statista bresciano per tutti G. L. FRUCI, *Giuseppe Zanardelli*, in *Diz. Bio. Italiani Treccani*, vol.100 (2020), [https://www.treccani.it/enciclopedia/giuseppe-zanardelli\\_\(Dizionario-Biografico\)/](https://www.treccani.it/enciclopedia/giuseppe-zanardelli_(Dizionario-Biografico)/).

<sup>68</sup> Così L. Mannori, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., 339.

<sup>69</sup> Così ancora S. RAIMONDI, *La giurisdizione amministrativa*, cit., 28 che richiama l’intervento di Crispi al Senato, il quale ricordava che il Consiglio di Stato fosse un collaboratore del governo, e pertanto “non si potrebbe spogliare il potere esecutivo di facoltà che concorrono a rinsaldare il vincolo ed a mantenere l’armonia tra esso ed il corpo consulente”.

<sup>70</sup> Su tale dibattito e, più in generale, sulla prima evoluzione della giurisprudenza della Sezione E. FOLLIERI, *La legge 31 marzo 1889, n. 5992 nella giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in AA.VV., *Le riforme crispine, II, Giustizia amministrativa*, cit., 441 ss., ma già G. VACCHELLI, *La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini verso l’autorità amministrativa*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativa*, a cura di V.E. OR-

della Cassazione romana (istituita giusta la legge 12 dicembre 1875 n. 2832) in applicazione della legge del 1877 sui conflitti<sup>71</sup> che ne riconobbe la “competenza”<sup>72</sup> (sarà poi il citato R.d. n. 638 del 1907<sup>73</sup>, a conferire il formale riconoscimento normativo alla funzione giurisdizionale del Consiglio di Stato)<sup>74</sup>.

Invero, l'istituzione della IV Sezione avrebbe dovuto indurre, nell'adozione del modello francese, ad una generale riconsiderazione sulla cognizione dei conflitti di giurisdizione<sup>75</sup>, ma la scelta dicotomica venne percepita già come forzata dai sostenitori della giurisdizione unica. L'occasione perduta dell'istituzione di un tribunale dei conflitti quale corollario della riforma processuale, organo a composizione mista, è giunta tuttavia sino ai nostri giorni<sup>76</sup>.

LANDO, vol. III, Milano, 1901, 22 ss.

<sup>71</sup> Cfr. in merito A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2018, XII, 27 ss. Secondo R. VACCARELLA, I confini della giurisdizione (tra giudice ordinario e giudice amministrativo), in [www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/272/Vaccarella.pdf](http://www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/272/Vaccarella.pdf), la legge del 1877, n. 3761, è figlia dell'idea, da un lato, della necessità di uno strumento ad hoc per risolvere le questioni di competenza tra giudice ordinario e pubblica amministrazione e, dall'altro, dell'opportunità che la soluzione di tali questioni – fermo che non era sufficiente disporre che il Tribunale ordinario si astenesse dal trattare gli «affari» di cui all'art. 3, ma era indispensabile che, all'occorrenza, fosse possibile sottrargliele – fosse affidata ad un vero giudice; anzi, al “massimo” giudice, in luogo che, com'era “scandalosamente” accaduto fino al allora, alla pubblica amministrazione.

<sup>72</sup> La natura giurisdizionale della IV Sez. del Consiglio di Stato sarà poi formalmente riconosciuta dalla l. 7 marzo 1907, n. 62 che istituisce altresì la V Sezione. Per una completa ricostruzione dell'evoluzione del giudice amministrativo dal 1889 si v. da ultimo F.G. SCOCA, *La giustizia nell'amministrazione*, in Id. (a cura di), *Giustizia amministrativa*, cit., 9 ss. al quale si rinvia per i riferimenti in dottrina.

<sup>73</sup> Con il quale vengono riunite in testo unico le disposizioni della legge sulla riforma degli “Istituti per la giustizia amministrativa”.

<sup>74</sup> Giusta l'art. 22 del citato decreto è infatti attribuita alla cognizione della IV sezione del Consiglio di Stato sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazioni di legge “contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante, che abbiano per oggetto un interesse d'individui o di enti morali giuridici; quando i ricorsi medesimi non siano di competenza dell'autorità giudiziaria, né si tratti di materia spettante alla giurisdizione od alle attribuzioni contenziose di corpi o collegi speciali”.

<sup>75</sup> L. MORTARA, *Per la istituzione di un tribunale supremo dei conflitti di giurisdizione*, in *Monitore dei tribunali*, 1899, 245-246.

<sup>76</sup> La questione, nell'ordinamento costituzionale, deve essere considerata nella mu-

Quella di Crispi per la giustizia nell'amministrazione, ormai giunto a Palazzo Braschi, non è affatto una battaglia solitaria ed il suo principale alleato, come ricordato, fu un esponente della destra storica<sup>77</sup>: Silvio Spaventa che egli volle, con il ministro della giustizia Zanardelli, dapprima senatore e poi Presidente della IV Sezione<sup>78</sup>.

La destra storica, infatti, pur se artefice della scelta verso il monismo giurisdizionale del 1865, una volta all'apposizione, ribaltò velocemente la propria posizione politica individuando nel contrasto alle patologie del "governo di partito" una priorità proprio per contrastare la dilagante diffusione della pratica clientelare, con evidente pregiudizio per l'imparzialità e l'indipendenza dall'amministrazione.

Spaventa, giurista non accademico, che va annoverato tra i principali innovatori del diritto pubblico dell'Italia liberale<sup>79</sup>, partendo proprio dalla consapevolezza di come la libertà dovesse "cercarsi non tanto nella costituzione e nelle leggi politiche, quanto nell'amministrazione e nelle leggi amministrative"<sup>80</sup>, sottolineò l'improrogabile necessità di ridisegnare i confini tra politica ed amministrazione ed istituire una "vera giurisdizione del nostro diritto pubblico"<sup>81</sup>.

Lo statista abruzzese, nonostante i controversi progressi al Consiglio di Stato, sarà un presidente della IV Sezione che avrà una visione chiara

tata prospettiva che scaturisce dalle previsioni degli artt. 102, 103, 111, ottavo comma, Cost. Sul punto nella scorsa legislatura è stata presentata alla Camera dei deputati la proposta di legge n. 649, a firma degli on. G. Bartolozzi ed altri, per la "istituzione di un Tribunale superiore dei conflitti presso la Corte suprema di cassazione", che ha registrato divergenti prese di posizione tra le quali si vedano, tuttavia da ultimo, le considerazioni critiche di A. TRAVI, *Considerazioni sulla proposta di legge per l'istituzione del Tribunale dei conflitti*, in [http://www.questionegiustizia.it/articolo/considerazioni-sulla-proposta-di-legge-per-l-istituzione-del-tribunale-dei-conflitti\\_11-06-2019.php](http://www.questionegiustizia.it/articolo/considerazioni-sulla-proposta-di-legge-per-l-istituzione-del-tribunale-dei-conflitti_11-06-2019.php).

<sup>77</sup> Come ricorda S. RAIMONDI, *op. ult. cit.*, 28.

<sup>78</sup> Sul quale v. per tutti F.G. COCA, *Silvio Spaventa. Patriota ardente, politico rigoroso, fine giurista*, Napoli, 2021.

<sup>79</sup> Così B. SORDI, *Silvio Spaventa*, in [http://www.treccani.it/enciclopedia/silvio-spaventa\\_%28Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto%29/](http://www.treccani.it/enciclopedia/silvio-spaventa_%28Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto%29/).

<sup>80</sup> Così ancora S. SPAVENTA, *Giustizia nell'amministrazione*, cit., 78.

<sup>81</sup> Così ancora Silvio Spaventa, cit., 98 che effettuata un'appassionata disamina degli abusi dell'amministrazione correlati alla "ingerenza indebita dei deputati", resi possibili dalla mancanza di tutela, auspica la "necessità di avere veri giudici e veri giudizi di diritto pubblico in tutte le sfere della nostra amministrazione; unico rimedio ai pericoli che corre il sistema parlamentare".

del ruolo strategico del giudice amministrativo<sup>82</sup> nel plasmare il diritto amministrativo e le determinazioni delle istituzioni pubbliche<sup>83</sup>, ma la morte precoce ne interromperà il cammino.

Al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale fu attribuita la competenza di carattere generale a “decidere sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge, contro atti e provvedimenti

<sup>82</sup> E tale visione appare chiara sin dal discorso per l'insediamento della Sezione che, pur preparato, non fu mai pronunciato poiché l'inaugurazione si tenne il 13 marzo 1890 in forma non solenne, probabilmente per garantire all'irrompere della giustizia nell'amministrazione, dopo tante polemiche politiche e dottrinarie, un ingresso discreto – una forma che oggi definiremmo di understatement – “e, qui, appariva necessariamente un nuovo aspetto del problema della giustizia amministrativa. Gli atti o provvedimenti, che l'amministrazione dello Stato compie in questa sfera, che ho detto di libera azione ed estimazione, nei suoi rapporti coi privati, devono intendersi nel senso, che, esclusi interamente da ogni riesame o cognizione dei tribunali ordinari, vogliono essere lasciati tutti all' arbitrio delle stesse autorità amministrative? Ovvero, almeno per una parte di essi, nei quali è più facile e temibile e nocivo l'arbitrio, si può trovare nell'organismo dell'amministrazione stessa un controllo efficace, in modo da offrire qualche guarentigia di giustizia e d'imparzialità, desiderabile sempre in ogni sfera dell'amministrazione d'un paese civile? Queste guarentigie di giustizia e d'imparzialità sono diventate oggi un bisogno tanto più imperioso, in quanto, essendosi il governo costituzionale, secondo la legge della propria natura, trasformato in governo di partito, l'amministrazione dello Stato vuol essere tutelata al possibile dagli influssi dello spirito di parte, che ne corrodono le forze e ne alterano il fine più essenziale e benefico: quello di essere non più un'amministrazione di classe, ma eminentemente sociale e rivolta al bene comune..... Di qui la necessità di un istituto nuovo, come di una nuova forma di organizzazione, di questo antico diritto d'ispezione dell'amministrazione pubblica su di se stessa, più consona alla coscienza progredita del diritto dei tempi nostri, ed al maggior bisogno di giustizia nelle pubbliche amministrazioni in proporzione della maggiore estensione degli interessi, a cui queste oggi hanno a provvedere; di un istituto, il quale consiste nello stesso antico ricorso degli interessati, ma con tali garanzie di discussione pubblica e di difesa, quali possono aversi nei tribunali di diritto privato; cioè a dire, con quelle garanzie per una risoluzione giusta ed imparziale di una controversia d'interessi umani, che sono il carattere essenziale di una giurisdizione”, S. SPAVENTA, Discorso per l'inaugurazione della IV sezione del Consiglio di Stato, in [https://www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/40468/intra\\_033978.pdf/312f57cc-2342-0137-4640-c5d0a1ce3588/intra\\_033978.pdf](https://www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/40468/intra_033978.pdf/312f57cc-2342-0137-4640-c5d0a1ce3588/intra_033978.pdf), sul quale R. RICCI (a cura di), *Discorso inedito di Silvio Spaventa per l'inaugurazione della IV sezione*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, I, 289 ss.

<sup>83</sup> Il rinvio più acconcio è alla puntuale ricostruzione di M. NIGRO, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, 715 ss., adesso in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1996, 871 ss.; e, più recentemente, G. MELIS, *Spaventa Silvio*, in *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia. Le biografie dei magistrati (1861-1948)* cit., 264 ss.

di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante, che abbiano per oggetto un interesse di individui o di enti morali giuridici, quando i ricorsi medesimi non siano di competenza dell'autorità giudiziaria, né si tratti di materia spettante alla giurisdizione od alle attribuzioni contenziose di corpi o collegi speciali" (art. 3, 1. n. 5992 del 1889)<sup>84</sup>.

Si supera, in tal guisa, la concezione della giurisdizione unica del 1865 (giudizio sopra qualunque controversia di diritto civile e politico)<sup>85</sup>, fondata sulla la distinzione "tra diritto e semplice interesse protetto dalla legge (azione giudiziaria) e interesse non protetto (privo di azione), lasciato alla libera disposizione dell'autorità dell'amministrazione"<sup>86</sup>, sebbene nella Relazione di accompagnamento della riforma in esame, elaborata dall'Ufficio centrale del Senato, si legga che "il nuovo istituto non è un tribunale giudiziario speciale o eccezionale, ma rimane nella sfera del potere esecutivo, da cui prende la materia e le persone che lo devono mettere in atto. È lo stesso potere esecutivo ordinato in modo da tutelare maggiormente gli interessi dei cittadini"<sup>87</sup>.

<sup>84</sup> Mentre l'art. 4, n. 4, della legge n. 5992/1889 introduceva il ricorso per ottemperanza, al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'amministrazione di dare esecuzione al giudicato dei tribunali ordinari. Il Consiglio di Stato poteva sostituirsi all'amministrazione inadempiente ed emanare al suo posto, o direttamente o per il tramite di un proprio ausiliario ("commissario ad acta"), gli atti e i provvedimenti amministrativi necessari a dare attuazione alla sentenza del giudice ordinario: si trattava di un giudizio di merito.

<sup>85</sup> Per più approfondite considerazioni si veda ancora. F.G. SCOCA, (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2023, 4 ss.

<sup>86</sup> In tal senso ancora S. SPAVENTA, *op. ult. cit.*, 9.

<sup>87</sup> Sul quale, nell'ampia dottrina, per i profili prettamente storici v. O. ABBAMONTE, *L'eccesso di potere. Origine giurisdizionale del concetto di eccesso di potere nell'ordinamento italiano*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 68 ss. e più recentemente F. SAITTA, *Il vizio dell'eccesso di potere: una prospettiva storica*, in *Nuove Aut.* n. 3/2021, 583 ss. ai quali si rinvia per più puntuali riferimenti. In generale, sul tema, centrale nella giustizia amministrativa, la dottrina è sterminata, si vedano, oltre agli autori citati, S. TORRICELLI (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità*, Torino, 2018.

Per una puntuale disamina dei testi dei disegni di legge e dei contributi della commissione parlamentare che lavorò al testo, anche con riferimento alla natura amministrativa anziché giurisdizionale del Consiglio di Stato alla quale ricondurre le funzioni attribuite alla IV Sezione v. U. ALLEGRETTI, *Introduzione*, in AA.VV., *Le riforme crispine. Giustizia amministrativa*, II, cit., 10-18, che ne sottolinea i profili compromissori.

La legge 31 marzo 1889, n. 5992, proprio perché frutto di una svolta per certi versi compromissoria che la sovrapponeva a quella del 1865, necessitò di alcuni interventi chiarificatori della giurisprudenza che meglio precisassero il criterio di riparto tra la giurisdizione ordinaria e quella attribuita al Consiglio di Stato dalla novella<sup>88</sup>. Le Sezioni unite della Corte di cassazione intervennero con alcune pronunce che assunsero un valore emblematico (quella del 24 giugno 1891 n. 460, nel caso Laurens<sup>89</sup> e quella del 24 giugno 1897, sul caso Trezza<sup>90</sup>, alle quali altre seguirono in breve tempo) nell'individuare i criteri di riparto nella causa *petendi* e nel *petitum* per la distinzione tra controversie riguardanti posizioni giuridiche soggettive di diritto e di interesse legittimo<sup>91</sup>.

Come ricorda F. Merusi, il d.d.l., nella versione originaria, conteneva due disposizioni volte a censurare la violazione dell'illegittimità sostanziale nell'esercizio del potere amministrativo. Una riferita all'abuso di potere, l'altra all'ingiustizia manifesta con l'obiettivo di consentire il sindacato sulla legalità sostanziale dell'azione amministrativa. Ma entrambi vennero stralciati su proposta del sen. Costa, all'epoca Avvocato generale dello Stato, e ciò al fine scongiurare il pericolo che, attraverso l'asserita violazione della legalità sostanziale nell'esercizio del potere da parte della P.A. "il Consiglio di Stato potesse entrare nel merito delle decisioni amministrative, diventando così un amministratore di secondo grado, non un giudice ma un revisore. Il giudice amministrativo non doveva andare oltre l'eccesso di potere... Inteso come andava inteso nel comma successivo a quello di cui si parlava nello stesso articolo di eccesso di potere come vizio dell'atto, cioè come straripamento di potere, dal potere esecutivo ad uno degli altri due poteri dello Stato", così Id., F. MERUSI, *Incontri pericolosi... Crispi e la nascita della IV Sezione del Consiglio di Stato*, in M. SAIJA (a cura di), *Francesco Crispi*, cit., 457, ma anche in V. FANTI (a cura di), *Diritto e processo amministrativo. Giornate di studio in onore di Enrico Follieri*, Napoli 2019, II, 1087 ss.

<sup>88</sup> Si vedano per tutti le belle pagine di V. CERULLI IRELLI, *Le questioni di giurisdizione nella giurisprudenza della cassazione di Roma*, in AA.VV., *Le riforme crispine. Giustizia amministrativa*, II, cit., 497 ss.

<sup>89</sup> Cass., SS.UU., 24 giugno 1891, in *Foro it.*, 1891, I, 961 nonché in *Giur. it.*, 1891, I, III, 181 che statui della giurisdizione del giudice ordinario sull'impugnazione di atto governativo che precludeva ad un agente di emigrazione, pur provvisto di patente, di procurare l'imbarco degli emigranti nei porti stranieri, nel presupposto che la patente creasse un diritto soggettivo.

<sup>90</sup> Cass., SS.UU., 24 giugno 1897, in *Foro it.*, 1897, I, 1363 la quale rinvenne la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario nella controversia avente ad oggetto l'impugnazione di un decreto prefettizio di esecutorietà di un contratto di appalto di dazio consumo.

<sup>91</sup> Per una puntuale disamina della giurisprudenza della Cassazione in merito tra la

Appare tuttavia indubbio che l'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato – ed il ruolo di Crispi, che lungi dall'essere connesso alla sola sua istituzione, tanto da far riferire alla sua paternità la legge del 1889 (legge Crispi), è emerso nel determinato impegno per la modifica del sistema di tutela da legislatore prima e da guida del Governo poi, per quasi venticinque anni – aprì una nuova prospettiva per la giustizia amministrativa<sup>92</sup> che l'ha condotta, tra controversi sviluppi<sup>93</sup>, non privi

fine dell'800 ed i primi del '900 sino al c.d concordato "D'Amelio-Romano" si rinvia per tutti a R. CAVALLO PERIN, *Il riparto di giurisdizione*, in AA.VV., *La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano presidente del Consiglio di Stato*, Torino, 2004, 169 ss. nonché per considerazioni critiche M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, 2008 che opportunamente sottolinea l'inadeguatezza del principio della giurisdizione unica sui diritti soggettivi – che peraltro, a parere di chi scrive, assume profili ancor più paradossali per quanto riguarda la giurisdizione penale sulle condotte dei pubblici ufficiali ed incaricati di pubblico servizio –, precisando che "il giudice civile è inidoneo a trattare le controversie di diritto pubblico perché il sistema pubblicistico si fonda su principi radicalmente diversi da quelli che caratterizzano il sistema di diritto privato" e che la necessità del giudice speciale si spiega si spiega perché la questioni giuridiche non sono "compatibili con l'ambientazione sistematica del giudice civile" (219).

<sup>92</sup> Come noto, con l'istituzione nel 1889 della IV Sezione del Consiglio di Stato, il giudizio amministrativo fu strutturato alla stregua di un processo di annullamento (caducazione) di provvedimenti illegittimi lesivi di interessi legittimi oppositivi, in guisa da configurare la statuizione di accoglimento avente "sempre carattere costitutivo, in quanto distrugge o modifica la situazione creata con l'atto amministrativo impugnato. Del tutto escluse sono le decisioni di condanna: il richiamato art. 45 ( del T.U. del 1924, nda) non contempla provvedimenti, con cui le Sezioni giurisdizionali possano imporre all'amministrazione un obbligo di fare o di dare" così G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, II, *La giustizia amministrativa*, Milano, 1958, 320, non potendo "contenere pronunce di condanna, salvo quella meramente accessoria relativa alle spese di giudizio" in tal senso già E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1942, 218.

<sup>93</sup> Ed infatti, se "il processo amministrativo è nato come tipico processo (o addirittura controllo) di legittimità di un provvedimento amministrativo, ed in questo era molto vicino al processo per cassazione (che costituisce appunto il controllo finale di legittimità dell'intero processo civile) e successivamente al processo costituzionale (soprattutto per quanto riguarda l'impugnazione dei regolamenti e di atti amministrativi generali)", così E. PICOZZA, *Il Processo amministrativo*, Milano, 2008, 41.

Di sicura preminenza il crescente rilievo delle amministrazioni ricorrenti e del conflitto giurisdizionale amministrativo tra le amministrazioni, fenomeno certamente risalente, ancorché sottovalutato cfr. M. MAZZAMUTO, *Liti tra pubbliche amministrazioni e vicende della giustizia amministrativa nel secolo decimonono*, in *Dir. proc. amm.*, 2019,

di incertezze<sup>94</sup>, conflitti giurisdizionali<sup>95</sup>, svolte giurisprudenziali<sup>96</sup>, che ha contribuito al risultato: “di accelerare e sanzionare la smitizzazione della potestà amministrativa”<sup>97</sup>. Un confronto mai sopito che riemerse durante i lavori della Costituente<sup>98</sup>, sino ad approdare al complesso di

405 ss. sul quale si veda da ultimo il volume di M. DELSIGNORE, *L'amministrazione ricorrente*, Torino, 2020.

Sino a giungere ai contenziosi amministrativi incardinati tra una p.a. ricorrente ed un privato resistente, in merito si veda ancora M. MAZZAMUTO, *L'amministrazione agisce contro il privato di fronte al giudice amministrativo* (nota a Cons. st., sez. II, n. 8546/2020), in G. CORSO, F.G. SCOCA, A. RUGGERI, G. VERDE, *Scritti in On. di M. Immordino*, III, Napoli, 2022, 2011 ss.

<sup>94</sup> Di fronte al ciclico riproporsi dell'interrogativo se debba ancora trovar giustificazione la sopravvivenza della “giurisdizione speciale” del giudice amministrativo si vedano le considerazioni di A. POLICE, *La mitologia della “specialità” ed i problemi reali della giustizia amministrativa*, in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Torino, 2017, 199 ss.

<sup>95</sup> Si veda in merito, da ultimo, l'efficace ricostruzione di F. FRANCIOSI, *Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*, in A. CARRATTA (a cura di), *Limiti esterni di giurisdizione e diritto europeo a proposito di Cass. Sez. Un. n. 19598/2020*, Roma, 2021, 79 ss.

<sup>96</sup> A questo riguardo restano attuali le considerazioni di F.G. SCOCA, *Riflessioni sui criteri di riparto delle giurisdizioni (ordinaria e amministrativa)*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 549, secondo il quale: “un secolo di dibattiti dottrinali, spesso vivaci e perfino acrimoniosi, e di applicazione giurisprudenziale, talvolta acritica ma più spesso consapevole, non è stato sufficiente per chiarire quale sia, e soprattutto come nelle situazioni le più disparate si atteggi, il criterio in base al quale le controversie tra privati e pubbliche amministrazioni vadano proposte dinanzi al giudice ordinario ovvero dinanzi al giudice amministrativo”.

<sup>97</sup> Si tratta della lungimirante preconizzazione di M. MIGRO, *Il giudice amministrativo oggi*, in *il Foro It.*, 1978, 101, V, 1978, 172.

<sup>98</sup> In merito nell'ampia dottrina si vedano G. SILVESTRI, *Giudici ordinari, giudici speciali e unità della giurisdizione nella Costituzione italiana*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, III, Milano, 1988, 715 ss.; E. FOLLIERI, *La giustizia amministrativa nella costituente tra unicità e pluralità delle giurisdizioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 911 ss.; A. TRAVI, *Per l'unità della giurisdizione*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 376 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto, Per una giustizia non amministrativa*, Milano, 2005, 33 ss.; D. SORACE, *Il ruolo dell'atto nella giustizia amministrativa italiana. Raccontato in un incontro italo-francese*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 103 ss.; V. CERULLI IRELLI, *La giurisdizione amministrativa nella Costituzione*, cit.; di recente, M. D'AMICO, I. PELLIZZONE, *La giustizia amministrativa. Le ragioni della scelta del costituente e profili costituzionali dell'attuale dibattito sui rapporti tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa*, in *Rivista*

norme costituzionali sulla giurisdizione, ed ancora oggi interseca il dibattito della dottrina processuale civilistica ed amministrativistica<sup>99</sup> ed impegna la giurisprudenza.

Come opportunamente osservato da Fabio Merusi<sup>100</sup>, la vulgata circa l'opportunistica adesione di Crispi alle tesi del movimento per la giustizia nell'amministrazione per finalità di accaparramento di consenso<sup>101</sup>, una volta approdato alla Presidenza del Consiglio, anche alla luce di quanto sin qui illustrato, appare destituita di ogni fondamento storico e teorico<sup>102</sup>.

La legge del 1889, accompagnata da ampio consenso tra giuristi e politici, quanto nell'opinione pubblica, consentì di delineare un nuovo sistema di tutela del cittadino verso l'amministrazione<sup>103</sup>

AIC, 4/2014 e M. CLARICH, *Riflessioni sparse sul dualismo giurisdizionale non paritario*, in *Questione giustizia*, <https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/riflessioni-sparse-sul-dualismo-giurisdizionale-non-paritario>.

<sup>99</sup> In generale su tali questioni si veda per tutti A. POLICE, *La mitologia della "specialità" ed i problemi reali della giustizia amministrativa*, in *Aperta contrada*, 7 ottobre 2015, consultabile in <https://www.apertacontrada.it/2015/10/07/la-mitologia-della-specialita-ed-i-problemi-reali-della-giustizia-amministrativa/> ai cui ampi riferimenti dottrinari si rinvia.

<sup>100</sup> Così ancora F. MERUSI, *Crispi e la nascita della V Sezione del Consiglio di Stato*, cit., 457, in senso adesivo v. M. C. ROMANO, *Crisi della distinzione tra giurisdizione soggettiva e oggettiva nella prospettiva dell'Unione Europea*, in *Dir. proc. amm.*, 2-2020, 1 ss.

<sup>101</sup> Come noto, Crispi nel corso della discussione che precedette l'approvazione della legge istitutiva della IV sezione sottolineò ripetutamente la coerenza del proprio atteggiamento fin dal dibattito parlamentare del 1864, in particolare a partire dalla relazione al progetto di legge del 1885 – di cui si è detto in precedenza –, identico al contenuto della proposta avanzata allo stesso statista siciliano nel 1873. Il Presidente del Consiglio, con il consueto piglio, concluse che la disciplina proposta rappresentasse il necessario completamento della legge del 1885 e del progetto Mancini-Peruzzi sui conflitti. Cfr. A. PUBUSA, op.ult.cit., 234.

<sup>102</sup> Diversa è la critica, invero, non priva di fondamento, di U. ALLEGRETTI, *Introduzione*, in AA.VV., *Le riforme crispine. Giustizia amministrativa*, II, cit., 4 che pur riconoscendo l'indubbia tenacia energia e risolutezza del progetto di Crispi lo definisce, con il senno di poi, "patetico", in quanto Presidente del Consiglio ripresentò nella sostanza sebbene potenziata la proposta del 1884 nella discussione sull'articolo tre la proposta del 73 lavoro 75 "e gli altri attori della riforma lo seguono interamente". Ma, considerando la personalità dello statista siciliano tale condotta appare del tutto coerente.

<sup>103</sup> Come ricorda U. ALLEGRETTI, op. ult. cit., 28: "con la creazione di quello che di lì a poco doveva senz'altro divenire il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale si deli-

Semmai dopo le lunghe battaglie parlamentari per attribuire al Consiglio di Stato cognizione sul contenzioso amministrativo con l'avvento alla Presidenza del Consiglio, Crispi ritenne di lanciare una nuova proposta politica che, anche in questo settore, superasse il rigido confronto tra destra e sinistra con un programma di governo aperto alle componenti parlamentari e della società italiana.

nea, in Italia, un sistema di tutela del cittadino verso l'amministrazione generale sufficientemente completo e passabilmente efficace: il successo statistico del nuovo ricorso ne fu la prima prova, è il sostegno e l'opinione sia generale che specializzata non mancò mai".



SVILUPPO SOSTENIBILE  
E TRANSIZIONE ECOLOGICA



MAURIZIO CELLURA

RIFLESSIONI SU SOSTENIBILITÀ E TRANSIZIONE  
ECOLOGICA NEL CONTESTO  
DELL'UNIVERSITÀ DI PALERMO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I ritardi accumulati. – 3. Il ruolo cruciale delle Università. – 4. Il Centro di Sostenibilità e Transizione Ecologica dell'Università di Palermo. – 5. Il contesto del Mediterraneo. – 6. Ridurre l'impronta ambientale delle PMI del Sud d'Europa. – 7. Ridurre i trasferimenti degli impatti ambientali da una zona all'altra del pianeta. – 8. Il *Green Public Procurement* nell'Università di Palermo. – 9. L'Università di Palermo e la transizione energetica. – 10. I nuovi bisogni formativi "green". – 11. Il Forum regionale degli *stakeholder* sulla sostenibilità e la transizione ecologica. – 12. La sostenibilità nel rafforzamento dell'obiettivo 16 "Pace, Giustizia e Istituzioni Forti". – 13. Una concreta speranza: i nostri giovani.

1. *Premessa*

Nel 2022, la legge costituzionale n.1 ha previsto la riforma degli articoli 9 e 41 della nostra Costituzione, con il definitivo inserimento dell'ambiente tra i valori e i beni giuridici di rilievo costituzionale, che richiedono una protezione giuridica rinforzata e giustificano una più intensa regolamentazione delle attività economiche, pubbliche e private, per garantirne la piena compatibilità con le esigenze di conservazione delle matrici ambientali, della biodiversità, degli ecosistemi, anche nella prospettiva degli interessi e dei bisogni delle future generazioni, alla luce del principio dello sviluppo sostenibile.

Si tratta di un cambiamento del quadro assiologico che non assume soltanto una rilevanza simbolica, ma orienta altresì i criteri di bilanciamento che devono presiedere alle politiche pubbliche, rinforzando la priorità dell'ambiente rispetto agli altri interessi costituzionali e indicando la direzione che deve intraprendere la politica economica nazionale, verso un'effettiva transizione ecologica soprattutto nell'interesse delle future generazioni, stimolando nuove riflessioni e prospettive per

lo sviluppo di una visione di futuro del Paese, nella quale il principio di giustizia intergenerazionale dovrà applicarsi orizzontalmente alle strategie nazionali.

Questo risultato straordinariamente significativo è stato raggiunto cinquanta anni dopo rispetto alla prima formulazione dei temi della transizione ecologica “giusta” nel contesto internazionale, presenti nella dichiarazione delle Nazioni Unite di Stoccolma pronunciata nel giugno 1972 in occasione della Conferenza sull’ambiente umano, vera e propria pietra miliare nella formulazione dell’idea, allora straordinariamente antesignana, di un nuovo modello di sviluppo in grado di conciliare i bisogni di equità e giustizia tra esseri umani e generazioni, disponendo altresì di un ambiente sano e di risorse naturali bastevoli e non compromesse da modelli economici incuranti delle capacità di carico degli ecosistemi ricettori.

Gli stessi principi furono rilanciati nella conferenza di RIO del 1992, dove si svilupparono dei processi negoziali internazionali fondamentali per l’adozione delle convenzioni sui cambiamenti climatici, sulla diversità biologica e sul contrasto alla desertificazione, e nella conferenza di RIO + 20 del 2002 in seno alla quale, grazie alla dichiarazione “il futuro che vogliamo”, venne definitivamente lanciato il processo che avrebbe portato all’adozione dei 17 obiettivi di Sviluppo Sostenibile dell’Agenda ONU, avvenuta tre anni più tardi con la risoluzione “trasformare il mondo”, vero e proprio punto di svolta nell’impegno delle Nazioni Unite per la sostenibilità.

L’adozione dei suddetti 17 obiettivi ha di fatto rappresentato un ulteriore passaggio fondamentale per una gestione sostenibile delle risorse naturali senza pregiudizio dei bisogni delle generazioni future. Il conseguimento degli obiettivi – come più volte rimarcato nella risoluzione – è ispirato dai principi di interconnessione e indivisibilità dei “goal” e dal rispetto del paradigma “leave no one behind”.

L’impulso che l’Unione Europea sta inducendo nel contesto sinteticamente enucleato in precedenza è fondamentale e cruciale allo stesso tempo, una vera e propria svolta decisiva delle politiche ambientali Europee nel quadro dello sviluppo sostenibile, che si è manifestato in particolare a partire dal 2019 con l’insediamento dell’attuale Parlamento Europeo e con la Presidenza della Commissione assunta da Ursula von der Leyen. È Bruxelles a approfondire l’impegno più grande a livello di

politiche programmatiche. Da questo punto di vista, l'European Pillar of Social Rights (2017), il Green Deal (2019), il Next Generation EU (2020) e Industry 5.0 (2021) sono la prova che l'Europa è del tutto votata a portare a compimento la Grande Transizione digitale, energetica ed ecologica nel segno di una Transizione giusta anche sul piano sociale (Just Transition).

Più in dettaglio, il programma di mandato 2019-2024 prevedeva al primo posto l'iniziativa quadro denominata "Green Deal Europeo", un vero e proprio punto di svolta di portata storica, ed in parallelo il meccanismo di coordinamento macroeconomico degli Stati membri del semestre europeo è stato riorientato al conseguimento degli obiettivi di sviluppo sostenibile, e ciò grazie anche all'analisi delle prestazioni degli Stati dell'Unione sui 17 "goal" nel territorio dell'UE, con riflessi sulle raccomandazioni che il Consiglio assume su proposta della Commissione.

## 2. I ritardi accumulati

Grandi passi avanti sul piano operativo e programmatico, è indiscutibile, ma che non devono nascondere un quadro complessivo nel quale l'indice SDG a livello globale mostra chiaramente quanto siamo lontani dal traguardo; basta in tal senso ricordare che nessuna Nazione attualmente ha raggiunto il 100% dei target dei "SDG" e parimenti nessuna Nazione pare incanalata sulle giuste traiettorie per raggiungere la totalità dei target entro il 2030, e che il quadro globale mostra soprattutto evidenti disparità tra le varie aree del pianeta, con le regioni d'Europa (77,1%) e del Nord America (76,2%) che rappresentano le aree più avanzate rispetto al raggiungimento degli obiettivi. Ma anche nel quadro Europeo, che appare il migliore, nel 57% dei "SDG" sono presenti ancora "*major challenges*" per conseguire il raggiungimento degli obiettivi di sostenibilità. Le asimmetrie nelle prestazioni suggeriscono l'evidente necessità di accelerare soprattutto nelle aree a più forte ritardo, in particolare declinando localmente azioni di sostenibilità che scaturiscono dalle strategie globali poste in essere, tra le quali può essere annoverata una buona fetta del bacino del Mediterraneo che rientra a pieno titolo nelle aree di attività di ricerca, formazione e trasferimento tecnologico dell'Università di Palermo.

### 3. Il ruolo cruciale delle Università

In questo tempo di transizione nevralgico per il futuro del pianeta e della specie umana, per il quale saremo giudicati dalle generazioni future, le Università devono svolgere un ruolo prezioso e insostituibile, come rimarcato dal “*Sustainable Development Solution Network*”, attraverso l’applicazione dei cinque principi di Conoscenza, Apprendimento, Dimostrazione, Impatto e Cooperazione.

Il raggiungimento degli ambiziosi obiettivi previsti nell’Agenda ONU 2030 e nel “New Green Deal” non può prescindere dai contributi di ricerca ed innovazione delle Università, vere e proprie fucine di trasformazione socioculturale e leve di innovazione nel territorio, soprattutto in contesti caratterizzati da un marcato ritardo socioeconomico, quali quelli che appartengono alle regioni dell’obiettivo convergenza del Mezzogiorno d’Italia. Le Università possono offrire al territorio concrete soluzioni di sostenibilità ambientale, economica e sociale attraverso – tra le tante altre cose – lo sviluppo di sistemi e tecnologie caratterizzati da una migliore impronta ambientale, economicamente fattibili e di “*Technology Readiness Level*” in grado di attecchire nel contesto socioculturale nel quale sono proposti.

L’Università di Palermo, in stretta cooperazione con la Rete nazionale delle Università per lo Sviluppo Sostenibile, già condivide con gli Atenei Italiani aderenti alla Rete esperienze di sostenibilità ambientale e responsabilità sociale, con molteplici finalità, quali ad esempio creare consapevolezza verso i temi della sostenibilità ambientale, sociale ed economica, al fine di orientare scelte e stili di vita responsabili, nella prospettiva del bene comune, all’interno della comunità universitaria e nelle relazioni con il territorio e gli attori che vi operano, ma anche con la diffusione di buone pratiche di sostenibilità, sia all’interno che all’esterno degli Atenei, in modo da contribuire in maniera multiforme al raggiungimento dei “SDG”. Peraltro va sottolineato come di recente, proprio per rafforzare il ruolo di “*stakeholder*” territoriali delle Università Siciliane aderenti alla Rete delle Università Sostenibili (RUS), assieme alle altre Università Siciliane ad essa aderenti si sta lavorando alla costituzione di una Rete delle Università sostenibili Siciliane, in modo da incrementare gli impatti positivi in termini ambientali, etici, sociali ed economici delle azioni poste in essere dagli aderenti alla Rete Sicilia-

na e rafforzare la riconoscibilità e il valore dell'esperienza siciliana a livello nazionale e nel contesto del Mediterraneo.

Per far questo l'Università di Palermo sta altresì accrescendo l'impatto positivo delle sue attività di ricerca e formative espandendo ulteriormente il proprio raggio d'azione, accrescendo la cooperazione nel bacino del Mediterraneo e più in generale rafforzando l'internazionalizzazione delle politiche energetiche ed ambientali della propria organizzazione, sviluppando attività coerenti e sinergiche con i 17 "SDGs" per puntare alla salvaguardia del pianeta e al benessere dei suoi abitanti. Come declinare a scala locale ciò che è stato concepito a livello globale per le cinque "P" - ovvero Persone (per eliminare povertà e garantire dignità), Prosperità (intesa sia come benessere economico che come "armonia con la natura"), Pace, Partnership e Pianeta (come bene da proteggere) - è una delle sfide culturali e sociali che necessita di un contributo fattivo anche dell'Università di Palermo, che per storia, tradizione e spessore culturale non si può esimere dallo svolgere un ruolo di prezioso supporto al contesto nel quale opera.

I ricercatori universitari devono essere percepiti dal territorio come figure chiave nel trasferimento di conoscenza e devono essere in grado di dialogare efficacemente con le comunità per supportare processi decisionali scientificamente fondati, trasparenti e ripercorribili.

Per far ciò è anzitutto necessario un ampio e profondo coinvolgimento dei potenziali "stakeholder" territoriali con i quali innescare fruttuosi processi di cooperazione, in grado di favorire l'integrazione delle molteplici sfere della sostenibilità nei processi decisionali.

#### *4. Il Centro di Sostenibilità e Transizione Ecologica dell'Università di Palermo*

È la piena consapevolezza di questa grande responsabilità che ha indotto la "governance" dell'Università di Palermo, a istituire in Ateneo il Centro di Sostenibilità e Transizione Ecologica (CSTE), interpretato come luogo centrale di sostegno e indirizzo delle azioni dell'Ateneo di Palermo nella concreta attuazione degli obiettivi dell'Agenda ONU 2030, in un quadro di efficace cooperazione con l'intera Comunità Universitaria lungo le direttrici del "Conoscere-Coinvolgere-Cambiare".

Un approccio integrato fra sistema formativo, ricerca-teorica e applicata, innovazione e attività di terza missione, che si sta perseguendo attraverso l'implementazione di soluzioni e strategie innovative, partecipate e condivise in grado di rispondere efficacemente alle ambiziose sfide globali che siamo chiamati ad affrontare – appare utile rimarcarlo – per centrare gli Obiettivi.

In altre parole, accrescere la sostenibilità ambientale, economica e sociale attivando multiformi percorsi di transizione ecologica e identificando azioni che contribuiranno al miglioramento delle prestazioni dei “SDG”.

Percorsi e azioni che l'Università di Palermo sta ispirando all'obiettivo prioritario dell'ottavo Piano d'Azione Ambientale (PAA), che da qui al 2050 (art.1) prevede “Che le persone vivano bene nel rispetto dei limiti del pianeta, all'interno di un'economia del benessere senza sprechi, in cui la crescita è rigenerativa, la neutralità climatica nell'Unione è stata raggiunta e le diseguaglianze sono state ridotte in misura significativa”, in coerenza e sinergia con il principio del “*do not significant harm*”.

Gli indicatori di riferimento, sulla cui selezione si è già avviato un confronto in seno alla comunità universitaria per garantire un'ampia condivisione, saranno coerenti con i 26 indicatori chiave adottati nel luglio dello scorso anno dalla Commissione Europea (cfr. COM (2022) 357 final), che evidenziano i nessi sistemici ambiente-società e ambiente-economia, e che saranno declinati e adattati al nostro contesto universitario, definendo un set di indicatori ampliabili e integrabili per tenere conto delle peculiarità anche locali.

Mitigazione e adattamento ai cambiamenti climatici, economia circolare e rigenerativa, inquinamento zero, biodiversità e ecosistemi, pressioni ambientali e climatiche connesse alla produzione e consumo, eco-innovazione, limiti di carico nei confronti delle azioni antropiche, per ognuno di queste macro-tematiche si adotteranno indicatori efficaci nel descrivere le prestazioni della comunità universitaria.

Va altresì sottolineata la particolare attenzione che il PAA attribuisce all'approccio sistemico e alla ricerca come chiave per il conseguimento efficace degli obiettivi del programma, in sintonia con il modello del Centro per la Resilienza di Stoccolma: *sviluppare e consolidare la base di conoscenze, tra l'altro, sui requisiti per un cambiamento sistemico,*

passando da un approccio strategico compartimentato e settoriale a un approccio sistemico nella coerenza delle politiche.

La strategia sistemica anzidetta merita ulteriori riflessioni. Una delle principali critiche formulate all'approccio perseguito nel conseguimento dei target SDG è stato proprio quello di avere definito delle traiettorie a comparti stagni, ed anzi una delle motivazioni ritenute salienti dell'andamento non sempre esaltante delle prestazioni nei singoli obiettivi si riconduce proprio a questo approccio, ma al contrario è fondamentale identificare le interazioni tra gli obiettivi, al fine di sbloccare il potenziale a qualsiasi scala, e per evitare che i progressi compiuti in alcuni obiettivi non siano conseguiti a scapito di arretramenti in altri.

Identificare le molteplici sinergie tra i differenti SDGs rientra tra i principi guida dell'attività del CSTE, con azioni ispirate da sei parole chiave, cooperazione (grazie alla realizzazione di progetti e *living labs* a scala territoriale), complessità (elaborando vision e strategie per governare le interconnessioni con approccio sistemico e reticolare), interdisciplinarietà (con un approccio multiprospettico finalizzato a garantire il principio dell'*equal footprint* tra i diversi SDGs), internazionalizzazione nel contesto mediterraneo, orizzontalità (integrazione trasversale del concetto di sostenibilità), e sostenibilità stessa (investendo nel futuro dei più giovani ispirandosi a principi di giustizia climatica).

##### 5. Il contesto del Mediterraneo

Nel contesto del Mediterraneo, la cooperazione sulle attività di ricerca si sta sviluppando in piena coerenza con quanto sancito dalla dichiarazione scaturita dalla prima conferenza Ministeriale su Ricerca e Innovazione dell'Unione per il Mediterraneo, tenutasi nel giugno 2022, e in riferimento anche alla "Roadmap" su Ricerca e Innovazione adottata dai "National Focal Points" della Piattaforma Regionale di Ricerca e Innovazione dell'Unione del Mediterraneo nel luglio 2021, che individua come aree prioritarie – è utile ricordarlo – i Cambiamenti Climatici, la Salute e le Energie Rinnovabili e sottolinea il ruolo degli approcci "orizzontali" nella gestione delle crisi in atto.

In coerenza con il ruolo e la collocazione geografica dell'Università di Palermo, particolare attenzione è incentrata sul nesso “Water, Energy, Food and Ecosystems”, il cosiddetto “WEFE Nexus”.

L'area del Mediterraneo rappresenta infatti un'area geografica a forte valenza esemplificativa con riferimento al nesso anzidetto. Difficoltà di approvvigionamento idrico, affidabilità delle forniture energetiche, denutrizione, perdita di biodiversità, deforestazione, inquinamento diffuso, costituiscono alcune tra le più significative sfide che l'area Mediterranea, ed in particolare le zone a clima arido o semiarido, deve già affrontare. È importante sottolineare altresì che la sicurezza e l'integrità degli ecosistemi mediterranei, sia marini che terrestri, sono minacciate dagli impatti dovuti alla perdita di biodiversità, alla deforestazione, ai cambiamenti nell'uso del suolo e all'inquinamento.

Dallo stato di implementazione degli obiettivi nei Paesi del Mediterraneo emerge in particolare una fortissima disparità tra le diverse zone, con *performance* migliori nell'Europa occidentale e valori inferiori in Europa Orientale, Nord Africa e Medio Oriente.

Ad aggravare questo quadro è la riduzione del punteggio dell'indice *SDG* globale in molti paesi del Mediterraneo nel periodo che va dal 2020 al 2022, con le peggiori prestazioni registrate da Cipro, seguito da Turchia e Malta.

Anche per quanto riguarda la componente alimentare del *WEFE nexus*, l'ultimo rapporto sullo stato della sicurezza alimentare e della nutrizione nel mondo mostra una forte disparità tra il versante settentrionale del Mediterraneo e quello meridionale e orientale.

Tale disparità va colmata anche in un'ottica di giustizia climatica, evitando che i più poveri e coloro che hanno emesso minori quantità di gas climalteranti nei periodi precedenti siano adesso i più colpiti dai cambiamenti climatici in atto.

In estrema sintesi, grandi sfide dovranno essere affrontate per assicurare forme di agricoltura sostenibile, diete equilibrate sotto il profilo nutrizionale, mitigare i cambiamenti climatici e adattarsi agli stessi, e arrestare la formidabile perdita di biodiversità. Ma ciò non basta se il percorso non sarà accompagnato da robuste politiche di sostegno sociale per le popolazioni più vulnerabili (*leave no one behind*).

## 6. *Ridurre l'impronta ambientale delle PMI del Sud d'Europa*

Nell'ambito dello scenario Mediterraneo sinteticamente tratteggiato in precedenza, un ruolo fondamentale dovrà parimenti essere svolto dalle Imprese del Sud d'Europa, e la riconversione “*green*” delle piccole e medie imprese (PMI), in particolare, sarà cruciale non solo nel trasformare le filiere produttive per ridurre l'impronta ecologica di prodotti e servizi lungo l'intera catena di valore, ma anche per incardinare un'economia più competitiva in un nuovo modello di sviluppo, nel quale il ripensamento critico dei modelli globali possa anche favorire il “*back reshoring*” delle produzioni.

In questa grande sfida per l'Europa, l'Italia -seppur con diverse velocità- riveste un ruolo di primo piano, non solo perché resta ancora il secondo Paese industrializzato (dopo la Germania), ma anche perché è tra i migliori interpreti dello sviluppo sostenibile: siamo l'eccellenza europea dell'economia circolare (ricicliamo quasi l'80% di ciò che scartiamo), abbiamo raddoppiato gli indicatori di efficienza energetica, il 35% di energia consumata viene da fonti rinnovabili.

Il Mezzogiorno d'Italia deve però accelerare, ed il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza è una opportunità unica e straordinaria sotto questo punto di vista, nella transizione digitale, energetica ed ambientale; in questo, l'Università ha compiti e responsabilità importanti nel superamento dei gap tecnologici, di conoscenza e di competenza ancora presenti nel nostro tessuto produttivo. E' una sfida di straordinaria portata, nell'ambito della quale le PMI del Mezzogiorno d'Europa, come giustamente sottolineato nella raccomandazione dell'UE 2021/2279 sull'uso dei metodi di impronta ambientale, potrebbero non disporre delle competenze e delle risorse necessarie per comunicare le eco-prestazioni dei loro manufatti, ostacolando nei fatti un più agevole accesso delle PMI al mercato dei consumatori verdi, nevralgico per assicurare una svolta eco-orientata, una marcata eco-innovazione e, in una prospettiva di medio periodo, la “*carbon neutrality*”.

In tal senso l'Università di Palermo ha avviato una forte cooperazione con le Associazioni di settore delle PMI tese -tra le altre cose- alla diffusione di soluzioni produttive eco-innovative e sostenibili, all'impiego di metodi di valutazione e di riduzione dell'impronta ambientale e all'attuazione di pratiche di *eco-design*.

### *7. Ridurre i trasferimenti degli impatti ambientali da una zona all'altra del pianeta*

L'Università di Palermo dedica anche grande attenzione alle metodologie di stima degli impatti di *spill-over*, lungo le filiere e le catene di valore, e ciò al fine di valutare il potenziale di riduzione dei trasferimenti degli impatti ambientali da una zona all'altra del Pianeta. In un sistema produttivo globale non basta divenire "isole verdi" se ciò si raggiunge esclusivamente grazie al trasferimento di catene di produzione in contesti extra-Europei. Ed in tal senso la stima dello *spill-over* delle proprie attività deve accompagnare fondamentali politiche di giustizia climatica, tema sul quale l'Università di Palermo sta lavorando alacremente grazie anche alle attività sinergiche del Centro Interdipartimentale (CIR) "Migrare" e del CSTE. Coniugare le ambizioni climatiche con nuove catene di valore più eco-innovative ed eco-orientate può rappresentare una nuova occasione di sviluppo per le aree marginali, oltre che una solida ancora di salvezza per il pianeta.

### *8. Il Green Public Procurement nell'Università di Palermo*

Ed è per corroborare le catene di valore sostenibili che si prevede di rafforzare, coerentemente con i contenuti e gli obiettivi del *SDG 12* "Garantire modelli sostenibili di Produzione e Consumo", un sistema di acquisti "ambientalmente preferibili", il cosiddetto "*Green Public Procurement*", perseguito con una duplice azione, formativa ed operativa, e teso a migliorare l'impronta ambientale dell'organizzazione "Università" accrescendo nel contempo le opportunità per le imprese pro-attive nel campo della sostenibilità ambientale. È questo uno dei passi fondamentali che si sta innescando, grazie soprattutto all'attivazione di un dialogo strutturato tra i diversi organismi tecnici e amministrativi dell'Ateneo, finalizzato al rafforzamento di una cultura della sostenibilità ambientale.

### 9. *L'Università di Palermo e la transizione energetica*

Nel contesto anzidetto la sfida della transizione energetica risulta cruciale per raggiungere l'obiettivo dell'azzeramento di emissioni di carbonio entro il 2050. La produzione e il consumo di energia sono infatti i principali responsabili del cambiamento climatico, contribuendo per percentuali superiori al 70% alle emissioni totali di CO<sub>2</sub> in Europa. Anche l'Università di Palermo ambisce al conseguimento del target di abbattimento delle emissioni di CO<sub>2</sub> del 55% entro il 2030 e del 100% entro il 2050. Sono stati altresì definiti una serie di obiettivi strategici intermedi da realizzare nel corso dei prossimi anni, finalizzati a migliorare le prestazioni energetiche del patrimonio edilizio e ridurre i fabbisogni, oltre che incrementare l'aliquota di autoproduzione da fonte rinnovabile, ad oggi contenuta. Investimenti per svariati milioni di euro e il previsto ricorso alla finanza di progetto consentiranno di ridurre gli impatti ambientali indotti dall'uso e dalla conversione di energia e di contribuire, come organizzazione, alla mitigazione dei cambiamenti climatici. Parimenti intensa è l'attività di ricerca sullo sviluppo materiali innovativi, in grado di sostituire e/o limitare l'impiego di "Critical Raw Materials" per attenuare le dipendenze dell'Unione Europea, e di tecnologie energetiche alimentate da fonti rinnovabili e a basse emissioni di carbonio, il tutto ispirato dai principi di economia circolare, le cui applicazioni possono garantire il recupero di un grande quantitativo di materie prime seconde in un contesto tradizionalmente povero di risorse materiche. In un contesto strategico che vede sempre di più la Sicilia come possibile *hub* energetico del Mediterraneo, pandemia e guerra Russo-Ucraina hanno mostrato la straordinaria importanza -tra le altre cose- di declinare localmente strategie di sviluppo e di "scale-up" tecnologico di filiere energetiche rinnovabili, coerenti con i principi di sicurezza energetica, resilienza e sostenibilità, e ciò vede in prima fila la nostra Università assieme alle altre Università, avvalendosi in tal senso del prezioso supporto finanziario del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e di altri fondi dell'Unione Europea, sia a titolarità diretta che a regia Nazionale e Regionale.

### 10. I nuovi bisogni formativi “green”

Le imponenti previsioni di crescita occupazionale nel settore “green” necessitano nel contempo di una nuova offerta formativa in grado di rispondere agli originali bisogni di nuove figure consulenziali e professionali, in grado di affrontare le sfide sottese dalla complessità in modo multidimensionale e sistemico. Anche nella nostra Università è in corso un profondo ripensamento del modello formativo indotto dalla crisi ecologica del pianeta, un percorso nel quale, usando le parole di Morin, “si naviga in un oceano di incertezze attraverso arcipelaghi di certezze”, laddove il modello formativo deve aiutare il discente a cogliere appieno i nessi e le interazioni, scommettendo sul riconoscimento dei rischi sottesi dalle azioni e aiutando a definire delle strategie in grado di modificare le azioni intraprese qualora scarsamente efficaci.

Consapevole di queste sfide l’Università di Palermo ha avviato numerosi ed originali percorsi formativi. In maniera non esaustiva e a titolo puramente esemplificativo si menzionano dei master e alcuni corsi di dottorato di ricerca sulla transizione ecologica, caratterizzati da un marcato approccio interdisciplinare e sinergico, numerosi insegnamenti sui principi fondativi e sulle applicazioni di economia circolare, un master sui cambiamenti climatici il cui percorso formativo sarà declinato in coerenza con caratteristiche e contenuti dei SDG e che mira a formare un generalista di interfaccia esperto in “*partnership for the goals*” (SDG 17), un corso di competenze trasversali ispirato ai nessi “*Water – Energy – Food – Ecosystems – Cities – Health (WEFECH)*” che desidera rispondere alle esigenze formative del nuovo concetto di “one health”, anche nella sua evoluzione verso la “*planetary health*” che comprende i principi di sostenibilità e di circolarità a salvaguardia dell’“astronave terra” e dei suoi “passeggeri”. L’ambizione è quella di formare nel territorio figure professionali di cui necessita la transizione ecologica in atto.

In forte sinergia con la Rete delle Università Sostenibili (RUS) e l’Alleanza Italiana per lo Sviluppo Sostenibile (ASVIS) si sta anche sperimentando la divulgazione della cosiddetta “lezione zero”, un corso indirizzato agli studenti dei vari corsi di laurea, che ha lo scopo di introdurre alle tematiche della sostenibilità, con particolare riferimento ai 17 obiettivi proposti dall’Agenda 2030.

In aggiunta, sono già in atto riflessioni sulla definizione dei contenu-

ti didattici da assicurare a figure professionali in grado di applicare il principio del “Do Not Significant Harm” (art.17 del Regolamento Tassonomia dell’Unione Europea CE 2021/C/58/01), principio finalizzato a salvaguardare i sei obiettivi di sostenibilità ambientale, la mitigazione dei cambiamenti climatici, l’adattamento ai cambiamenti climatici, l’uso sostenibile e protezione delle acque e delle risorse marine, l’economia circolare, la prevenzione e riduzione dell’inquinamento e per ultimo, non certo in ordine di importanza, la protezione e il ripristino della biodiversità e degli ecosistemi.

#### 11. *Il Forum regionale degli stakeholder sulla sostenibilità e la transizione ecologica*

In questo quadro – è stato già menzionato in precedenza- il rafforzamento del dialogo tra l’Ateneo di Palermo e i molteplici “stakeholder” che a vario titolo operano nel campo della sostenibilità rappresenta un altro degli aspetti nevralgici per il successo della transizione ecologica, come chiaramente indicato dal Piano di Transizione Ecologica Nazionale, che testualmente riporta tra i fattori di successo “*il consenso, la partecipazione e un approccio non ideologico alle questioni aperte. Sarà necessaria la volontà collettiva di collaborare al di là delle divergenze, che dovrà unirsi alla piena disponibilità a cambiare comportamenti e pratiche consolidate e a operare concretamente attraverso l’impegno pubblico, dei singoli cittadini, delle imprese e del settore no-profit*”.

Per far ciò non si può prescindere da un coinvolgimento orizzontale del settore pubblico, privato e della società civile, e dall’allineamento verticale tra i livelli di *governance* locale, regionale, nazionale ed internazionale. E’ con questa profonda consapevolezza che l’Università di Palermo ha attivato un Forum Siciliano sulla Sostenibilità e la Transizione Ecologica per avviare un processo di dialogo tra diversi “stakeholders” che favorirà la formulazione di politiche condivise per la localizzazione ed il conseguimento degli Obiettivi di Sviluppo Sostenibile a livello locale, attraverso una prospettiva olistica.

## 12. *La sostenibilità nel rafforzamento dell'obiettivo 16 "Pace, Giustizia e Istituzioni Forti"*

Nella prospettiva dell'Agenda 2030 l'Università di Palermo prevede anche delle sperimentazioni nel *SDG* 16, obiettivo che prende in considerazione la promozione di società pacifiche ed inclusive e l'accesso universale alla giustizia. Proprio per valorizzare questi profili, che riguardano la cosiddetta "sostenibilità istituzionale" ed evocano il profondo collegamento che sussiste tra l'instaurazione di un sistema democratico, la protezione dei diritti umani e lo sviluppo sostenibile - come più volte affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo - l'Università di Palermo intende dare attuazione al target 16.4 dell'Obiettivo 16. Si intende in tal senso contribuire attivamente al percorso amministrativo che deve garantire il recupero sociale dei beni sottratti alle organizzazioni criminali - come prevede il codice antimafia - avviando un proficuo rapporto con l'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata per l'assegnazione di risorse da utilizzare nello svolgimento delle attività didattiche, scientifiche e di divulgazione culturale.

## 13. *Una concreta speranza: i nostri giovani*

Mille e più sono le sfide che ci attendono da qui al 2030 sono molteplici, e ancor di più quelle degli anni a venire, mentre il tempo disponibile per affrontare la crisi climatica che incombe si restringe sempre di più. Ma molti sono gli elementi di speranza, e la crescente consapevolezza dei giovani sulla complessità delle sfide e sulla urgente necessità di voltare pagina, tra tutte, è quella più foriera di speranza. Un sondaggio dell'Eurobarometro effettuato nel recente maggio 2022 indica infatti la crescente consapevolezza e il marcato desiderio dei più giovani di impegnarsi su tematiche ambientali e climatiche, ed anzi la "protezione dell'ambiente e la lotta ai cambiamenti climatici" sono state considerate tra le priorità chiave del recente Anno Europeo della Giovinezza (2022). A fronte di questa nuova consapevolezza alcuni dati dell'OCSE (OECD 2020, *Are students ready to thrive in an interconnected World?* PISA 2018, Volume VI) mostrano che una significativa percentuale di

studenti si sente però inadeguata a fronteggiare la portata delle sfide, e ciò anche a causa di informazioni inadeguate e inaccurate. È questo un punto cruciale su cui l'Università deve dare il meglio di sé.

I giovani hanno aspirazioni che albergano a pieno titolo nel lontano 2050 decarbonizzato e tutte le strategie in grado di rafforzare la loro partecipazione e la loro formazione, nel pieno rispetto del loro diritto di equità intergenerazionale e delle aspirazioni di vivere su *Gaia* alla stregua di chi li ha preceduti, devono costituire un aspetto saliente nella definizione di azioni sostenibili a scala di comunità, ecosistemi e pianeta. Non solamente i cambiamenti climatici, ma povertà, diseguaglianze di genere, conflitti, migrazioni, prospettive occupazionali – per citare alcune tematiche tra le più rilevanti – è auspicabile facciano parte di una piattaforma di dialogo nella quale i giovani devono svolgere un ruolo attivo e propositivo per delineare il futuro che vogliamo.

È con questo spirito che l'Università di Palermo sta aderendo alla rete di giovani "*University for SDG*", un network nazionale di giovani studenti universitari strutturato in poli territoriali che parte dall'assunto che la partecipazione dei giovani sia un elemento fondamentale per raggiungere una società più equa, inclusiva e sostenibile. Grazie anche alla collaborazione con la consulta del Rettore dell'Università di Palermo è stata in tal senso avviata una piattaforma di dialogo con le associazioni studentesche, finalizzata – tra le altre cose – a replicare in Sicilia l'evento "Giovani e futuro: verso uno sviluppo sostenibile" che "*University for SDG*" ha organizzato lo scorso anno, iniziativa nata dalla volontà di instaurare un dialogo costruttivo tra Istituzioni, Università, Aziende e Studenti.

L'iniziativa sarà strutturata in tavoli di lavoro su alcuni dei temi sottesi dagli obiettivi, tra i possibili si menzionano l'educazione alla sostenibilità, una società più equa, la transizione energetica, interventi *low-carbon* nei campus universitari e città "*smart e green*", i lavori "*green*" del futuro, giusto per indicare dei possibili esempi suggeriti dagli studenti, e vedrà la partecipazione ai tavoli di ricercatori e aziende proattive nel campo della sostenibilità, il tutto finalizzato alla redazione di un report di proposte e idee condivise che possa costituire l'agenda di alcune possibili cose da fare nell'immediato futuro, interconnesse e finalizzate alla pratica attuazione di una transizione "giusta".

*Bibliografia:*

Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile.  
<https://www.agenziacoesione.gov.it/comunicazione/agenda-2030-per-lo-sviluppo-sostenibile/>. Consultato il 04/04/2023.

Comunicazione della commissione al parlamento europeo, al consiglio, al comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni. Bruxelles, 11.12.2019. OECD 2020. <https://www.oecd.org/economic-outlook/june-2020/>. Consultato il 04/04/2023.

Rete delle Università per lo Sviluppo Sostenibile (RUS). <https://reterus.it/>. Consultato il 04/04/2023.

MARCELLA GOLA

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE  
E AGRICOLTURA SOSTENIBILE:  
QUANDO IL DIRITTO PRODUCE FUTURO\*

SOMMARIO: 1. Introduzione. Agricoltura e diritto amministrativo. – 2. Amministrazione Pubblica, agricoltura e PNRR. – 3. *Segue*: Amministrazione e agricoltura alla luce del nuovo testo dell'art. 9 cost. – 4. Il ruolo delle P.a. in ambito agricolo: nuovi obiettivi, nuove collaborazioni per l'innovazione del sistema.

1. *Introduzione. Agricoltura e diritto amministrativo*

L'agricoltura, nella prospettiva giuridica, deve oggi più che mai essere considerata come una materia a vocazione fortemente internazionale, sia per la sua rilevanza nei mercati sia per la destinazione e l'impatto delle produzioni su salute e ambiente.

Si tratta di due profili certo non nuovi per le coltivazioni destinate al consumo umano, diretto o indiretto, entrambi incidenti sulla qualità della vita per quantità e caratteristiche specifiche, e perciò oggetto di crescente attenzione da parte delle organizzazioni inter o sovra statali, impegnando quindi quelle nazionali ad assumere una più ampia prospettiva d'azione.

Anche dal punto di vista dei tempi, inoltre, l'intervento pubblico riferibile all'agricoltura riflette un tema rilevante per evidenziare la necessaria innovazione dell'approccio amministrativo, invitando le Amministrazioni competenti a rapportarsi a una dimensione più ampia, non solo per spazio ma anche per orizzonte temporale, rispetto a quella sulla quale normalmente si concentrano le decisioni delle P.a.

L'agricoltura, infatti, per molti versi ha tempi propri, ai quali è l'Amministrazione a doversi armonizzare, e non viceversa, vincolando la governance di settore a contenuti tecnici solo parzialmente bilan-

\* La presente relazione è stata sviluppata, con l'aggiunta di ulteriore documentazione, e pubblicata nella *Rivista Nuove Autonomie*, n. 2/2023, pp. 555 ss.

ciabili con altre situazioni giuridiche rilevanti nello stesso ambito d'intervento.

Anche sotto il profilo delle responsabilità assegnate alle P.a. il citato criterio temporale, riportato all'ordinamento nazionale, se può agevolmente essere ritenuto insito nell'approccio fondato su di un'ottica di mercato che già richiede continuità, trova oggi anche giuridicamente ampio riscontro nel principio sancito dall'art. 9 della Costituzione italiana, riferibile all'uso delle risorse naturali.

Il comma 3, prima parte, aggiunto con l. cost. n. 1 del 2022, dispone infatti che la Repubblica è obbligata alla tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi "anche nell'interesse delle future generazioni". La misura del consenso da un lato, e dell'adeguatezza dall'altro, non hanno quindi termini determinati e condizionano l'Amministrazione a proiettare il risultato del proprio intervento prefigurandone gli impatti il più estesamente possibile.

Ancora, le implicazioni che l'agricoltura riflette su altri, distinti, ambiti materiali – salute, alimentazione<sup>1</sup>, ambiente, economia, cultura, lavoro, tanto per citarne alcuni – la rendono materia trasversale, anche in questo senso non strettamente legata alle Amministrazioni settoriali e, in generale, dei territori sui quali la sua pratica incide.

È inoltre da sottolineare il fatto che la materia agricoltura conosce molte fonti di regolamentazione, di diverso livello: da un lato la prevalenza di quelle euro-unitarie, dall'altro prima la concorrenza, oggi l'esclusività di quelle regionali – che concorrono però in materia di alimentazione – rispetto a quelle statali, pur in presenza di molte condizioni e distinguo che rendono meno perentoria l'affermazione basata sul dato testuale dell'art. 117 cost. L'apparente doppia esclusività, europea

<sup>1</sup> In dottrina per una prospettiva amministrativistica, v. S. CASSESE, *La nuova disciplina alimentare*, in *Per un'autorità nazionale della sicurezza alimentare*, a cura di S. Cassese, Milano 2002, 13 ss.; ID., *Proposte per un'autorità nazionale per la sicurezza alimentare*, in *Giornale di dir. amm.*, 2002, 799 ss.; A. MALTONI, voce *Sicurezza alimentare*, in AA.VV., *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, Milano, 2006, 5545; D. BEVILACQUA, *La sicurezza alimentare negli ordinamenti giuridici ultrastatali*, Milano, 2012.; L.R. PERFETTI, *Principi della disciplina pubblicistica dell'alimentazione*, in *Riv. Dir. agr.*, 2014, 3 ss.; V. PARISIO, *Sicurezza alimentare, funzione amministrativa e giudice amministrativo interprete del diritto interno e europeo*, in AA.VV., *La sicurezza alimentare. Profili normativi e giurisprudenziali tra diritto interno, internazionale ea europeo*, a cura di C. Bottari, Santarcangelo, 2015, 75 ss.

e regionale, finisce per riattribuire rilevanza al centro, anche in funzione di coordinamento tra diversi i livelli altrimenti privi di coerenza.

Considerato il quadro appena delineato, quelle che seguono rappresentano una prima che condivisione di alcune riflessioni che chi scrive si propone di approfondire in un più ampio studio dedicato all'agricoltura in prospettiva amministrativistica.

L'interesse manifestato dal mondo del diritto per l'agricoltura è naturalmente molto antico e profondo, testimoniato dalla presenza di un settore scientifico disciplinare specializzato dedicato questa materia<sup>2</sup>.

Lo sviluppo del diritto agrario nazionale – nei limiti in cui tale circoscritta visione possa ancora consentire un'autonomia interpretativa rispetto a quella europea – ha come punto di riferimento vigente il Titolo II, Libro quinto, capo II del codice civile, che regola i rapporti giuridici riferibili al settore agrario, con specifica attenzione alla tipologia contrattuale ad essi relativi.

Il capo richiamato è destinato in particolare all'approfondimento dell'impresa agricola, a partire dalla figura dell'imprenditore agricolo tracciata dall'art. 2135 cod.civ.<sup>3</sup>, cui si deve oggi affiancare una vasta

<sup>2</sup> In base alla classificazione disposta dal MIUR, d.m. 4 ottobre 2000, Allegato A, il Diritto agrario (IUS 03) è incluso tra i 21 settori scientifico disciplinari SSD in cui si riparte attualmente l'Area 12 - Scienze giuridiche.

<sup>3</sup> La norma, nel testo vigente in seguito alla sua sostituzione disposta dall'art. 1 del d.lgs. 18 maggio 2001, n. 228 (Orientamento e modernizzazione del settore agricolo, a norma dell'articolo 7 della legge 5 marzo 2001, n. 5), così recita:

“È imprenditore agricolo chi esercita una delle seguenti attività: coltivazione del fondo, selvicoltura, allevamento di animali e attività connesse.

Per coltivazione del fondo, per selvicoltura e per allevamento di animali si intendono le attività dirette alla cura ed allo sviluppo di un ciclo biologico o di una fase necessaria del ciclo stesso, di carattere vegetale o animale, che utilizzano o possono utilizzare il fondo, il bosco o le acque dolci, salmastre o marine.

Si intendono comunque connesse le attività, esercitate dal medesimo imprenditore agricolo, dirette alla manipolazione, conservazione, trasformazione, commercializzazione e valorizzazione che abbiano ad oggetto prodotti ottenuti prevalentemente dalla coltivazione del fondo o del bosco o dall'allevamento di animali, nonché le attività dirette alla fornitura di beni o servizi mediante l'utilizzazione prevalente di attrezzature o risorse dell'azienda normalmente impiegate nell'attività agricola esercitata, ivi comprese le attività di valorizzazione del territorio e del patrimonio rurale e forestale, ovvero di ricezione ed ospitalità come definite dalla legge”.

A questa definizione deve essere aggiunto che, in seguito alla modifica del d.lgs. n.

raccolta di norme – una sorta di ‘codice’ ufficioso –, dal ‘taglio’ prevalentemente privatistico, dedicata agli specifici contratti del settore e ai rapporti giuridici che ne derivano.

Norme che regolano diritti oggetto di negoziazioni, espressione di autonomia privata. A una prima sommaria lettura, quindi, quello qui proposto potrebbe apparire come un ordinamento settoriale che lascia poco spazio al diritto amministrativo o, se si preferisce, alla P.A. e al suo diritto.

La realtà, soprattutto affrontata dalla corretta prospettiva della pluralità degli interessi coinvolti, proiettati nello spazio e tempo come sopra indicato, porta a diversa conclusione, rendendo l’Amministrazione pubblica parte imprescindibile per il buon funzionamento e lo sviluppo del settore agricolo.

## *2. Amministrazione pubblica, agricoltura e PNRR*

L’approccio giuridico all’agricoltura si concentra dunque originariamente sulla proprietà terriera, ravvisando nelle vicende dominicali connesse all’uso produttivo del territorio la base per definire i corrispondenti rapporti contrattuali.

Oggi, tuttavia, il settore richiama l’attenzione del Diritto amministrativo perché la sua trasformazione riflette in gran parte quella dei nuovi compiti affidati alla Pubblica amministrazione, concentrati nell’impegno a garantire la – migliore – qualità della vita e la sostenibilità delle azioni da punto di vista sanitario, ambientale ed economico.

L’agricoltura, come sopra anticipato, proietta l’attività amministrati-

218 del 2001 disposta dal d.l. 20 giugno 2017, n. 91 (conv. dalla L. 3 agosto 2017, n. 123), (art. 1, comma 2), “Si considerano imprenditori agricoli le cooperative di imprenditori agricoli ed i loro consorzi quando utilizzano per lo svolgimento delle attività di cui all’articolo 2135, terzo comma, del Codice civile, come sostituito dal comma 1 del presente articolo, prevalentemente prodotti dei soci, ovvero forniscono prevalentemente ai soci beni e servizi diretti alla cura ed allo sviluppo del ciclo biologico”.

La nozione aggiornata risulta quindi molto più ampia rispetto alla scarna previsione originaria, in base alla quale, come disponeva il testo del 1942, “È imprenditore agricolo chi esercita un’attività diretta alla coltivazione del fondo, alla silvicoltura, all’allevamento del bestiame e attività connesse. Si reputano connesse le attività dirette alla trasformazione o all’alienazione dei prodotti agricoli, quando rientrano nell’esercizio normale dell’agricoltura”.

va non solo in una nuova accezione territoriale – nel senso reale della parola –, assegnando a tutela e uso del ‘suolo’ una rilevanza spaziale dimensionata in ragione delle sue caratteristiche oggettive e delle sue vocazioni produttive, ma anche in una dimensione temporale nuova. Essa presuppone una fruizione delle risorse naturali reiterata, equilibrata, conciliante attese umane ed esigenze ambientali entrambe di durata.

In stretta correlazione con l’ambito territoriale, nell’accezione appena delineata – e quindi non necessariamente coincidente sul piano organizzativo con la competenza territoriale, basata sui confini tra enti autonomi –, anche l’osservanza dei tempi imposti dalla natura delle produzioni per l’appunto diventa rilevanti per le scelte amministrative.

Oltre alla sempre doverosa tempestività dell’azione amministrativa, legata al momento di avvio dell’intervento pubblico e condizionata dall’efficacia della misura, rileva infatti nello specifico la stagionalità, variabile in base alle condizioni e alle fasi delle coltivazioni. Tempistica settoriale che, per il carattere rappresentativo degli enti, non coincide con l’arco temporale preso in considerazione dalle decisioni da assumere nell’esercizio delle funzioni, di norma commisurato alla durata dei governi territoriali, cui compete l’adozione delle scelte politiche che dovranno indirizzare l’attività amministrativa.

Come si è già avuto modo di affermare in principio a queste note, si intendono evidenziare queste caratteristiche in quanto l’adeguatezza dell’amministrazione, conseguentemente, deve sapere utilizzare parametri differenziati per determinare spazio e tempo dell’azione in modo armonico ed efficace rispetto agli obiettivi complessi.

Quanto appena ribadito a proposito delle rilevanti specificità proprie dell’agricoltura, trova ulteriore ragione di essere sottolineato in quanto il diritto amministrativo, in generale, sinora si è concentrato molto sul settore secondario e – soprattutto – terziario dell’economia, assumendo quindi una visione incompleta dei fenomeni economici.

Oggi, anche in un’ottica globale, è più che mai necessario concentrarsi attentamente anche sul settore primario, cui per l’appunto l’agricoltura appartiene, riavviando un confronto quanto mai opportuno e reciprocamente utile con gli studiosi dell’economia, oltre che con gli scienziati ed esperti dello specifico settore, per un approccio integrato dal quale si possono attendere soluzioni per il suo efficientamento e consolidamento, come condizione per una buona qualità della vita.

L'adozione del Piano nazionale di ripresa e resilienza – PNRR, presentato alla Commissione europea il 30 aprile 2021 e da essa accolto, offre un'occasione importante in questa direzione, utile a svolgere una complessiva e organica riconsiderazione di questi temi e, prima ancora che con i contenuti, soddisfa con il metodo l'approccio qui auspicato<sup>4</sup>.

La seconda delle missioni stabilite, infatti, dedicata “Rivoluzione verde e alla transizione ecologica”, indica come componente si può dire essenziale l'agricoltura sostenibile insieme all'economia circolare, offrendo valida testimonianza della tendenza che, opportunamente, si sta affermando, inclusiva di un ambito di primaria importanza come quello dell'agricoltura<sup>5</sup>.

Il PNRR, tuttavia, pur rivestendo grande importanza e rappresentando un efficace impulso anche verso il generale rinnovamento della P.A., è atto necessariamente transitorio: starà anche alle P.a. sapere cogliere e continuare la linea tracciata, condivisa a livello europeo, anche oltre l'auspicato superamento della contingenza critica che lo ha originato.

Al tempo stesso, la sua coerente attuazione è da ritenere non episodio isolato, una tantum, autoreferenziale, ma come avvio di un processo duraturo, da implementare e interpretare alla luce delle ulteriori innovazioni che, contemporaneamente, stanno determinando un nuovo modello di P.a.

Nello specifico, emerge con forza la rilevanza della materia per la tutela dell'ambiente, disponendo un punto di saldatura stabile tra i due settori, distinti sul piano giuridico ma inscindibili sul piano reale, in ag-

<sup>4</sup> In dettaglio, secondo quanto esplicitato sul sito del Masaf, le misure attuative sono le seguenti: – “Sviluppo logistica per i settori agroalimentare, pesca e acquacoltura, silvicoltura, floricoltura e vivaismo, con una dotazione di 800 milioni di euro; – Parco Agrisolare, con una dotazione di 1,5 miliardi di euro; – Innovazione e meccanizzazione nel settore agricolo ed alimentare, con una dotazione di 500 milioni di euro; – Investimenti nella resilienza dell'agro-sistema irriguo per una migliore gestione delle risorse idriche, con una dotazione di 880 milioni di euro; - Contratti di filiera e di distretto, con una dotazione di 1,2 miliardi di euro (finanziati con risorse a valere sul Fondo per gli investimenti complementari al PNRR)”.

<sup>5</sup> V. in dottrina S. MASINI, “*Transizione ecologica*” dell'agricoltura, in *Dir. Agroalimentare*, 2022, (1), 45 ss.

giunta a quanto già noto specie in tema di proprietà terriera e salubrità delle coltivazioni<sup>6</sup>.

In premessa è già stata ricordata la revisione della Carta costituzionale e la recente introduzione tra i principi fondamentali di quello della tutela ambientale e della biodiversità. Quest'ultimo in particolare caratterizza proprio l'agricoltura, così come particolarmente calzante è la proiezione verso le future generazioni. L'agricoltura di per sé è un settore che non può vivere solo dell'oggi, come più volte si è evidenziato, ma si deve strutturalmente basare, anche da un punto di vista pratico, sulla programmazione degli interventi per il corretto uso delle risorse cui attinge, variandoli e cadenzandoli per una proficua e duratura produttività delle stesse.

### 3. Segue: *Amministrazione e agricoltura alla luce del nuovo testo dell'art. 9 cost.*

Da quanto sopra affermato, risulta essere – deve essere – interesse primario anche di chi pratica l'agricoltura non consumare il suolo ma salvaguardarlo e tenerlo vivo per la continuazione della propria attività.

Questa osservazione dovrebbe in teoria semplificare la relazione tra P.a. e chi opera in agricoltura, partendo da una convergenza di interessi che porta alla collaborazione tra le due parti, pubblica e privata, in un'ottica di sussidiarietà orizzontale.

Si rafforza perciò una nuova prospettiva, in attuazione di quanto sancito espressamente dal già richiamato art. 9 cost. con riferimento la Repubblica e quindi, implicitamente, a tutti i soggetti che la costituiscono secondo l'enumerazione disposta nel successivo art. 114 da combinare con il criterio di attribuzione delle funzioni disposto dal successivo art. 118.

Sempre in seguito alla revisione dell'art. 9 cost., merita di essere ricordato anche il riferimento alla tutela degli animali, posta espressamente a carico della legge dello Stato – e di conseguenza non delle Regioni – , cui si affida la disciplina dei modi e delle forme di tutela degli animali, componenti viventi dell'ordinamento giuridico. Affermazione che, in

<sup>6</sup> V. G.P. ROSSI, *Diritto dell'ambiente e diritto dell'alimentazione*, in *Riv. quadr. dir. amm.*, 2015, (1), 3 ss.

base a un'interpretazione ampia della norma, può comportare anche l'ampliamento del contesto soggettivo da considerare, con la definizione di modelli differenziati e strumenti adeguati da parte del Legislatore.

La rilevanza dell'allevamento in agricoltura e l'impatto anche ambientale delle pratiche che lo concernono è del resto tema ben noto agli studi scientifici di settore, da tempo impegnati nella definizione e misurazione dell'*impronta ecologica*, coniugando insieme esigenze e abitudini alimentari, correlate agli allevamenti di animali destinati al consumo umano, e impatto sull'ambiente degli stessi<sup>7</sup>, fino a rilevare uno stretto nesso di causalità tra alcune metodologie adottate – specie quelle a carattere intensivo – e crisi climatica.

Anche per questo profilo, dunque, la sfera di responsabilizzazione delle P.a. risulta implementata e da adeguare rispetto all'emersione di nuove esigenze, fino a comprendere i consumi finali, da sensibilizzare e orientare verso scelte più sostenibili.

Si intende quindi, in questa prospettiva ampia ma irriducibile per garanzia di efficacia, coordinare le azioni singole e sperimentali localizzate anche con gli orientamenti adottati a livello internazionale sul mai risolto e ben noto tema basilare del contrasto alla fame nel mondo, anche in seguito alle riflessioni svolte in occasione dell'Expo 2015 ad esso dedicata, evento che ha visto opportunamente accrescere l'attenzione per questi temi anche da parte del mondo scientifico che confidiamo non lo abbandoni.

È emerso con grande chiarezza in quella sede come l'agricoltura, i cui prodotti siano destinati all'alimentazione umana o animale, debba attenersi al principio dello sviluppo sostenibile, dovendo combinare quantità e qualità necessarie a garantire contestualmente libertà dalla fame<sup>8</sup>, salute umana e animale, tutela dell'ambiente.

<sup>7</sup> Si veda l'interessante ricerca svolta da Fondazione Barilla intitolata "Doppia piramide per connettere cultura alimentare, salute e clima", adottando un modello che affianca la piramide alimentare a quella del clima per evidenziare gli impatti dei cibi sui due fattori dalla cui lettura si evince una dieta equilibrata, sana e sostenibile al fine di "incoraggiare l'adozione di stili alimentari che siano salutari per l'uomo e rispettosi del pianeta, riducendo l'impatto delle scelte alimentari sull'ambiente e sul cambiamento climatico": v. gli esiti in <https://www.fondazionebarilla.com/doppia-piramide/>.

<sup>8</sup> Cfr. C. RICCI, *Contenuti normativi del diritto a un cibo "adeguato" a livello internazionale*, in AA.VV., *La tutela multilivello del diritto alla sicurezza e qualità degli alimenti*,

A quel fine, sino ad ora, ha prevalso la tendenza alla specializzazione delle culture e degli allevamenti per il perseguimento della quantità immediata, non in modo coerente con la natura degli stessi.

Oggi è chiaro che la scelta da adottare debba andare nella direzione opposta, cioè quella di garantire e tutelare le biodiversità<sup>9</sup>, orientare i consumi applicando al settore in esame la specificazione del principio generale sulla produzione ‘dalla culla alla tomba’, declinato come ‘dalla fattoria – o dal campo – alla tavola’, che si prefigge per l’appunto ad assicurare la sostenibilità dell’agricoltura<sup>10</sup>.

In proposito occorre evidenziare che sostenibilità<sup>11</sup> e sovranità assumono un significato del tutto peculiare nell’ambito agroalimentare, mirando entrambi alla garanzia dell’accesso al cibo con concentrandosi l’uno sulla produzione e relativo impatto, l’altro sui diritti delle popolazioni coinvolte. Il secondo termine, presente nella locuzione ‘sovranità alimentare’, fa parte della denominazione del Dicastero di settore, rinominato infatti ‘Ministero dell’agricoltura, della sovranità alimentare e delle foreste’ come disposto con d.l. 173 del 2022 convertito con l. n. 204 dello stesso anno, che ha così sostituito la precedente denominazione di Ministro delle politiche agricole, alimentari e forestali<sup>12</sup>.

a cura di C. Ricci, Milano, 2007, 33 ss.

<sup>9</sup> V., ampiamente, M. MONTEDURO, *Diritto dell’ambiente e diversità alimentare*, in *Riv. quadrim. di dir. dell’amb.*, 2015, (1), 88 ss.; ID., *Ius et rus: la rilevanza dell’agroecologia del diritto*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2019, 4 ss.

<sup>10</sup> Una completa enunciazione dell’orientamento Europeo si legge nella Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni: *Una strategia “dal produttore al consumatore” per un sistema alimentare equo, sano e rispettoso dell’ambiente*, Com/2020/381 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/>

<sup>11</sup> Cfr E. CRISTIANI, *La sostenibilità ambientale delle filiere agro-alimentari*, in *Riv. Dir. Agrario*, 2021, (1), 54 ss., per un’attenta analisi del principio in relazione alla strategia dell’UE sulla biodiversità per il 2030.

<sup>12</sup> Il concetto di sovranità alimentare che identifica la linea politica agricola del Governo insediato nell’ottobre 2022, XIX Legislatura, intende affermare “ il diritto di una nazione di scegliere e difendere il proprio sistema alimentare e decidere il proprio modello produttivo, in alternativa all’omologazione alimentare globale e al cibo sintetico”; in quest’ottica “la sovranità alimentare garantisce da un lato il produttore ed il collegamento al rispetto alla capacità di produrre e dall’altro il consumatore finale con la garanzia di cibo disponibile per tutti e di qualità”, con particolare attenzione alla difesa della dieta mediterranea e i suoi prodotti d’eccellenza, testimonianza di valori storico-

Anche l'idea di economia circolare trova un'interessante applicazione, pur indirettamente, nel settore dell'agricoltura.

Già nel 2016 è stata adottata la l. n. 166 del 2016, c.d. 'legge antisprechi', proprio per garantire ogni giorno il completo e razionale utilizzo delle risorse alimentari (e dei prodotti farmaceutici) destinate al consumo umano, con dichiarate finalità anche di solidarietà. È indubbio che il sostegno legislativo possa solo parzialmente conseguire gli obiettivi prefissati, essendo essenziale l'adesione autonoma e volontaria dei destinatari, culturalmente preparati: questo aspetto sarà evidenziato in fine al presente scritto.

Altro spunto interessante per la futura attuazione dell'art. 9 della Costituzione è che questo fornisce una chiave di interpretazione nuova per le attività economiche oggetto dello stesso testo costituzionale, affermazione tanto più valida ove si consideri che la stessa legge di revisione ha modificato anche l'art. 41 nella stessa direzione di tutela ambientale.

È inoltre implicito il collegamento con l'art. 44 cost.<sup>13</sup>, pur non di-

culturali, come si legge tra le linee programmatiche pubblicate nella *home page* del Masaf, <https://www.politicheagricole.it/>.

Il 'diritto alla sovranità alimentare' è riconosciuto anche in ambito UE, come si legge al paragrafo 23, nota (20) della Risoluzione del Parlamento europeo del 6 luglio 2022 (2023/C 47/11) rubricata 'Affrontare la questione della sicurezza alimentare nei paesi in via di sviluppo. Nel documento richiamato si afferma infatti che "la sovranità alimentare è definita da Via Campesina come il diritto dei popoli a un'alimentazione sana e culturalmente appropriata, prodotta con metodi ecologicamente sani e sostenibili, e a definire i propri sistemi alimentari e agricoli". Il testo europeo richiama l'organizzazione nota come Via Campesina, International peasants' movement (<https://viacampesina.org>), cui si riconduce l'espressione "sovranità alimentare", formalizzata in Belgio, a Mons, nel 1993; la stessa espressione è stata adottata con la Declaration of the Forum for Food Sovereignty, Nyéléni Village, Sélingué, Mali, 27 February 2007, in <https://nyeleni.org/en/declaration-of-nyeleni/>.

La risoluzione EU citata pone come complemento del diritto alla sovranità la sicurezza alimentare ricordando che, "secondo la definizione del Comitato delle Nazioni Unite per la sicurezza alimentare mondiale, è la condizione in cui ogni individuo, in ogni momento, ha accesso sul piano fisico, sociale ed economico a un'alimentazione sufficiente, sana e nutriente, in grado di soddisfare il proprio fabbisogno nutrizionale e le proprie preferenze alimentari a beneficio di una vita attiva e sana".

<sup>13</sup> Si riporta per comodità del lettore il testo dell'art. 44 cost.: "Al fine di conseguire il razionale sfruttamento del suolo e di stabilire equi rapporti sociali, la legge impone obblighi e vin-

rettamente inciso, espressione di un momento storico che ha portato a considerare in modo specifico e differenziato la proprietà terriera rispetto alla proprietà degli altri beni, evidenziandone la necessità di utilizzo, qualificando lo sfruttamento del suolo attraverso l'intervento del legislatore finalizzato a garantirne *in primis* la razionalità.

Anche se il contesto di riferimento è profondamente cambiato, si tratta di un approccio che conserva la sua grande attualità, specie se ad esso si aggiunge il fine ulteriore di stabilire equità nei rapporti sociali, anticipando principi in perfetta armonia con quanto si trova oggi sancito nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, rispetto alle cui norme il concetto di razionale uso del suolo, suo razionale sfruttamento è perfettamente coerente.

Si tratta in sostanza di un vincolo al godimento della proprietà, funzionalizzata nella direzione della razionalità dei suoi usi, anche a garanzia della realizzazione di precisi obiettivi enunciati dal testo, che prevedono per la loro realizzazione anche interventi pubblici diretti come quello della bonifica.

La razionalità, quindi, per il settore qui in esame è principio rafforzato, caratterizzante tanto l'azione legislativa quanto quella amministrativa, parametro fondamentale per affermare la conformità costituzionale degli interventi pubblici in tema di agricoltura. Il principio generale, già declinato nell'art. 44, trova una ancor più penetrante definizione con il contributo dell'art. 9 cost., con particolare riferimento al vincolo della sostenibilità ivi affermato.

#### *4. Il ruolo delle P.a. in ambito agricolo: nuovi obiettivi, nuove collaborazioni per l'innovazione del sistema*

Il ruolo attuale delle P.a. destinato a incidere sull'agricoltura, oltre

coli alla proprietà terriera privata [840 c.c.], fissa limiti alla sua estensione [846 c.c.] secondo le regioni e le zone agrarie, promuove ed impone la bonifica delle terre [857 c.c.], la trasformazione del latifondo e la ricostituzione delle unità produttive; aiuta la piccola e la media proprietà. La legge dispone provvedimenti a favore delle zone montane.”

Per la dottrina più recente si veda lo studio di C. GUADAGNOLO, *L'art. 44 della Costituzione: dagli intenti sociali e solidaristici dei costituenti all'odierna interpretazione in chiave ambientalista*, in *Foro napoletano*, 2015, 361 ss.

alla rilevante considerazione del relativo mercato, si riempie di nuovi significati, che derivano in particolare da ciò che è stato condiviso a livello internazionale, accentuando l'attenzione per la sostenibilità.

Questa condizione specifica, come sopra affermato riconducibile alla più generale ragionevolezza, ha carattere relazionale, e presuppone la comparazione tra più aspirazioni confluenti sul medesimo bene. La sostenibilità si misura e si raggiunge attraverso la ponderazione in concreto di aspirazioni e situazioni giuridiche tutte meritevoli di considerazione da parte dell'ordinamento, svolgendo un'attività di bilanciamento che esprime la funzione tipica delle Pubbliche amministrazioni.

È la P.a., nell'esercizio dei poteri che il legislatore le attribuisce e in conformità con le disposizioni dei trattati UE e della costituzione, ad essere come sempre tenuta a trovare il punto di equilibrio tra la pluralità delle diverse esigenze da soddisfare.

Ciò che occorre tenere presente è che quello in esame è un settore che si presta a un confronto molto complesso perché, tra le diverse aspirazioni che si possono contrapporre nella sua realtà, parte già con l'esigenza di dover combinare da un lato pretese inevitabilmente sovranazionali – globali, in ottica di mercato –, ed altre che sono altrettanto meritevoli ma di dimensione locale.

Ciò che si deve avvalorare è che i due livelli dimensionali non sono sempre antitetici e antagonisti ma che entrambi possono trovare adeguata soddisfazione riconoscendo e preferendo le specificità locali, quando siano espressione di valori identitari e culturali, oltre che di valore economico per le comunità interessate che anche ne traggono reddito<sup>14</sup>.

Non si tratterà quindi di procedere in via di eccezione rispetto alla tendenza all'uniformazione, anch'essa nei casi che vi si prestano utile tecnica di equilibrio tra istanze e rapporti, ma di buona amministrazio-

<sup>14</sup> Una concreta azione in tal senso è prefigurata dal recente d.d.l. approvato dal Consiglio dei Ministri del 28 marzo 2023, n. 26, recante *“Disposizioni in materia di divieto di produzione e di immissione sul mercato di alimenti e mangimi sintetici”*. L'obiettivo dichiarato, con approccio precauzionale, è quello di “assicurare la tutela della salute umana e degli interessi dei cittadini nonché preservare il patrimonio agroalimentare, quale insieme di prodotti espressione del processo di evoluzione socio-economica e culturale dell'Italia, di rilevanza strategica per l'interesse nazionale”.

ne della complessità da salvaguardare, analogamente del resto alla garanzia di tutela specifica della biodiversità ora sancita in Costituzione.

Altro aspetto da accennare per rimarcare l'ampiezza del ruolo richiesto alle P.a. in materia di agricoltura da un punto di vista locale e culturale riguarda il pregio estetico dei luoghi interessati, cui l'agricoltura delinea tratti e contorni: il *paesaggio rurale* è indubbiamente un oggetto meritevole di una tutela da parte dell'ordinamento.

Esso riflette la particolarità dei luoghi non solo in termini geografici ma anche per il rapporto con la città, tra città e campagna oltre al rapporto tra le collettività insediate e le coltivazioni: la differenziazione dei luoghi riflette il cambiamento anche delle scelte di natura etica, legate all'evoluzione dell'approccio storico, quanto alle prime forme dell'intervento pubblico, rivolto alle coltivazioni nel perseguimento del fine ultimo di garantire la salubrità degli alimenti.

È immediato il riferimento alla produzione agricola, agroalimentare e dell'acquacoltura con metodo biologico, oggetto della recentissima l. n. 23 del 2022 che ne vuole sostenere lo sviluppo e la competitività, legge che testimonia la crescente attenzione del Legislatore per il settore, soggetto a importanti innovazioni sia nei processi produttivi sia gli utenti finali: dal campo, o dalla fattoria, alla tavola, appunto.

Il quadro delle competenze, multilivello e multisettoriali, che si intrecciano nella materia si rivela efficiente ed efficace solo se tutti i soggetti coinvolti dimostrano la stessa sensibilità e hanno eguali capacità di adeguare i propri interventi alle innovazioni che stanno ridisegnando il settore dell'agricoltura, talvolta anche segnando un – apparente – passo indietro rispetto a quanto si era ritenuto più performante in precedenza: il recupero di antiche coltivazioni, di specie abbandonate per strategie di mercato, di tecniche lavorative tradizionali ne sono una significativa esemplificazione.

La sovrapposizione dell'agricoltura alla categoria di merce, cui i suoi prodotti sono riconducibili, ne privilegia il momento della trasformazione industriale, legata al prevalere dell'approccio destinato a regolare il mercato comune appare oggi sintesi quanto mai riduttiva: la stessa Unione europea, concentrata in fase iniziale sull'obiettivo della creazione del mercato comune, ha da tempo ampliato il proprio ambito d'azione, specie con riguardo alla sicurezza alimentare e alla tutela ambientale, come emerge dalla Politica agricola comune – PAC, che, ri-

formata nel 2003, coniuga temi sociali, economici ed ambientali nell'ottica della realizzazione di un sistema agricolo sostenibile dell'UE<sup>15</sup>.

Il contributo alla sicurezza da riconoscere al regolamento europeo n. 178 del 28 gennaio 2002, adottato in seguito alla redazione di un Libro verde (1997) e di un Libro bianco (2000) è fondamentale. Sono in particolare da segnalare l'affermazione dell'obbligo di tracciabilità dei prodotti alimentari, che segue una metodologia analoga a quella già sperimentata in campo ambientale, l'introduzione del principio dell'analisi del rischio e di quello di precauzione, oltre all'istituzione dell'Autorità europea per la sicurezza alimentare – EFSA, dotando opportunamente di organizzazione, strumenti e metodologie i nuovi obiettivi fissati: alimenti sì, ma frutti dell'agricoltura, che ne è quindi attrice principale pur non essendo oggetto primario dell'intervento.

In questa ampia prospettiva, oltre al necessario coordinamento tra le amministrazioni competenti – ivi compresa la corretta gestione delle intersecazioni tra le competenze ministeriali plurime incidenti sulla materia, dove pure è presente il Dicastero settorialmente dedicato – anche il rapporto coi privati deve avere una più precisa collocazione, in termini di sussidiarietà orizzontale intesa sia come limite all'intervento pubblico – non necessario e proporzionato - sia come sostegno alle autonome iniziative che contribuiscono alla innovazione del settore nella linea tracciata dalle norme vigenti.

Quanto al primo aspetto, è da segnalare che in linea di massima l'intervento pubblico non è considerato dagli operatori del settore come un'indebita ingerenza, lesiva dell'autonomia imprenditoriale, bensì è spesso richiesto in forma di tutela – si pensi ad esempio alla politica dei prezzi e delle quantità di produzione a tutela del mercato interno – ma anche come sostegno al riconoscimento delle qualità e tipicità dei prodotti che si intendono valorizzare, assumendo un ulteriore ruolo, quello premiale, a favore delle specificità meritevoli.

È ad esempio il caso dei marchi – a loro volta ricchi di implicazioni, evidenziando profili diversi come il rispetto per l'ambiente, le proprietà nutrizionali, il risparmio energetico, la sostenibilità ed equità delle produzioni –, e delle denominazioni d'origine e può comprendere anche

<sup>15</sup> Cfr. A. JANNARELLI, *Agricoltura sostenibile e nuova PAC: problemi e prospettive*, in *Riv. Dir. Agr.*, 2020, (1), 23 ss.

iniziative normalmente d'impulso privato come le 'strade dei vini e dei sapori' fino a includere, in questa variegata esemplificazione, l'agriturismo, disciplinato da apposita legge quadro, la l. n. 96 del 2006, introdotta a sostegno delle zone rurali e dell'imprenditoria del settore.

Emerge quindi l'opportunità di dare nuovo impulso al partenariato pubblico privato, da realizzare attraverso una progettualità che, contenutisticamente, sappia dare conto della pluralità degli interessi da soddisfare e della rilevanza del contributo offerto dal confronto con la pluralità di competenze tecniche e scientifiche insite nella complessità del settore, che sappia prefigurare e integrare gli effetti anche a obiettivo conseguito.

Un'intensa e diffusa attività di educazione ai valori che l'agricoltura esprime, alcuni dei quali sono stati sopra richiamati senza pretesa di esaustività, senza dubbio, è una delle sfide che Pubbliche amministrazioni e privati – anche orientando qualitativamente i consumi finali – devono sapere mettere in campo con una sinergia sino ad oggi purtroppo non utilizzata rispetto alle potenzialità che essa presenta.

Peraltro, l'insufficienza e il necessario superamento dell'approccio basato sul modello del *command and control* già da tempo ha rivelato i suoi limiti configurando una P.a. limitata a conformare le attività private, essendo appunto preferibile un intervento condiviso, equilibrato ed educatore che combini, come più volte affermato in queste note, quantità da garantire all'accesso il più diffuso possibile, qualità basate su elementi scientifici olistici<sup>16</sup>, coinvolgendo il comportamento dei consumatori, in grado di orientare il mercato se adeguatamente informati.

Come esempio di chiusura di queste brevi note si può ancora citare il caso della disciplina riguardante le terre confiscate alla mafia, disposta con l. n. 109 del 1996 e d.lgs. 159 del 2011, fattispecie in cui l'agricoltura diviene lo strumento per raggiungere finalità diverse da quelle più strettamente legate alla materia in sé ma che ne riflettono la sua rilevanza fondamentale per il sistema produttivo – di cui come sopra ricordato rappresenta il settore primario –, per la tutela dell'ambiente e della salute, per la cultura che in tal modo comprende anche quella essenziale della legalità. Il modello richiamato è reso vincente anche grazie alla sensibilità dei con-

<sup>16</sup> Cfr. V. RUBINO, *Aspetti di interazione fra qualità e sicurezza alimentare*, in *Diritto&Diritti*, (2002). [www.diritto.it](http://www.diritto.it).

sumatori che, scegliendo quei prodotti, aderiscono e sostengono il fine di riqualificazione ambientale comprensiva anche della componente sociale.

L'Amministrazione del futuro, quindi, anche in un settore la cui rilevanza pubblica trova espresso riscontro in Costituzione ha quindi ampi ambiti da gestire con un approccio innovativo.

VERA KARAM DE CHUEIRI

THE GREEN BELT MOVEMENT E O MOVIMENTO  
INTERESTADUAL DAS QUEBRADEIRAS  
DE CÔCO DE BABAÇU:  
MULHERES, SUSTENTABILIDADE,  
RESISTÊNCIA E PERSISTÊNCIA

Um grande rio sempre começa em algum lugar. Quase sempre uma minúscula nascente que sai borbulhando de uma fenda no solo (...). Mas, para o riacho se transformar num rio, ele precisa encontrar outros afluentes e se juntar a eles em seu caminho rumo a um lago ou mar. Assim, quando as pessoas passam a conhecer um pouco a minha vida e o meu trabalho no Movimento Cinturão Verde, e me perguntam “Por que árvores?”, a verdadeira questão é que essa é uma pergunta com muitas respostas.

(Wangari Maathai, in: *Inabalável*)

Minha filha, [o movimento] é tudo na minha vida, o movimento foi e é a minha vida. Por quê? Porque eu me realizei um pouco como mulher, eu me valorizei, estou me valorizando como uma mulher, trabalhadora rural, quebradeira de coco babaçu, não tenho vergonha de dizer "eu sou quebradeira de coco babaçu" (...). O movimento pra mim é tudo isso que eu realizei, porque se eu não tivesse me valorizado, a minha luta, a minha identidade, eu não tinha andado por esse lugar por onde eu já andei e ainda queria ir mais...

(Antonieta, em 17/01/2018 in: Carvalho, Andressa e Macedo, João P. *As Guerreiras do Babaçu* )

A legal tradition is hence part and parcel of a complex normative world. The tradition includes not only a corpus iuris, but also a language and a mythos – narratives in which the corpus iuris is located by those whose wills act upon it.

(Robert Cover, in: *Nomos and Narrative*)

SUMÁRIO: 1. Introdução. – 2. The Green Belt Movement e o Movimento das Quebradeiras de Côco de Babaçu: a propósito de uma descrição. – 3. A crise dos arranjos políticos e jurídicos em comunidades como o Brasil e o

Quênia e os movimentos de resistência das mulheres. – 4. Considerações finais.

### 1. *Introdução*

Tendo em vista o tema do V Congresso da Associação Ítalo-Brasileira de Direito Constitucional e Administrativo, qual seja, democracia, direitos humanos e desenvolvimento sustentável, tendo em vista a urgência e emergência destes temas e realidades, tendo em vista, sobretudo, as crises que a democracia, os direitos humanos e o meio ambiente experimentam no mundo e, em especial no Brasil, gostaria de compartilhar, duas experiências de resistência e lutas em favor da democracia, dos direitos humanos e do meio ambiente sustentável. Duas experiências que se aproximam, a despeito da sua distância físico-espacial. Uma localizada no sul do mundo, no Brasil, e a outra na linha do equador, no Quênia<sup>1</sup>. Duas experiências, cujas comunidades tradicionais, dos seus povos originários, foram, sistematicamente, oprimidas pelos respectivos colonizadores (Portugal, no caso do Brasil e Portugal e Inglaterra, no caso do Quênia). Duas experiências de mobilização social e de mulheres que tem desafiado preconceitos, enfrentado violências e proposto alternativas locais com efeitos globais para espaços e tempos mais inclusivos, mais igualitários e mais justos. As experiências às quais me refiro trata-se do *The Green Belt Movement* (GBM), do Quênia e o *Movimento das Quebradeiras de Côco de Babaçu*, dos estados brasileiros do Pará, Tocantins, Maranhão e Piauí, na chamada Mata dos Cocais, área de transição entre a Caatinga, o Cerrado e a Amazônia (MIQCB).

<sup>1</sup> “Em 1885, a Grã-Bretanha e as outras “grandes potências” da Europa se reuniram na Conferência de Berlim para formalizar (...) a partilha da África (...). Com um risco de caneta num mapa, esses países atribuíram regiões inteiras às diversas potências e criaram nações absolutamente novas. (...) Antes dessa divisão superficial, várias comunidades africanas já se identificavam como nações, embora fossem micro-nações. Os países que surgiram daquela conferência reuniram essas comunidades arbitrariamente, de tal forma, que, por vezes, os novos cidadãos das nações pós-Berlim consideravam-se mutuamente como estrangeiros.” MAATHAI, Wangari. *Inabalável*. Trad. Janaína Senna. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2007.

Minha intervenção, portanto, pretende articular esses dois movimentos sociais, ecológicos/ambientais e de mulheres, como exemplos de luta e efetivação de direitos, na interseção de demandas sociais, ambientais, de gênero e igualitárias. Para tanto, na primeira parte deste trabalho (1) descrevo os dois movimentos, suas equivalências e diferenças, aproximadas pelas lutas que empreendem e por acusarem (2) a crise dos arranjos políticos e jurídicos de suas comunidades, as quais partilham a experiência da violência colonizadora, em suas narrativas específicas, como também novas formas de violência, ao mesmo tempo que partilham a experiência da resistência e da persistência. Assim, enfrentam a crise afirmando o papel dos movimentos sociais de mulheres para proteção dos seus direitos e do meio ambiente sustentável.

## *2. The Green Belt Movement e o Movimento das Quebradeiras de Côco de Babaçu: a propósito de uma descrição*

Pois bem, o GBM foi fundado pela Wangari Maathai, em 1977, sob os auspícios do Conselho Nacional de Mulheres do Quênia para responder às necessidades das mulheres do campo do Quênia que relatavam a seca dos seus rios, a falta de alimentos e a necessidade de andar, cada vez mais, para conseguir lenha, tanto para servir de combustível, quanto para a construção de cercas. Assim, o GBM mobilizou as mulheres quenianas para que trabalhassem juntas no cultivo de mudas e no plantio de árvores para melhorar a qualidade do solo, armazenar água da chuva, adquirir lenha e comida e, ainda, receber algum dinheiro pelo seu trabalho<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Since Wangari started the movement in 1977, over 51 million trees have been planted. Over 30,000 women trained in forestry, food processing, bee-keeping, and other trades that help them earn income while preserving their lands and resources. Communities in Kenya (both men and women) have been motivated and organized to both prevent further environmental destruction and restore that which has been damaged. (...) On June 5, 1977 in Nairobi, the capital of Kenya, trees were planted, marking the beginning of what would become an internationally influential movement that challenges the hegemonic structures of that oppress rural communities in Kenya. The Green Belt Movement's mission is to "mobilize community consciousness for self-determination, justice, equity, reduction of poverty, and environmental conservation,

Wangari Maathai se deu conta que o estado de necessidade, urgência e emergência da mulheres das zonas rurais do Quênia não ameaçava apenas elas e suas comunidades, mas também ameaçava aquelas, que como ela, pertenciam às elites urbanas. Era autoevidente a relação entre os sintomas de degradação ambiental e suas causas – desmatamento, agricultura não-sustentável, e deterioração do solo – e, portanto, algo deveria ser feito. “Não podíamos simplesmente lidar com as manifestações dos problemas. Tínhamos que enfrentar suas raízes.”<sup>3</sup>

Pois bem, pouco depois do GBM iniciar este trabalho de encorajamento e mobilização das mulheres quenianas, elas perceberam que por trás das dificuldades cotidianas – degradação ambiental, desmatamento e insegurança alimentar – havia outras, mais profundas, como a privação de direitos, o desempoderamento, a violência doméstica e a perda dos valores tradicionais que, anteriormente, permitiam às comunidades proteger seu ambiente, trabalhar e viver coletivamente.

Diante deste estado de coisas, o GBM passou a encorajar as mulheres a examinar por que elas não tinham agência para mudar suas circunstâncias pessoais, políticas, econômicas e ambientais. Neste sentido, passou a defender um maior espaço de participação para as mulheres e a cobrar mais responsabilidade das instituições em relação ao meio ambiente, à violência de gênero e às práticas antidemocráticas. Com essas ações o GBM fez com as quenianas se engajassem na luta contra a apropriação indevida de terras, a invasão da agricultura predatória nas florestas, entre outras ações mais específicas e igualmente deletérias à comunidade queniana, como a colocação de torres em parques públicos, a exemplo do que aconteceu no Parque Uhuru, no centro de Nairóbi. Ainda, o GBM se engajou em pautas políticas mais tradicionais como a luta pela libertação de presos políticos.

Essas ações do GBM mobilizaram as mulheres em torno de agendas mais ou menos genéricas, fazendo-as agir, ao mesmo tempo, no macro e no micro campo da política, por meio de intervenções na sociedade, no Estado, no meio ambiente e nas suas vidas privadas. Em realidade, as

using trees as the entry point”. UCHIL, Pratik, *The Green belt movement: a values-driven society of people who consciously work for continued improvement of their livelihoods and greener, cleaner world*. 3. [https://www.academia.edu/30533303/green\\_belt\\_movement](https://www.academia.edu/30533303/green_belt_movement).

<sup>3</sup> MAATHAI, W. *Inabalável*, 159.

ações do GBM implicavam numa dialética constante entre demandas sociais, ecológicas (coletivas) e domésticas (individuais). Com isso, as mulheres do Quênia foram obrigadas a se deslocar das suas casas e, ao fazê-lo, ao ocupar espaços coletivos perceberam a potências das suas ações tanto para a sociedade e o Estado no Quênia, quanto para elas mesmas. Esse movimento contribuiu, ainda, definitivamente para a diminuição da violência doméstica e para a desnaturalização de práticas reiteradas de agressão contra as mulheres. Mais do que isso, resultou no aprimoramento das relações de gênero, envolvendo as próprias mulheres nos processos de tomada de decisão, tornando-as conscientes do seu protagonismo e liderança para lidar com suas próprias dificuldades e demandas, no sentido de superá-las. Ou seja, o GBM empoderou as mulheres do Quênia para enfrentar problemas históricos de opressão, desigualdade, violência por meio de ações que, num primeiro plano, diziam respeito ao plantio de mudas e árvores, mas que, num segundo plano, iam muito mais além do que isso, ou seja, alcançavam a existência individual e coletiva dessas mulheres e suas identidades.

Neste sentido, o GBM acabou pautando a questão da desigualdade de gênero que, desde sempre, se tornou um obstáculo tanto para a vida cotidiana de cada mulher no Quênia, quanto para o desenvolvimento social, econômico, político e ecológico do país.

“A depth of activism can be seen from the Green Belt Movement when evaluated through the lens of Black feminism. Black feminism addressed the realities of intersectionality related to identity and the multiple forms of oppression, Black women specifically, experience. By making women in Kenya the key stakeholder for this organization, agency has given back. This clearly helped to legitimize the movement as one that benefits women and provides them a better livelihood through such activism. (...) In organized seminars, women from different rural Kenyan communities discussed their experiences of environmental degradation. The inputs from these seminars were used to create solutions from subjugated knowledge to resist marginalization and cultural knowledge about their communities. Two relevant examples of ways women are prevented from obtaining equal capital are by the social and political restrictions in land ownership for women and being prevented from joining decision-making meetings. Thus, the organiza-

tion functions to mitigate oppressive practices by ending land grabbing that cause deforestation and corruption. This network of 4,000 community groups in Kenya, who volunteer to protect their natural environment, practice day to day liberation, which is a key aspects of Black feminism work. In addition, the Green Belt Movement can fight against the normative ideology related to ability and education. Using the phrase “*you do not need people with diplomas to plant trees*” provides a counter narrative to highlight the multiple types of knowledge and wide range of knowledge accumulation”<sup>4</sup>.

Essa experiência do GBM mostra que quando as comunidades no Quênia, especialmente as mulheres dessas comunidades, se deram conta do vínculo entre o meio ambiente em que viviam, suas situações de vulnerabilidade (pobreza, violência, escassez de água, perda de solo e insegurança alimentar) e a necessidade de agir para reverter este estado de coisas, elas se mobilizaram e construíram alternativas de mudanças (por si próprias).

Nos últimos anos, o GBM tem atuado localmente, no Quênia, e globalmente, no resto do mundo, em relação às mudanças climáticas, sublinhando a importância das florestas tropicais da África, num esforço para inculcar as noções de “reduzir, reutilizar, reciclar”. Essa ação aproveita os resultados positivos das ações anteriormente empreendidas com o plantio de mudas e árvores (mobilização e empoderamento das mulheres, diminuição da violências doméstica, reflorestamento, etc) para avançar mais especificamente na questão climática e seus desafios para o futuro.

Pois bem, dessa breve descrição sobre o GBM passo às Quebradeiras de Côco de Babaçu, que têm sua expressão e movimento nos estados brasileiros do Pará, Tocantins, Maranhão e Piauí, na chamada Mata dos Cocais, área de transição entre a Caatinga, o Cerrado e a Amazônia. Nestas áreas, elas coletam o coco babaçu e fazem seu beneficiamento para produção de óleo, sabão e farinha. Essas mulheres, as Quebradeiras de Côco de Babaçu, se organizaram em associações, cooperativas e outros tipos de agregação, tanto local quanto interestadual, constituindo o Movimento Interestadual das Quebradeiras de Coco Babaçu

<sup>4</sup> The Green Belt Movement, 9. <http://www.greenbeltmovement.org>.

(MIQCB) e é por meio deste movimento que o trabalho multidisciplinar é realizado nos respectivos territórios das comunidades tradicionais e outras.

Assim como o GBM, o MIQCB empreende ações sociais, políticas, econômicas e ecológicas. O que, a princípio, mobiliza as mulheres, quebradeiras de côco, para uma ação ecológica, social, econômica e alimentar, em seus desdobramentos, se mostra como um movimento pela liberação do acesso aos babaçuais, por meio do qual, estas mulheres pautam a questão fundamental acerca dos direitos territoriais das comunidades tradicionais<sup>5</sup>.

Importante lembrar que, historicamente, os territórios das comunidades tradicionais sofrem invasões e violências por parte dos fazendeiros/latifundiários, movidos pela voracidade do agronegócio, sem qualquer respeito e consideração às pessoas dessas comunidades, suas existências plurais e enredadas com a natureza, sem qualquer respeito e consideração ao meio-ambiente, promovendo vários tipos de violência, como o envenenamento das palmeiras de babaçu, a destruição dos territórios tradicionais e, mais grave ainda, a morte das pessoas<sup>6</sup>. Segundo SHIRAIISHI<sup>7</sup>, a maioria das quebradeiras de côco era sem terra e residia nas margens das cidades e nas beiras das estradas, entre a faixa das rodovias e das cercas das fazendas. A minoria tinha acesso à terra, mas nem sempre existiam palmeiras de babaçu nelas, de maneira que esta minoria também tivesse que lutar pelo acesso às áreas dos babaçuais.

<sup>5</sup> SHIRAIISHI NETO, Joaquim. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v.14 n.28 147-166 Janeiro/Abril de 2017, 149. “No Estado do Maranhão, por exemplo, a política agrária contribuiu, de maneira legal e ilegal, com o processo de expropriação das quebradeiras de coco e suas famílias de suas terras tradicionalmente ocupadas. Os efeitos da chamada Lei de Terras do Sarney (Lei n. 2.979, de julho de 1969), que disponibilizou as terras devolutas do Estado, ocupadas pelas quebradeiras de coco e suas famílias, às empresas agropecuárias e pecuaristas (ALMEIDA; MOURÃO, 1979), facilitou o processo de “grilagem”<sup>2</sup> e a concentração das terras.”

<sup>6</sup> <https://cimi.org.br/2021/12/invasao-do-territorio-e-desmatamento-ilegal-e-o-contexto-da-morte-da-quebradeira-de-coco-babacu-e-seu-filho-em-penalva-ma/>  
<https://www.brasildefato.com.br/2021/11/15/morte-de-quebradeira-de-coco-e-filho-esmagados-por-arvore-revela-impactos-do-agronegocio-no-ma>  
<https://www.to.gov.br/secom/noticias/nota-de-pesar-pela-morte-de-dona-raimunda-quebradeira-de-coco/2cpaix45kzp7>.

<sup>7</sup> SHIRAIISHI NETO, *Veredas do Direito*, 149.

A extração do babaçu é realizada predominantemente por mulheres, mas não só. Há a participação dos homens em determinados momentos, mas estes tem sido minoritários nesta luta pelo acesso aos babaçuais para colher, quebrar e beneficiar o fruto da palmeira. Tal atividade (secundária) ocorre na entressafra da roça e, como disse acima, envolve a coleta, a quebra e a venda das amêndoas, com um impacto determinante na economia familiar.<sup>8</sup> Isto, porque o babaçu é um tipo de palmeira, cujo aproveitamento é rico e absoluto, pois dela nada se perde. A palha, as folhas, a casca, o caule, as amêndoas e o mesocarpo se transformam em cestos, teto de casas, carvão, adubo, óleo, sabão, leite de côco e farinha.<sup>9</sup> Segundo dizem as Quebradeiras de Côco, a palmeira

<sup>8</sup> SHIRAIISHI NETO, *Veredas do Direito*, 151. “A fala de dona Dió - transcrita adiante - bem expressa a importância do babaçu para a economia das famílias: Então, ele (o babaçu) é uma grande importância, porque dele *a gente tira a sustentabilidade*. Eu lembro que a minha mãe, nós morávamos numa casa que ela era de palha, de babaçu, e tanto era em cima como embaixo, tudo fechado e as portas era uma esteira de babaçu. Então pra mim ela tem uma utilidade tão grande que ela serve pra gente em tudo, ela dá a vida pra quem não tem, sabe, ela deu a vida pra nós porque do babaçu vem a amenda pra gente fazer azeite, pra temperar a comida, o leite pra temperar a comida também o leite, a casa você fazer o carvão pra cozinhar, a palha faz o “pacará” pra gente cortar arroz, panhar feijão, botar dentro, sabe, é tudo. E a palmeira quando dá raio que cai na palmeira e ela morre bate no chão, num demora tempo ela dá o adubo, a gente bota numa cebola, é vida, a palmeira dá é a vida. E uma palmeira pra mim, *eu comparo ela como uma mãe de família*. (Entrevista com Diocina Lopes, dona Dió, Lago dos Rodrigues, maio de 2015 - grifos nossos).“

<sup>9</sup> SANTOS, Antonio Miranda dos; MUNIZ, Cejane Pacini Leal (org.). *Universo Cultural Palmeira Babaçu*. IPHAN, 2017. 14. “A esse aproveitamento ligam-se percepções ecológicas que já de antemão demonstram que a atividade relacionada ao babaçu não se encerra apenas nas práticas das quebradeiras de coco e no aproveitamento de seus subprodutos, como a amêndoa e o mesocarpo. É certo que estes são os principais referenciais ligados a essa atividade, porém a relação da população com essa palmeira é mais ampla. A população das pequenas comunidades rurais afirma que as palmeiras do babaçu funcionam como catalisadoras de águas. Segundo explicações ouvidas, as pastagens que conservam as palmeiras suportam mais o período seco do ano (junho a outubro), e a umidade do ar condensa a água nas folhas das palmeiras no período noturno (o chamado sereno da madrugada), que caem em forma de gotas e mantém o solo umedecido, sustentando assim o capim da pastagem. Além disso, os moradores também sabem da interação da fauna com o coco do babaçu.” <http://portal.iphan.gov.br/uploads/publicacao/universoculturaldapalmeirababacu.pdf>

do babaçu é como uma mãe<sup>10</sup>, pois o tempo que o cacho com os côcos leva para cair é de exatos nove meses e sua distribuição não tem preferências, servindo para a existência digna de todas e todos da comunidade. Ou seja, além da diversidade de produto que o babaçu gera, ele o faz para benefício alimentar, econômico, ambiental, social de todas e todos e, ainda, pela agência quase que exclusiva de mulheres.

São cerca de trezentas mil mulheres espalhadas em comunidades no Maranhão, Piauí, Tocantins e Pará, em uma área de convergência entre o cerrado, a caatinga e a floresta amazônica que dão vida ao MIQCB. No entanto, a maior parte dos babaçuais está em grandes fazendas, ou seja, em terras privadas que impedem o uso coletivo e compartilhado deste recurso natural fundamental para a existência das pessoas que vivem nas respectivas regiões em que as palmeiras estão localizadas.

Diante desta circunstância é que as quebradeiras de côco se mobilizaram com o propósito de transformar suas regiões, tanto do ponto de vista social, político e econômico, quanto do ponto de vista individual, isto é, do que afetava pessoalmente cada uma dessas mulheres em suas relações domésticas e sociais. Me refiro à falta de autonomia que tinham na família e nas suas comunidades e às violências a que eram submetidas. Ao trabalharem na extração, na quebra e no beneficiamento do coco do babaçu, as mulheres passaram a ter autonomia econômica e sobre suas próprias vidas, tanto na família quanto na sociedade. Isso lhes empoderou na medida da ocupação de espaços que eram tradicionalmente dominados por homens. “A participação em espaços políticos e o grau de conscientização logrado nas lutas fizeram com que as quebradeiras de coco passassem a se (...) articular (...) com outros grupos de mulheres que também viviam situações semelhantes àquelas enfrentadas nos babaçuais.”<sup>11</sup>

Daí a potência do MIQCB, no sentido do exercício efetivo dos direitos dessas mulheres, por elas próprias conquistados e da agenda plural por elas levada a cabo. É importante lembrar que a mobilização empreendida pelo MIQCB resultou, em 1997, na criação da Lei Babaçu

Ver ainda: <https://reporterbrasil.org.br/comunidadestradicionais/quebradeiras-de-coco-babacu/>.

<sup>10</sup> <https://www.miqcb.org/post/somos-filhas-da-mãe-palmeira-somos-guardiães-da-floresta-e-dizemos-não-ao-pl-da-grilagem-1>.

<sup>11</sup> SHIRAIISHI NETO, *Veredas do Direito*, 153.

Livre, implantada no município maranhense de Lago do Junco e posteriormente revogada pela lei n. 01 de 2002 que a aperfeiçoou. Outros municípios seguiram o exemplo e, assim, o estado do Tocantins aprovou lei semelhante, proibindo a derrubada de palmeiras de babaçu e garantindo o acesso e o uso comunitário dos babaçuais por parte das quebradeiras, mesmo se estiverem em terras privadas.

Esse conjunto de decisões políticas-legislativas, municipal e estadual<sup>12</sup> não foi de simples proposição e deliberação e a boa estratégia do MIQCB foi de mobilizar os legisladores locais nos respectivos municípios, diante do fato das iniciativas junto à Câmara federal, desde 1996, não terem sido exitosas. Disto resultou essa importante conquista da aprovação da lei municipal do babaçu livre, acima referida e, posteriormente, da lei estadual do Tocantins. Segundo SHIRAIISHI<sup>13</sup>, a lei do babaçu livre é mais do que uma simples regra de direito, ao expressar uma maneira particular de relação com a natureza e com as pessoas. Ele faz referência ao que disse Diocina Lopes, dona Dió, em entrevista, em maio de 2015: “to só assuntando a voz da natureza”.

No entanto, essas leis tem carecido de efetividade, pois raros são os municípios e, os estados, nos quais elas são cumpridas, sem falar nos esforços políticos – não sem violências – dos fazendeiros desses lugares para revogá-las ou desaplicá-las.

Cenas de violência se repetem em todas as comunidades: as quebradeiras saem de casa para coletar os côcos e se deparam com uma cerca que as separa dos babaçuais, muitas dessas cercas são eletrificadas e, quando não são, há uma pessoa sob as ordens do fazendeiro/proprietário, cobrando o acesso às terras. O pagamento cobrado é, normalmente, metade das amêndoas de babaçu colhidas e se houver resistência, não raro, há intimidação e ameaças contra a integridade

<sup>12</sup> Lei n. 05 de 1997, a qual “autoriza o Chefe do Poder Executivo Municipal a tornar a atividade extrativista do babaçu uma atividade livre no município e dá outras providências.” Posteriormente foi aprovada a lei n.01/2002, de 2002, a qual melhorou e complementou a matéria compreendida na lei anterior. A iniciativa desta lei foi da vereadora e quebradeira de côco Maria Alaídes. Lei n. 1.059, de 14 de agosto de 2008, a qual “dispõe sobre a proibição da queima, derrubada e do uso predatório das palmeiras do coco de babaçu e adota outras providências”.

<sup>13</sup> SHIRAIISHI NETO, *Veredas do Direito*, 155.

física e psíquica dessas mulheres, por meio de tipos distintos de violência, até mesmo, sexual.

Essa prática dos fazendeiros/proprietários de construir cercas para impedir o acesso aos babaçuais não é recente e vem de, aproximadamente, quarenta anos, com o propósito de usar as respectivas terras para um tipo de cultivo estritamente predatório do meio ambiente. Isto é, de uso restrito da terra para a criação de gado, cultivo do soja e plantio de eucalipto e, muitas vezes com incentivos do poder público. Assim, as palmeiras, ou são derrubadas para a abertura de pastos e lavouras, ou permanecem ali, cercadas e inacessíveis às quebradeiras.

A luta da quebradeiras, seus avanços e recuos diante de inúmeras dificuldades, atraiu outros movimentos, como quilombolas, camponesas e indígenas para reivindicar o direito aos seus territórios, sob pena de seu modo de vida desaparecer diante das ameaças e violências dos fazendeiros proprietários das fazendas, sobretudo, nos territórios em que há o babaçu. Ou seja, as quebradeiras sabem que a conquista por meio de legislação que proteja suas atividades é apenas uma parte da história. De nada adianta a legislação, em que nível for da Federação, se não houver mobilização permanente e contínua para proteção de toda biodiversidade, garantia do acesso aos babaçuais, segurança alimentar, sustentabilidade, solidariedade e proteção contra todo tipo de violência contra as mulheres. “Nesse contexto (...) o MIQCB foi surpreendido, em 1992, com a criação de 4 reservas extrativistas no âmbito de atuação do movimento, que ainda hoje se encontram em processo de criação, à exceção da reserva extrativista Quilombo do Frechal, por tratar-se de uma comunidade de remanescentes de quilombo”<sup>14</sup>.

### *3. A crise dos arranjos políticos e jurídicos em comunidades como o Brasil e o Quênia e os movimentos de resistência das mulheres*

Pois bem, duas experiências de pessoas e comunidades de pessoas vulneráveis por seu modo de vida, seu gênero e seu trabalho para subsistência e preservação do meio ambiente equilibrado e sustentável. Duas experiências que acusam a crise das democracias constitucionais,

<sup>14</sup> SHIRAIISHI NETO, *Veredas do Direito*, 155.

a crise ambiental e a violação de direitos humanos e mostram como a resistência a este estado de coisas pode se dar a partir da estrutura dada pelo arranjo jurídico e político, isto é, constitucional-democrático, mas também pelas práticas empreendidas por movimentos como o GBM e o MIQCB.

As constituições como a do Quênia de 2010 e a do Brasil de 1988 – jovens constituições – prescrevem a democracia como princípio e regime, como também a supremacia da constituição, o que se desdobra na proteção e garantia de direitos, na diversidade étnica, cultural, religiosa, na proteção e preservação do meio ambiente, como suas próprias formas de existência comum. Neste sentido, essas constituições ofereceram uma justificação aos regimes políticos forjados em seus possíveis arranjos, de maneira a afirmar a sua legitimidade; oferecem uma ordenação que fundamenta o exercício do poder, de maneira a afirmar a sua supremacia em relação às demais normas jurídicas; servem de gatilho para a ação política, de maneira a afirmar a sua intransigência e radicalidade; promovem a participação das comunidades afetadas na tomada de decisão, de maneira a se comprometer com o procedimento democrático e empreendem a luta contra a desigualdade, a degradação ambiental, a violência de gênero, a fome, etc, de maneira a se comprometer com a substância democrática.

Neste sentido, as constituições do Quênia e do Brasil, prescrevem princípios e políticas públicas de gênero, sócioambientais, de redução das desigualdades, econômicas, etc., como também o fazem os modos de vida dos povos tradicionais. Neste ponto (e aqui é a chave da minha intervenção) ordens normativas são constituídas por meio de narrativas, cujos contextos lhes dão significados. É o que quis brevemente apontar com as experiências do GBM e do MIQCB do norte e nordeste brasileiro. Os sentidos normativos produzidos pelas Constituições (jurídicas) do Quênia e do Brasil também se relacionam com as experiências e modos de vida dos povos tradicionais e com aquilo que estes constituem (normativamente). O direito, diz Robert Cover<sup>15</sup>, não é simplesmente um sistema de regras para ser observado mas um mundo no qual vivemos.

<sup>15</sup> COVER, Robert. *Narrative, violence and the law*. Ann Arbor. The University of Michigan Press, 2004, 96.

As mulheres do Quênia e as mulheres quebradeiras de coco do norte e nordeste do Brasil com suas ações (de proteção de si mesmas e do meio ambiente, de resistência à violência doméstica, de segurança alimentar) tecem uma narrativa, como códigos de sistemas normativos das respectivas construções sociais da realidade. A inteligibilidade do comportamento normativo inerente ao caráter comunal das narrativas proporciona o contexto do comportamento<sup>16</sup>. Cada uma age e constitui uma trama singular, porém, o fato de que podemos localizar essa ação em uma narrativa comum (da preservação das suas vidas dignas), mostra como essas pessoas, essas mulheres, também compartilham um *nomos*. Daí dizer que os sentidos da Constituição (que se desdobram em sua aplicação) podem ser também criados fora das Cortes ou Tribunais ou como diz Robert Cover, a criação de significados jurídicos – *jurisgenesis* – podem se dar por outros meios .

É na urgência das demandas das mulheres do Quênia e do Brasil, da dureza dos seus contextos de luta, da preservação do meio ambiente, da proteção dos direitos no âmbito das suas identidades e das suas comunidades, da carência alimentar que a resistência surge e se articula diante das ameaças e das violências perpetradas. A resistência é a defesa contra uma ofensiva, a oposição a um estado de coisas, mas é também potência criativa que não se aprisionada à dura e violenta realidade.

A situação à que as mulheres que protagonizaram o movimento do cinturão verde no Quênia e o movimento das quebradeiras de côco de babaçu no nordeste e norte do Brasil são submetidas tornou-se insuportável: sem autonomia, excluídas das deliberações privadas e públicas, sem terra, tratadas e abusadas como se objeto fossem, destinadas a um futuro sem futuro. É na urgência dessas circunstâncias que a resistência se organiza, coletiva e solidariamente, por meio da intervenção em suas vidas cotidianas, na vida comunitária, no seu meio ambiente, empreendendo ações políticas locais com efeitos globais. Contra todas as probabilidades, pequenas comunidades e suas mulheres articulam políticas de reflorestamento, de abastecimento, de segurança alimentar, de territorialização e de afirmação das suas identidades. Em suas diferenças aqui se encontra o GBM e o MIQCB, isto é, se encontram em suas ações para melhorar seus territórios e neles suas populações de mulheres e homens;

<sup>16</sup> COVER, Robert. *Narrative, violence and the law*, 102.

para dar substância democrática às suas formas constitucionais, em uma dialética do agir e reagir, da assistência, da resistência e da persistência.

Importante destacar que esses movimentos sociais, ambientais e de mulheres foram organizados para a ação coletiva. Porém, isso não significa que neles se encerre a resistência. Há grupos não tão organizados de mulheres que igualmente resistem, fazem barulho e precisam ser ouvidas. Grupos que, ao mesmo tempo que lhes falta a coordenação central, lhes sobra persistência<sup>17</sup>. Movimentos mais ou menos organizados vocalizam suas demandas e colocam seus corpos em ação como resistência a toda sorte de impedimentos acerca dos seus direitos fundamentais e, assim, ao perecimento do arranjo democrático-constitucional que lhes constitui e dá estrutura.

A considerar as crises degenerativas das democracias constitucionais, com efeitos diretos sobre os corpos das pessoas que dão existência concreta a este arranjo, não há outra possibilidade senão a ativação desses corpos diante do impedimento do exercício de seus direitos.<sup>18</sup> Essa ativação se dá por meio da resistência. Em outras palavras, a desconstituição das marcas políticas, sociais, culturais e econômicas das democracias constitucionais requer ações resistência, a exemplo do GBM e do MIQCB.

Me aproprio da reflexão que faz BUTLER<sup>19</sup> para relacionar o resistir não somente ao agir, mas ao persistir: “(e)stamos nesse sentido – corporalmente – sempre lá, e ao mesmo tempo aqui, e essa desposseção marca a sociabilidade à qual pertencemos. Mesmo como seres localizados, estamos sempre em outro lugar, constituídos em uma sociabilidade que vai além de nós. Isso estabelece a nossa exposição e a nossa precariedade, as maneiras pelas quais dependemos das instituições políticas e sociais para persistir”.

A resistência, as mulheres no e do Quênia e do e no nordeste e

<sup>17</sup> PINHATA, Thais. *Fragilidades resistentes*. Rio de Janeiro: Editora Autografia, 2019, 124.

<sup>18</sup> CHUEIRI, Vera Karam de. Percursos de constitucionalismo e democracia e o (in)curso da constituição radical. *Tese de professora titular*. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, maio de 2021, 67-68.

<sup>19</sup> BUTLER, Judith. *Corpos em aliança e a política das ruas: notas para uma teoria performativa de assembleia*. Tradução de Fernanda Siqueira Miguens. Revisão técnica de Carla Rodrigues. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018, 66.

norte do Brasil, seus corpos, de um lado, e as instituições, acionadas, engatilhadas pela Constituição, em sua total potência, de outro<sup>20</sup> podem promover cooperação e solidariedade, transformação e avanços, no sentido de seus territórios, do pertencimento, da acessibilidade, do uso sustentável, do trabalho, da economia, do alimento e tudo mais que dos territórios brote.

Não por acaso, o GBM e o MIQCB, são movimentos vocalizados por mulheres, pois como dizem Deborah Diniz e Ivone Gebara em seu livro *Esperança feminsita*, “começemos a ouvir as mulheres! (...) Ouvir para agir e agir em vista de um bem viver comum. (...)”<sup>21</sup> As autoras escolhem doze potentes verbos e os conjugam “para a construção de uma desobediência ao patriarcado e suas tramas”.<sup>22</sup> São, portanto, doze verbos<sup>23</sup>, cuja conjugação segue a gramática do feminismo, da diversidade e de territórios de pronuncia de mulheres com diferentes experiências de vida e sobrevida. O primeiro verbo é ouvir. Ouvir/escutar e ser ouvida/escutada, que em sua dialética implica também o não ouvir/não escutar e o que é dado a ouvir/escutar são as vozes, mas, também, os silenciamentos. Tudo importa, tudo tem absoluta importância e significado.

As demandas das mulheres nos dois movimentos anteriormente descritos, sobretudo em contextos de crise dos arranjos políticos-jurídicos (das democracias constitucionais), mostram que o trabalho

<sup>20</sup> CHUEIRI, Vera Karam de; FONSECA, Angela Couto Machado; HOSHINO, Thiago de Azevedo Pinheiro. A constituição (in)corporada. *Católica Law Review*, v. 4, n. 1, 81-97, jan. 2020.

<sup>21</sup> DINIZ, Debora, GEBARA, Ivone. *Esperança feminista*. Rio de Janeiro: Rosa dos tempos, 2022, 26.

<sup>22</sup> DINIZ, D.; GEBARA, I., *Esperança feminista*, 09.

<sup>23</sup> “Os doze aqui escolhidos são políticos e poéticos, instaurados a partir de um feminismo imaginado pelo encontro entre nós duas e a multidão. Poderiam ser conjugados de outras formas e jeitos, ou mesmo substituídos por outros tantos. Não sabemos mais quem os definiu; se discutimos algo foi sua ordem: ouvir, imaginar, aproximar, acalantar, lembrar, reparar, recriar, celebrar, compartilhar, perguntar, falar, desobedecer. Mas como feministas treinadas na desobediência, até mesmo subvertemos a forma de conjuga-los (...). É a assim a pedagogia feminista: uma mistura criativa de possibilidades, um eterno assombrar-se, uma permanente alegria pelo encontro com outras feministas, um futuro pleno de esperança de que o tempo anda a ser vivido será mais livre e seguro” para todas.” DINIZ, D.; GEBARA, I., *Esperança feminista*, 11.

empreendido e vocalizado por seus corpos nos territórios em que habitam, é também um ato contra as estruturas patriarcais tradicionais que, ao longo do tempo, foram naturalizadas. A resistência desses corpos não só os mobiliza, mas os coloca em permanente estado de alerta e alegria. Sim, alegria, apesar de tudo. Afinal, levantar o corpo e a voz em cada árvore plantada ou em cada amêndoa de babaçu quebrada, em cada derrubada dos marcos do patriarcado marca o ritmo da resistência e da persistência; marca o ritmo da dignidade.

#### 4. *Considerações finais*

Em diferentes tempos históricos as mulheres foram silenciadas e silenciosas pelo simples fato de ser mulheres. Quando impunham suas vozes eram sacrificadas e não raro com a sua morte. O Quênia e o Brasil são dois territórios aqui escolhidos para este trabalho, mas as circunstâncias de desrespeito aos direitos humanos, de crise dos arranjos políticos e jurídicos, de crise socio-ambiental, de violência, de mobilização e superação pelo trabalho e voz das mulheres poderia ser em outros espaços e territórios. A localização escolhida se deu pelos exemplos do GBM e do MIQCB.

Esses dois movimentos protagonizados por mulheres – como agência e resistência – não são apenas exemplares. Eles oferecem soluções locais para conflitos sociais, econômicos, ambientais, identitários e de gênero, a partir de seus territórios, mas que repercutem muito além deles. Ao fazê-lo, geram, também, padrões normativos para ser e estar não apenas em seus mundos, mas no mundo. Ou dito de outra maneira, seus mundos, são também o mundo inteiro.

Se por um lado circunstâncias críticas provocaram esses dois movimentos, por outro eles fizeram das respectivas crises enfrentadas algo estremante produtivo, resignificando a forma constitucional democrática a partir das suas ações, isto é, dos corpos das mulheres quenianas e do norte e nordestes do Brasil.

FRANCESCO VETRÒ

TRANSIZIONE ENERGETICA E SVILUPPO SOSTENIBILE.  
PUBBLICO E PRIVATO ALLA PROVA  
DELLA CRISI ENERGETICA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I rimedi alla crisi energetica. – 2.1. Le misure strutturali per favorire la transizione energetica: il quadro europeo. – 2.2. *Segue*: Il quadro nazionale. – 2.2.1. L'efficienza energetica nell'edilizia: il recepimento della direttiva 2018/844/UE. – 2.2.2. *Segue*: L'efficienza energetica: il recepimento della direttiva 2018/2002/UE. – 2.2.3. La promozione delle energie rinnovabili: il recepimento della direttiva 2018/2001/UE. – 2.3. Le misure congiunturali per la “crisi” dei prezzi dell'energia. – 2.3.1. *Segue*: Lo Stato *defalcatore*: le c.d. misure-taglio. – 2.3.2. *Segue*: Lo Stato *ausiliatore*: gli ausili economici. – 2.3.3. *Segue*: Lo Stato *impositore*: le norme sui c.d. extra profitti. – 2.3.4. *Segue*: Lo Stato *contraente*: i *Power Purchase Agreement* (PPA). – 2.4. Alcune proposte. – 3. Conclusioni.

1. *Premessa*

«Può il batter d'ali di una farfalla in Brasile provocare un tornado in Texas?». È il titolo che il matematico statunitense Edward Norton Lorenz diede ad una Conferenza tenuta negli anni '70, nella quale spiegò come piccole variazioni nelle condizioni iniziali possano determinare grandi e durature variazioni in un dato sistema. Gettò le basi del c.d. *effetto farfalla*, il quale bene si addice per spiegare molte delle attuali dinamiche del sistema energetico.

Tre battiti d'ali. In soli tre battiti d'ali possono (forse) riassumersi le cause della complessissima questione energetica che tutti i settori economici e la società civile si trovano a dover affrontare, maggiormente ora al tempo della crisi.

Primo battito d'ali: la *miopia pubblica* e la *predatorietà privata*. La straordinaria crescita economica registratasi in Occidente nel secondo dopoguerra ha indotto il settore pubblico a valorizzare la crescita e il benessere della società, sottovalutando la necessità di adottare misure preordinate ad orientare l'iniziativa delle imprese e le abitudini di vita

delle famiglie verso un maggiore rispetto delle risorse ambientali e del benessere delle generazioni future. Dopo il periodo del monopolio pubblico, il settore energetico, a partire dagli anni '90 del secolo scorso, ha risposto all'imperativo della promozione della concorrenza e dell'abbattimento delle barriere all'ingresso<sup>1</sup>. Bisognava liberalizzare il settore. Se non fosse che il valore della concorrenza, anziché includere quello ambientale, ha finito per fagocitarlo o quanto meno con l'offuscarlo. Certamente già a partire dagli anni '80 si iniziò a parlare di sviluppo sostenibile a livello internazionale<sup>2</sup>, ma la circostanza che un abbandono immediato delle fonti fossili risultasse tecnicamente impraticabile ha fatto in modo che le misure per stimolare un esercizio ecosostenibile della libertà di impresa si rivelassero più timide di quanto non occorresse.

Cosa ne è derivato? Il permettere agli esseri umani di continuare ad atteggiarsi ad irrazionali distruttori della Terra e ad imperdonabili castigatori delle generazioni future.

Secondo battito d'ali: *l'ingovernabilità di eventi pandemici* e *la piccolezza dell'essere umano*. Nessuno avrebbe immaginato che in un'epoca in cui può farsi affidamento su tecnologie avanzatissime e su macchine sempre più intelligenti sarebbe potuta scoppiare una pandemia che ha costretto milioni di persone a rinchiuersi in casa e migliaia di imprese a fermare (o rallentare) i cicli produttivi, sottoponendo ad un forte *stress*

<sup>1</sup> Negli ultimi vent'anni, il settore dell'energia elettrica ha subito radicali trasformazioni, dovute in gran parte al processo di liberalizzazione formalmente avviato con il D.lgs. 16 marzo 1999, n. 79, di recepimento della Direttiva 96/92/CE, la prima direttiva europea sul mercato interno dell'elettricità. Sul punto, v. G.G. GENTILE, *L'apertura del mercato dell'energia elettrica*, in *Rass. Giur. energia elettr.*, 1999, 3 ss.; F. DI PORTO, *Il Decreto Bersani (d.lgs. n. 79/1999). Profili pro-concorrenziali della riforma del mercato elettrico*, in *Conc. e mercato*, 2000, 407 ss.; G. NAPOLITANO, *L'energia elettrica e il gas*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, in *Dir. amm. spec.*, vol. III, Milano, 2003, 1635 ss.; A. COLAVECCHIO, *Energia elettrica*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, agg. II, Torino, 2005, 233 ss; F. VETRÒ, *Il servizio pubblico a rete. L'esempio paradigmatico dell'energia elettrica*, Torino, 2005.

<sup>2</sup> La prima definizione di sviluppo sostenibile risale al 1987 e al rapporto *Our common future* (c.d. *Rapporto Brundtland*), nel quale viene definito come lo «sviluppo capace di assicurare il soddisfacimento dei bisogni della generazione presente, senza compromettere la possibilità delle generazioni future di realizzare i loro bisogni».

istituzionale l'intero ordinamento<sup>3</sup>. Eppure, è accaduto. Come pure è accaduto che il progressivo allentamento delle misure di *lockdown* e la conseguente ripresa delle attività economiche e lavorative determinassero uno straordinario aumento della domanda di energia, senza che l'offerta fosse in grado di soddisfarla. Nella Comunicazione del 13 ottobre 2021<sup>4</sup>, «Risposta all'aumento dei prezzi dell'energia: un pacchetto di misure d'intervento e di sostegno», la Commissione europea, dopo aver affermato che «il caro prezzi dell'energia elettrica è trainato per lo più dalla domanda mondiale di gas, in forte crescita man mano che l'economia riprende slancio, senza che però sia accompagnata da un aumento dell'offerta», ha avuto modo di precisare che all'impennata dei prezzi dell'energia hanno contribuito: *a*) la riduzione dei volumi di gas in arrivo dalla Russia»; *b*) i ritardi nella manutenzione delle infrastrutture durante la pandemia; *c*) le condizioni meteorologiche stagionali (bassi livello delle acque e dei venti durante l'estate). Sebbene non manchino autorevoli voci contrarie il risultato finale non muta. Quale? Un incremento dei prezzi del gas e dell'energia elettrica, come non si vedevano dalla crisi del 1973.

Terzo battito d'ali: il *colonialismo energetico*. Ributtando le propagandistiche narrazioni sulla denazificazione, l'invasione della Russia ai danni dell'Ucraina è stata determinata (probabilmente anche) da ragioni energetiche. La contrapposizione – tipica di ogni conflitto armato – tra propaganda e contropropaganda ha fatto in modo che il dibattito pubblico non desse il giusto risalto alla circostanza che nel 2012 furono trovati dei ricchi giacimenti di gas nella parte ucraina del Mar Nero e che il Ministro ucraino per l'Energia e il Carbone dichiarò che il suo paese sarebbe diventato indipendente dal gas russo, ma anche un potenziale concorrente nell'esportazione di tale *commodity*. Le conseguenze? La tragedia dei morti, dei profughi, della distruzione di intere città e del pericolo di una *escalation* atomica, ma anche l'incremento della volatilità dei prezzi dell'energia e le incertezze in termini di sicurezza energetica.

<sup>3</sup> In argomento, v. il recente contributo di N. BRIGNOLI, *Il problema dei problemi: emergenza e ordinamento giuridico. Spunti sui risvolti ordinamentali dell'emergenza pandemica da Covid-19*, in *Nuove Autonomie*, n. 2, 2022, 549 ss.

<sup>4</sup> Cfr., COM(2021) 660 final.

Il terzo battito d'ali non ha terminato di produrre i suoi effetti. In questi ultimi mesi ci troviamo ad affrontare una crisi energetica soprattutto europea.

Il primo aumento del prezzo del gas è avvenuto, come anticipato, con l'allentamento delle misure restrittive e il ritorno a pieno regime delle attività industriali. In quel momento, infatti, la domanda di energia è aumentata senza che aumentasse in corrispondenza l'offerta, generandosi un inevitabile aumento dei prezzi. A ciò si è aggiunta l'eccezionale siccità che ha colpito l'Europa dapprima nella seconda metà del 2021 e poi, ulteriormente acuendosi, nel 2022. Ma il fattore decisivo ad aver messo in ginocchio il mercato europeo del gas è stato senza dubbio la guerra in Ucraina, la cui prosecuzione ha fatto sì che la Russia, in risposta alle sanzioni occidentali, abbia ridotto le forniture di gas naturale ai Paesi dell'Unione. Questi ultimi, anche a seguito della decisione, presa un decennio fa, di abbandonare il carbone e il nucleare, dipendono dal gas russo, che prima della guerra in Ucraina rappresentava circa il 40% della fornitura totale di gas in Europa, e oltre il 50% di quella in Germania. In questo modo, si è preferito risparmiare sul prezzo del gas, piuttosto che diversificare le fonti di approvvigionamento, rendendo il mercato europeo vulnerabile.

A causa dell'offerta limitata, il prezzo del gas è aumentato, ma in misura drasticamente superiore in Europa rispetto al resto del mondo. Nell'ultimo anno, infatti, il prezzo della materia prima in Europa è aumentato di quasi venti volte, quando negli Stati Uniti, nello stesso lasso di tempo, è 'solo' triplicato. Da qui una crisi energetica soprattutto europea; con il mercato europeo del gas che gode sì di una buona rete di gasdotti, ma dove la scarsità di rigassificatori – e la difficoltà nel trasporto del gas – rendono difficile diversificare la domanda.

Il Re è nudo. E la sua nudità non ha fatto altro che confermare quanto già era sotto gli occhi di tutti: l'eccessiva dipendenza dal gas proveniente da un paese divenuto ostile (la Russia) e il non sufficiente sviluppo delle rinnovabili nel mix energetico<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Un dato su tutti: nonostante le tensioni russo-ucraine registratesi nel 2006, nel 2009 e del 2014 (con l'invasione della Crimea), dal primo contratto di fornitura di gas stipulato con l'Unione sovietica (1969), la dipendenza dell'Italia dal gas russo è aumentata progressivamente nel corso degli anni, registrando un incremento, tra il 2013 e il

## 2. I rimedi alla crisi energetica

Questo lo sfondo su cui ora si pone la sfida epocale intrapresa dall'Unione europea: diventare, entro il 2050, il primo continente a zero emissioni di gas a effetto serra. Tra i settori chiamati ad informare le proprie dinamiche in funzione dell'obiettivo della *neutralità climatica* rientra senza dubbio quello dell'energia, responsabile del 75% delle emissioni europee. È per questo che la promozione dell'efficienza energetica e delle energie rinnovabili rappresenta uno strumento indispensabile, senza il quale risulta assai difficile poter contare su un mix energetico all'altezza della sfida.

A tal riguardo, si noti come il Brasile, che è il terzo Paese al mondo per una maggiore propensione degli investimenti nelle energie rinnovabili dopo Cina e Stati Uniti, ad agosto scorso abbia registrato 31 record giornalieri consecutivi di produzione di energia solare ed eolica. In particolare, quest'ultima ha registrato un andamento medio di 15.143 MW, ossia il 22,3% della domanda interna totale. Il Brasile, peraltro, ha recentemente annunciato un piano di investimenti nella generazione di energia da circa 270 miliardi di euro entro il 2040, di cui il 70% destinati a progetti di energia solare ed eolica, confermandosi tra i leader mondiali nello sviluppo di queste tecnologie.

Tornando all'Europa, le conseguenze pregiudizievoli prodotte dai tre battiti d'ali avrebbero potuto financo aggravarsi, ove non si fosse intervenuti senza esitazione<sup>6</sup>. Ed è per questo che le Istituzioni europee e gli Stati membri si sono attrezzati ricorrendo alla 'somministrazione' della cura in cui sono maestri. Si tratta del c.d. *Effetto Bruxelles* e designa la impareggiabile capacità europea di riuscire a governare – con strumenti plurimi e diversificati – i più disparati ambiti dell'agire umano.

Il primo battito d'ali (*miopia pubblica e predatorietà privata*) è il più

2021, del 19,7%, in presenza di un analogo aumento della dipendenza relativa (dal 37,1% al 46,6%).

<sup>6</sup> Per un'analisi delle misure adottate dall'Unione europea nel percorso verso la transizione energetica, sia consentito il rinvio a F. VETRÒ, *Evoluzioni del diritto europeo dell'energia, transizione energetica e sistema istituzionale: il ruolo del GSE S.p.A.*, in *Dir. ec. (I)*, n. 1, 2020, 501 ss.

risalente. Ad esso l'Europa e gli Stati membri hanno anzitutto risposto con misure e Pacchetti adottati tra gli anni '90 e il primo decennio del XXI secolo<sup>7</sup>. Poi, tra il 2018 e il 2019, quando ancora non vi erano stati gli ultimi due battiti d'ali, sono stati adottati il *Clean energy package* e il *Green deal* europeo, alla cui base è stata posta la transizione ecologica, di cui la transizione energetica rappresenta un fattore fondamentale. Nell'intento di rendere l'Europa il primo continente a zero emissioni di gas a effetto serra entro il 2050, le politiche europee mirano a rafforzare – tra le altre cose – gli investimenti nell'energia rinnovabile e nell'efficienza energetica. In quel momento gli obiettivi energetici fissati al 2030 (aumento al 32% della quota di fonti rinnovabili e miglioramento dell'efficienza energetica del 32,5%) parevano sufficienti; addirittura 'ambiziosissimi'.

Ma poi vi sono stati gli altri due battiti d'ali (2020 e 2022) e le condizioni di partenza sono mutate. Di qui la necessità di re-intervenire. Al secondo battito d'ali si è risposto con il *NextGenerationEU* e con il Programma «*Fit for 55%*»<sup>8</sup>, il quale per assicurare la realizzazione dell'obiettivo (entro il 2030) della riduzione di almeno il 55% delle emissioni di gas a effetto serra ha innalzato i *targets* sulle rinnovabili (40%) e sull'efficienza energetica (36-39%). Il terzo battito d'ali sta invece alla base del recente programma *REPowerEU*, finalizzato a ridurre rapidamente la dipendenza energetica dell'Europa dai combustibili russi con una accelerazione nella realizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili e un maggiore incremento dell'efficienza energetica.

Alla normativa europea ha fatto (e continueranno) a fare seguito misure disposte a livello nazionale. Tali misure sono da distinguersi in due gruppi: oltre ai decreti legislativi con i quali sono state recepite le direttive del *Clean energy package*, al PNIEC e al PNRR, sono stati, infatti, adottati provvedimenti legislativi per fronteggiare l'emergenza energeti-

<sup>7</sup> Si pensi alla direttiva 93/76/CE, preordinata a ridurre le emissioni di gas a effetto serra mediante il miglioramento dell'efficienza energetica; alla direttiva 2001/77/CE, avente la finalità di promuovere un maggior contributo delle fonti rinnovabili alla produzione di elettricità; alla direttiva 2002/91/CE sul rendimento energetico nell'edilizia; alla direttiva 2006/32/CE, volta a promuovere l'efficienza energetica negli usi finali dell'energia e, soprattutto, il Pacchetto 20-20-20.

<sup>8</sup> Presentato dalla Commissione europea il 14 luglio 2021.

ca acuita dalla ripresa post pandemia e dall'invasione dell'Ucraina. Tutto ciò ha imposto un «approccio ibrido e integrato»: per un verso connotato da «misure strutturali» destinate a favorire lo stabile adeguamento del sistema energetico agli obiettivi euro-unitari; per altro verso connotato da «misure congiunturali» volte a contenere gli effetti pregiudizievoli del caro-bollette e dell'invasione russa su famiglie e imprese.

Intanto, il 26 luglio scorso l'Unione europea ha annunciato di aver raggiunto un accordo fra gli Stati membri di ridurre del 15% il consumo di gas naturale per il prossimo inverno. Tale misura è confluita nel Regolamento 2022/1369/UE, con cui si richiede agli Stati membri di adottare misure volte a ridurre i consumi nazionali di gas di almeno il 15% nel periodo che va dal 1° agosto 2022 al 31 marzo 2023.

In linea con questo Regolamento, il 6 settembre scorso è stato reso pubblico il Piano nazionale di contenimento dei consumi di gas naturale, predisposto dal Ministero della Transizione ecologica, nel quale, per raggiungere gli obiettivi previsti a livello europeo, si prevede di alzare il livello massimo di svuotamento degli stoccaggi nazionali, diversificare i Paesi di importazione della materia prima e nel contempo incrementare la produzione nazionale, che al momento si attesta intorno ai 3 miliardi Smc (standard metro cubo), e ridurre il consumo totale di gas. Per ridurre la dipendenza dal gas russo, tra gli obiettivi del governo c'è anche quello di intervenire nelle infrastrutture esistenti, realizzando due rigasificatori galleggianti. In questo modo, nelle intenzioni del governo, c'è quella di sostituire 30 miliardi di Smc di gas russo con circa 25 miliardi di Smc di gas di diversa provenienza, «colmando la differenza con fonti rinnovabili e con politiche di efficienza energetica». A quest'ultimo riguardo, un ruolo centrale nella riduzione della domanda di gas naturale sarà occupato dallo sviluppo della produzione di energia da fonti rinnovabili, che dovrebbero raggiungere gli 8 GW l'anno (un ruolo importante può essere svolto anche dal biometano, che ha un potenziale di 2,5 miliardi di Smc al 2026 e dall'idrogeno). A ciò, si aggiungono i limiti ai consumi, a seconda delle fasce climatiche, di edifici pubblici e industriali, oltreché l'invito a comportamenti virtuosi da parte dei singoli cittadini.

### 2.1. *Le misure strutturali per favorire la transizione energetica: il quadro europeo*

Prima di analizzare le «misure congiunturali» adottate per far fronte al rincaro dei prezzi dell'energia, occorre accennare al quadro di «misure strutturali» volte a favorire la transizione energetica, dal momento che, come si è detto, la vera sfida è quella di favorire la transizione ad una economia a zero emissioni di gas a effetto serra<sup>9</sup>.

Quali sono state le politiche e le misure adottate sino ad ora? Una breve sistematizzazione dell'evoluzione del quadro giuridico pare utile, anche perché si ha l'impressione – ma potrei sbagliarmi – che delle misure in campo energetico se ne parli tanto, ma con un approccio spesso volte etereo ed evanescente.

La stretta interrelazione tra energia e clima ha fatto sì che la Commissione europea comunicasse, nel 2016, l'adozione di un nuovo pacchetto. Alla menzionata Comunicazione ha fatto seguito un ambizioso Pacchetto di misure, il c.d. *Winter package* o *Clean energy package*, composto da otto provvedimenti: il regolamento 2018/1999/UE, sulla *governance* dell'Unione dell'energia; la direttiva 2018/2002/UE, sull'efficienza energetica; la direttiva 2018/2001/UE, sulla promozione delle energie rinnovabili (c.d. Red II); la direttiva 2018/844/UE, sulle prestazioni energetiche nell'edilizia; il regolamento 2019/943/UE, sul mercato interno dell'energia elettrica; la direttiva 2019/944/UE, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica; il regolamento 2019/941/UE, sulla preparazione ai rischi nel settore dell'energia elettrica, nonché il regolamento 2019/942/UE, sull'istituzione di una Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione tra i regolatori nazionali dell'energia (ACER).

Complessivamente, tali misure mirano ad adeguare il settore dell'energia in maniera tale da dare concreta attuazione allo sviluppo sostenibile nella sua accezione di neutralità climatica. Infatti, posto che l'obiettivo di lungo periodo, diventato obbligatorio con la Legge euro-

<sup>9</sup> Per un'analisi più dettagliata delle misure adottate in ambito europeo e nazionale, sia consentito il rinvio a F. VETRÒ, *Sviluppo sostenibile, transizione energetica e neutralità climatica. Profili di governance: efficienza energetica ed energie rinnovabili nel "nuovo ordinamento" dell'energia*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, n. 1, 2022, 53 ss.

pea sul clima<sup>10</sup>, è quello di raggiungere (al più tardi entro il 2050) l'azzeramento delle emissioni di gas a effetto serra, gli obiettivi di medio periodo (2030) fissati in ambito energetico sono: *a*) diminuzione delle emissioni di gas serra del 40% rispetto al 1990, portato al 55% dalla Legge europea sul clima; *b*) aumento al 32% della quota di fonti rinnovabili, portato ad «almeno il 40%» dal Pacchetto *Fit for 55%*; *c*) miglioramento dell'efficienza energetica del 32,5%, portato al 36-39 % sempre dal Pacchetto *Fit for 55%*. Non solo. Il rapporto di strumentalità degli obiettivi energetici rispetto all'obiettivo della «neutralità climatica» trova conferma dal collegamento tra le misure del *Clean energy package* e quelle del *Green deal* europeo. Con tale ultimo atto è stata tracciata la Strategia europea che, in attuazione dell'Agenda 2030, è finalizzata a trasformare l'Unione europea in un'economia che entro il 2050 non genererà emissioni nette di gas a effetto serra. Nella cornice del *Green deal* europeo, invero, sono state già adottate diverse importanti iniziative: il *Piano di azione per l'economia circolare*<sup>11</sup>; la *Strategia per la biodiversità*<sup>12</sup>; la *Strategia dal produttore al consumatore*<sup>13</sup>; la *Strategia per l'idrogeno*<sup>14</sup>; la *Strategia energie rinnovabili offshore*<sup>15</sup>. Tutti questi atti – a ben vedere – mirano a rafforzare un approccio integrato, capace di coinvolgere nella sfida della neutralità climatica tutti i settori economici e produttivi, dal momento che l'applicazione di logiche settoriali, con-

<sup>10</sup> Cfr., Regolamento 2021/1119/UE.

<sup>11</sup> Il Piano è stato presentato dalla Commissione europea l'11 marzo 2020, ed è diretto ad adottare misure per rendere i prodotti immessi sul mercato europeo riutilizzabili, riparabili e riciclabili.

<sup>12</sup> La Strategia è stata presentata dalla Commissione europea il 20 maggio 2020, e contempla l'adozione di misure preordinate a porre rimedio all'uso incontrollato della superficie terrestre e del mare e allo sfruttamento eccessivo delle risorse naturali.

<sup>13</sup> Anche tale Strategia è stata presentata dalla Commissione europea il 20 maggio 2020, ed è finalizzata a creare un sistema alimentare di prodotti che provengano da un Pianeta sano (p. es., riducendo l'uso di fertilizzanti chimici in agricoltura, etc.).

<sup>14</sup> Presentata dalla Commissione europea l'8 luglio 2020; mira a favorire l'installazione (tra il 2020-2021) di almeno 6 GW di elettrolizzatori per l'idrogeno rinnovabile, che dovranno diventare 40 GW tra il 2025 e il 2030, sino a divenire una fonte energetica di larga diffusione tra il 2030 e il 2050.

<sup>15</sup> Presentata dalla Commissione europea il 19 novembre 2020, e preordinata a portare la capacità eolica *offshore* a 300 GW entro il 2050.

notate da regole e dinamiche non sempre coincidenti, sarebbe potuta risultare inadatta e controproducente.

Dal momento che il perseguimento dei plurimi obiettivi del *Green deal* europeo richiede – ovviamente – l'impiego di considerevoli risorse, è stato istituito il *Meccanismo per una transizione giusta*, il quale è incentrato sul *Fondo per una transizione giusta*, diretto ad offrire sostegno economico alle persone, alle economie e all'ambiente dei territori<sup>16</sup>, sul *Fondo InvestEU*, che prevede la concessione di garanzie per le operazioni di finanziamento e di investimento che contribuiscano alle politiche interne dell'Unione<sup>17</sup>, nonché sullo *Strumento di prestito per il settore pubblico*, finalizzato ad incrementare gli investimenti pubblici per una transizione giusta, agevolando il finanziamento di progetti che non generino flussi di entrate sufficienti a coprire i propri costi di investimento<sup>18</sup>.

## 2.2. Segue: *Il quadro nazionale*

Passando dal piano sovranazionale a quello nazionale, occorre comprendere come siano state veicolate le misure europee. Bisogna perciò guardare al *Piano Nazionale Integrato Clima ed Energia* (PNIEC), alla *Strategia a lungo termine sulla riduzione delle emissioni di gas a effetto serra*, al *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* (PNRR), nonché ai decreti legislativi di recepimento delle direttive, cui può aggiungersi il *Piano per la transizione ecologica* (PTE).

Quanto agli atti di pianificazione, il primo di essi è il *Piano Nazionale Integrato Energia e Clima* (PNIEC), la cui versione definitiva è stata trasmessa dall'Italia nel dicembre 2019 e i cui principali obiettivi, che dovranno essere adeguati, sono: *a*) una produzione di una percentuale di energia da fonti energetiche rinnovabili (FER) nei consumi finali lordi di energia pari al 30%; *b*) una produzione di una quota di energia da fonti rinnovabili nei consumi finali lordi di energia nei trasporti del 22%; *c*) la riduzione dei consumi di energia primaria del 43%; *d*) la ri-

<sup>16</sup> Cfr., Regolamento 2021/1056/UE.

<sup>17</sup> Cfr., Regolamento 2021/523/UE.

<sup>18</sup> Cfr., Regolamento 2021/1229/UE.

duzione dei gas serra, rispetto al 2005, per tutti i settori non ETS del 33%.

Il successivo atto di pianificazione delle politiche energetiche nazionali è rappresentato dalla *Strategia a lungo termine sulla riduzione delle emissioni di gas a effetto serra*. Gli scenari in essa previsti si sviluppano lungo sei linee strategiche: *a*) l'integrazione di tutte le politiche pubbliche; *b*) il cambio di atteggiamento da parte dei diversi livelli istituzionali, dei cittadini e delle imprese; *c*) la conversione, all'elettricità e all'idrogeno, delle infrastrutture per il trasporto e la distribuzione del gas naturale; *d*) l'interconnessione delle grandi infrastrutture transfrontaliere (p. es., elettrodotti, gasdotti, strade, vie di comunicazione ferroviarie, marittime, aeree); *e*) la creazione di norme e prassi europee comuni sul ruolo dell'idrogeno, dei combustibili rinnovabili e dei vettori energetici (e relative infrastrutture) da privilegiare; *f*) la promozione della ricerca di soluzioni tecnologiche e operative per contemperare la crescita delle fonti rinnovabili con la tutela dell'ambiente e del paesaggio. Limitarsi a menzionare il PNIEC e alla LTS non è però sufficiente, poiché in un periodo storico nel quale lo strumento dei Piani e la logica della pianificazione dell'intervento pubblico nell'economia è ritornato in auge giocano un ruolo determinante (pure nel campo della transizione energetica) altri atti di tal guisa.

Com'è noto, lo sviluppo sostenibile e la transizione energetica sono pure al centro del programma *NextGenerationEU*: lo strumento temporaneo – con una dotazione complessiva di 750 miliardi di euro, di cui 312,5 miliardi a titolo di sovvenzioni e 360 miliardi a titolo di prestiti – istituito a livello europeo per riparare i danni economici e sociali causati dalla pandemia da COVID-19. Esso, oltre che sulle risorse del Fondo europeo di sviluppo regionale (FESR), del Fondo sociale europeo (FSE) e del Fondo di aiuti europei agli indigenti (FEAD), trova il suo principale strumento nel c.d. *Dispositivo per la ripresa e la resilienza* (o *Recovery and Resilience Facility* – RRF)<sup>19</sup>. L'ammissione alle risorse del Dispositivo presupponeva la trasmissione (entro il 30 aprile 2021) di un *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* (PNRR), cioè un atto pianificatorio e programmatico con cui definire, motivare e giustificare il pro-

<sup>19</sup> Cfr., Regolamento (UE) 2021/241 del 18 febbraio 2021.

gramma di riforme e di investimenti che ciascun Stato membri si impegnasse a realizzare in sei ambiti: *a)* la transizione verde; *b)* la trasformazione digitale; *c)* la crescita intelligente, sostenibile e inclusiva; *d)* la coesione sociale e territoriale; *e)* la salute e la resilienza economica, sociale e istituzionale, *f)* le politiche per la prossima generazione, l'infanzia e i giovani. Sicché, in aderenza alle previsioni del Regolamento (UE) 2021/241, l'Italia ha trasmesso, il 30 aprile 2021, il proprio Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR).

È ormai acclarato che il PNRR italiano – la cui *governance* reticolare e multilivello è disciplinata dal D.lgs. 31 maggio 2021, n. 77, convertito con L. 29 luglio 2021, n. 108<sup>20</sup> – è un piano di riforme<sup>21</sup> che ha previsto

<sup>20</sup> In dottrina, G. MENEGUS, *La governance del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: la politica alla prova dell'attuazione*, in *Quad. cost.*, 2021, 945 ss. Il primo livello di *governance* del PNRR è costituito dalla «Cabina di regia» che, con il supporto della «Segreteria tecnica», esercita poteri di indirizzo, di impulso e di coordinamento generale sull'attuazione degli interventi del PNRR. Sempre al primo livello si colloca – oltre al «Tavolo permanente per il partenariato economico, sociale e territoriale», con funzioni consultive – la «Unità per la razionalizzazione e il miglioramento dell'efficacia della regolazione», avente il compito di individuare e proporre soluzioni agli ostacoli normativi, regolamentari e burocratici alla realizzazione degli investimenti. Il secondo livello è invece costituito da un Ufficio dirigenziale denominato «Servizio centrale per il PNRR» del MEF, con compiti di coordinamento operativo, di monitoraggio, di rendicontazione e di controllo del PNRR, nonché da un Ufficio dirigenziale istituito presso la Ragioneria generale dello Stato - Ispettorato Generale per i Rapporti finanziari con l'Unione Europea, avente funzioni di audit del PNRR e di anticorruzione. Infine, il terzo livello si compone di un Ufficio dirigenziale, istituito presso ciascuna amministrazione centrale, con compiti di raccordo con il Servizio Centrale del PNRR, nonché degli Uffici delle Amministrazioni centrali, delle Regioni, degli enti locali ed (eventualmente) delle società a prevalente partecipazione pubblica, con il compito di dare attuazione agli investimenti del PNRR.

<sup>21</sup> Cfr., PNRR dell'Italia, p. 43, ove si afferma che «i Piani Nazionali di Ripresa e Resilienza sono innanzitutto piani di riforma. [...] A questo fine sono previste tre tipologie di azioni: le riforme orizzontali, le riforme abilitanti e le riforme settoriali. Le riforme orizzontali, o di contesto, consistono in innovazioni strutturali dell'ordinamento, d'interesse trasversale a tutte le Missioni del Piano, idonee a migliorare l'equità, l'efficienza e la competitività e, con esse, il clima economico del Paese. Il Piano ne individua due: la riforma della pubblica amministrazione e la riforma del sistema giudiziario. Alla categoria delle misure di contesto appartengono anche le riforme abilitanti, cioè gli interventi funzionali a garantire l'attuazione del Piano e in generale a rimuovere

investimenti per un ammontare complessivo pari a 191,5 miliardi di euro, ai quali si aggiungono 30,6 miliardi gravanti su un Fondo complementare, istituito dal D.l. 6 maggio 2021, n. 59 convertito dalla L. 6 maggio 2021, n. 10. Tra le sei missioni previste dal Piano, occorre concentrarsi su quella dedicata alla *Rivoluzione Verde e Transizione Ecologica*, finalizzata ad accelerare il processo verso una transizione ambientale equa e inclusiva, ed articolata in quattro sub-missioni: *a)* economia circolare e agricoltura sostenibile; *b)* energia rinnovabile, idrogeno, rete e mobilità sostenibile; *c)* efficienza energetica e riqualificazione degli edifici; *d)* tutela del territorio e della risorsa idrica. A dimostrazione di quanto fondamentale sia lo sviluppo sostenibile nelle prossime future scelte politiche, basti considerare che la parte più consistente è riservata propria a questa missione: 68,6 miliardi di euro<sup>22</sup>.

Ma a che punto sono i progetti PNRR? La “*filiera amministrativa*” per l’utilizzo delle risorse del PNRR funziona grosso modo così. Dopo l’accordo politico sulle risorse complessivamente assegnate a ciascun Stato membro, è stato adottato il regolamento istitutivo del *Recovery and Resilience Facility*. Di poi, ciascuno Stato membro è stato chiamato a presentare il proprio PNRR, individuando Missioni, progetti e investimenti da realizzare. A loro volta, le Amministrazioni centrali sono legittimate, *ratione materiae*, ad adottare decreti con i quali vengono indette le procedure per la selezione dei progetti da finanziare e, nel fare ciò, possono avvalersi anche di società partecipate, che fungono da stazioni appaltanti. Dunque, con riguardo alla Transizione energetica l’Ammi-

gli ostacoli amministrativi, regolatori e procedurali che condizionano le attività economiche e la qualità dei servizi erogati ai cittadini e alle imprese. Tra questi ultimi interventi, si annoverano le misure di semplificazione e razionalizzazione della legislazione e quelle per la promozione della concorrenza. Sono invece contenute all’interno delle singole Missioni le riforme settoriali, cioè le misure consistenti in innovazioni normative relative a specifici ambiti di intervento o attività economiche, destinate a introdurre regimi regolatori e procedurali più efficienti nei rispettivi ambiti settoriali (ad esempio, senza pretesa di esaustività, le procedure per l’approvazione di progetti su fonti rinnovabili, o la normativa di sicurezza per l’utilizzo dell’idrogeno, la legge quadro sulla disabilità, la riforma della non autosufficienza, il Piano strategico per la lotta al lavoro sommerso, i servizi sanitari di prossimità)».

<sup>22</sup> S. LAZZARI, *La transizione verde nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza «Italia Domani»*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2021, 198 ss.

nistrazione centrale di riferimento è il MiTE, che dai dati in mio possesso ha già adottato i decreti ministeriali con i quali sono stati pubblicati i primi bandi. Tuttavia – per quanto si pretenderebbe di vedere subito dei risultati – gli effetti potranno aversi tra un po' di tempo, poiché c'è un “cantiere aperto” che credo raggiungerà per tempo i risultati pianificati e programmati ove le tensioni politiche non dovessero arrestare l'attività di governo.

### 2.2.1. *L'efficienza energetica nell'edilizia: il recepimento della direttiva 2018/844/UE*

Ma la transizione energetica non passa – evidentemente – dai soli atti di pianificazione. E la ragione è intuibile: le misure pianificatorie per essere messe a terra necessitano di interventi normativi.

I primi atti legislativi di recepimento del *Clean energy package* adottati dall'Italia hanno riguardato l'efficienza energetica. La direttiva 2018/844/UE sull'efficienza energetica nell'edilizia è stata invero recepita con il Decreto legislativo 10 giugno 2020, n. 48. Il provvedimento legislativo in esame ha inciso sui criteri, sulle condizioni e sulle modalità concernenti: *a) i requisiti minimi delle prestazioni energetiche* di edifici nuovi o esistenti sottoposti a ristrutturazione<sup>23</sup>; *b) il calcolo della prestazione energetica degli edifici*<sup>24</sup>; *c) la manutenzione e la ispezione* degli impianti di riscaldamento e di condizionamento<sup>25</sup>; *d) la predisposizione della Strategie nazionali di lungo termine per la ristrutturazione del parco immobiliare nazionale*<sup>26</sup>; *e) la promozione dell'efficienza energetica* (an-

<sup>23</sup> L'Art. 2, comma 1, lett. a), D.lgs. 10 giugno 2020, n. 48, di modifica dell'art. 1, del D.lgs. n. 192/2005, stabilisce che all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 192, sono apportate le seguenti modificazioni: a) alla lettera a), dopo le parole «migliorare le prestazioni energetiche degli edifici» sono inserite le seguenti: «anche tramite l'applicazione di requisiti minimi alla prestazione di edifici nuovi, nonché edifici esistenti sottoposti a ristrutturazione ed elementi edilizi o sistemi tecnici per l'edilizia rinnovati o sostituiti»

<sup>24</sup> Cfr., Art. 6, D.lgs. 10 giugno 2020, n. 48.

<sup>25</sup> Cfr., Art. 10, D.lgs. 10 giugno 2020, n. 48.

<sup>26</sup> Cfr., Art. 5, D.lgs. 10 giugno 2020, n. 48.

che) attraverso le informazioni resa dal Portale Nazionale sulla Prestazione Energetica degli Edifici istituito presso ENEA<sup>27</sup>.

Tali misure sono ispirate da diverse finalità, com'è peraltro facilmente intuibile. In primo luogo, migliorare i livelli di efficienza energetica e l'utilizzo di fonti rinnovabili negli edifici, attraverso la precisa indicazione delle caratteristiche che gli interventi dovranno presentare. In secondo luogo, rendere più adeguati gli accertamenti e le verifiche sui sistemi di riscaldamento e condizionamento all'interno degli edifici di nuova costruzione oppure in quelli oggetto di interventi di ristrutturazione. In terzo luogo, tracciare una coordinata linea strategica sulle misure e sulle azioni da attuate per facilitare il passaggio ad un parco immobiliare (residenziale e non residenziale) ad alta efficienza energetica. Infine, facilitare la diffusione tra cittadini, imprese e pubbliche amministrazioni delle informazioni sulle prestazioni energetiche nell'edilizia, sulle migliori pratiche per le riqualificazioni energetiche, sugli strumenti di promozione, etc. In linea di massima, queste misure appaiono apprezzabili perché tendono a superare – a tacere d'altro – alcuni dei principali ostacoli sin qui riscontrati in materia: la carenza di una chiara strategia delle misure e delle iniziative da attuare e la scarsa conoscenza delle informazioni (talvolta anche equivocate e contraddittorie) sulle prestazioni energetiche negli edifici.

Gli interventi di modifica e integrazione hanno inoltre riguardato i *regimi di sostegno all'efficienza energetica negli edifici*, essendosi opportunamente previsto che gli incentivi pubblici debbano essere effettivamente commisurati ai risparmi energetici perseguiti o conseguiti<sup>28</sup> e, ancor più, stabilito che la disciplina di dettaglio dei diversi strumenti di incentivazione debba favorire la sinergia tra i fondi nazionali e i fondi strutturali europei. Proprio quest'ultima misura è di particolare rilievo, dal momento che contribuisce ulteriormente a rendere più sostenibili i costi connessi agli interventi necessari per consentire il passaggio, entro il 2050, ad un parco immobiliare (privato e pubblico) ad energia quasi zero. Finalizzata a mobilitare gli investimenti per la riqualificazione energetica è la scelta di attribuire ad ENEA e al GSE il compito di pre-

<sup>27</sup> Cfr., Art. 8, D.lgs. 10 giugno 2020, n. 48.

<sup>28</sup> Cfr., Art. 7, comma 1, lett. a), D.lgs. 10 giugno 2020, n. 48.

disporre un rapporto contenente delle proposte volte: *i*) ad aggregare i progetti di efficienza energetica, anche mediante la promozione di piattaforme, gruppi di investimento e consorzi di PMI; *ii*) a ridurre il rischio percepito dagli investitori privati nelle operazioni di finanziamento degli interventi di efficienza energetica negli edifici; *iii*) ad ottimizzare l'utilizzo degli strumenti pubblici di promozione degli interventi di efficienza energetica negli edifici; *iv*) a orientare gli investimenti privati verso la riqualificazione energetica del parco immobiliare pubblico; *v*) a fornire strumenti e servizi di consulenza accessibili e trasparenti<sup>29</sup>. Anche questa misura si pone in line con le altre, quanto alla finalità perseguita: rendere consapevoli cittadini, imprese e pubbliche amministrazioni delle opportunità previste per le prestazioni energetiche nell'edilizia e, al contempo, assicurare un adeguato sostegno pubblico alla realizzazione degli interventi necessari. È evidente che molto dipenderà dall'attività di monitoraggio di ENEA e GSE, chiamati a individuare le soluzioni migliori per favorire uno spostamento del settore edilizio – negli ultimi tempi registra in forze ripresa grazie alle politiche fiscali – verso tecniche e prassi massimamente rispettose dell'ambiente.

#### 2.2.2. Segue: *L'efficienza energetica: il recepimento della direttiva 2018/2002/UE*

La direttiva 2018/2002/UE sull'efficienza energetica è stata recepita con il Decreto legislativo 14 luglio 2020 n. 73, che ha apportato modifiche al Decreto legislativo 4 luglio 2014, n. 102. Le modifiche principali si sono tradotte nell'aggiornamento degli obiettivi nazionali di risparmio energetico<sup>30</sup> e nel correlato adeguamento degli strumenti giuridici atti a conseguirli.

L'*obiettivo indicativo di risparmio energetico* è stato individuato nella riduzione, entro l'anno 2020, di 20 milioni di tonnellate equivalenti di petrolio dei consumi di energia primaria e, entro il 2030, nel contributo nazionale minimo di efficienza energetica notificato alla Commissione europea con il PNIEC: ovvero, una riduzione dei consumi pari al 43%

<sup>29</sup> Cfr., Art. 7, comma 1, lett. c), D.lgs. 10 giugno 2020, n. 48.

<sup>30</sup> Cfr., Art. 3, D.lgs. 14 luglio 2020 n. 73.

dell'energia primaria (corrispondente a 125,1 milioni di tonnellate equivalenti di petrolio) e al 39,7% dell'energia finale (corrispondente a 103,8 milioni di tonnellate equivalenti di petrolio). Per il conseguimento dell'obiettivo è stato confermato l'approccio misto. Infatti, gli strumenti contemplati dalla disciplina nazionale continuano ad essere essenzialmente identificabili nello schema obbligatorio dei certificati bianchi, nelle detrazioni fiscali per gli interventi di efficienza energetica, nel Conto Termico, nel Fondo Nazionale per l'Efficienza Energetica (FNEE) e nel Programma di interventi di efficienza promossi dalle politiche di coesione 2021-2027.

Gli strumenti sui quali si è inciso sono i *Certificati bianchi*, il *Conto Termico* e il *Fondo Nazionale per l'Efficienza Energetica* (FNEE). Quanto ai primi, si tratta di titoli negoziabili, riconosciuti dal GSE ed emessi dal GME, con i quali viene certificato il risparmio negli usi finali di energia da parte dei soggetti obbligati a conseguire gli obiettivi periodicamente determinati con decreto ministeriale<sup>31</sup> ovvero da parte di quanti (diversi dai soggetti obbligati e generalmente costituiti da società di servizi energetici - ESCO) intendano realizzare interventi di efficienza energetica. Il *Conto termico* è, invece, il meccanismo di incentivazione per la realizzazione dei piccoli interventi preordinati ad aumentare l'efficienza energetica e la produzione di energia termica da fonti rinnovabili. Il *Fondo Nazionale per l'Efficienza Energetica* (FNEE) è, infine, lo strumento diretto ad offrire – mediante la concessione di garanzie ovvero l'erogazione di finanziamenti a tasso agevolato – il sostegno finanziario agli interventi di efficienza energetica realizzati da imprese o da pubbliche amministrazioni per ridurre i consumi di energia nei processi industriali ovvero nei servizi e nelle infrastrutture pubbliche (p. es., illuminazione pubblica)<sup>32</sup>.

Venendo alla novella in esame, relativamente ai *Certificati bianchi*, essa ha previsto che i decreti di determinazione degli obiettivi quantita-

<sup>31</sup> L. CUOCOLO, *Gli incentivi agli interventi di efficienza energetica. I certificati bianchi*, in L. CARBONE – G. NAPOLITANO – A. ZOPPINI (a cura di), *Politiche pubbliche e disciplina dell'efficienza energetica. Annuario di diritto dell'energia*, Bologna, 2016, 89 ss.

<sup>32</sup> F. SCIAUDONE, *L'accesso al credito per i progetti di efficienza energetica*, in L. CARBONE – G. NAPOLITANO – A. ZOPPINI (a cura di), *Politiche pubbliche e disciplina dell'efficienza energetica*, cit., pp. 127 ss.

tivi nazionali debbano definire una traiettoria coerente con le previsioni del PNIEC e con le risultanze dell'attività di monitoraggio dell'attuazione delle misure ivi previste<sup>33</sup>. I suddetti decreti potranno inoltre prevedere, su proposta o segnalazione dell'ARERA, modalità alternative o aggiuntive di conseguimento dei risultati e di attribuzione dei benefici, estensioni o variazione dell'ambito dei soggetti obbligati, misure per l'incremento delle tipologie di progetti ammissibili e per la semplificazione sia dell'accesso diretto agli incentivi sia delle procedure di valutazione. Con riguardo al *Conto termico*<sup>34</sup>, invece, ne è stato previsto un aggiornamento in considerazione della necessità di adeguarne il funzionamento al settore civile non residenziale e di semplificarne l'accesso per la pubblica amministrazione e per i privati, ricomprendendo tra gli interventi ammissibili quelli di allaccio ai sistemi di teleriscaldamento e di teleraffrescamento, nonché di installazione di impianti di microgenerazione<sup>35</sup>. Per il *Fondo Nazionale per l'Efficienza Energetica (FEE)*<sup>36</sup> ne è stata estesa l'operativa sino al 2030 ed ampliato l'ambito di operatività, con la conseguenza che potranno accedere alle garanzie ovvero ai finanziamenti a tasso agevolate anche i soggetti che realizzino interventi di efficienza energetica nel settore dei trasporti. Tali misure mirano – come d'ovvio – a rendere effettivamente conseguibili gli obiettivi sull'efficienza energetica, estendendo e potenziando l'armamentario giuridico ed operativo che la previgente disciplina aveva già introdotto; non va dimenticato, infatti, che l'unico obiettivo del Pacchetto clima-energia 20-20-20 che a livello europeo non è stato raggiunto è proprio quello sull'efficienza energetica.

### 2.2.3. *La promozione delle energie rinnovabili: il recepimento della direttiva 2018/2001/UE*

La direttiva 2018/2001/UE, inerente alla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, è stata recepita nel nostro ordinamento

<sup>33</sup> Cfr., Art. 7, comma 1, lett. f), D.lgs. 14 luglio 2020 n. 73.

<sup>34</sup> Il più recente decreto ministeriale che ne detta la disciplina di dettaglio è il D.M. 16 febbraio 2020.

<sup>35</sup> Cfr., Art. 7, comma 1, lett. g), D.lgs. 14 luglio 2020 n. 73.

<sup>36</sup> Cfr., Art. 14, D.lgs. 14 luglio 2020 n. 73.

con il Decreto legislativo 8 novembre 2021 n. 199. Si noti come, anche a causa della maggiore ampiezza delle modifiche in essa contemplate, il recepimento di tale direttiva abbia richiesto più tempo rispetto alle altre.

Data la finalità perseguita, ossia quella di accelerare il percorso di crescita sostenibile del Paese in maniera coerente con gli obiettivi europei di decarbonizzazione del sistema energetico al 2030 e di completa decarbonizzazione al 2050<sup>37</sup>, gli obiettivi nazionali che ci si è prefissati di conseguire sono particolarmente ambiziosi: *a*) l'obiettivo finale (2030) (destinato ad essere adeguato) è fissato nel 30 per cento della quota complessiva di energia da fonti rinnovabili sul consumo finale lordo; *b*) gli obiettivi intermedi (2021-2026 e 2026-2030) sono stati invece fissati nell'incremento dell'energia da fonti rinnovabili pari a 1,3 punti percentuali come media annuale<sup>38</sup>.

Ed è in funzione di tali obiettivi, che sono state perciò introdotte diverse misure.

Tra questi occorre menzionare, innanzitutto, i *regimi di sostegno e di promozione*. Un ruolo cruciale, infatti, continua ad essere riconosciuto ai regimi di sostegno e di promozione dell'energia da fonti rinnovabili, la cui disciplina deve conformarsi ai principi generali in virtù dei quali devono: *i*) assicurare un'equa remunerazione dei costi di investimento ed esercizio; *ii*) escludere l'incentivazione delle opere di manutenzione ordinaria e delle opere effettuate per adeguamenti dell'impianto; *iii*) conformarsi alla disciplina europea sugli aiuti di Stato; *iv*) trovare copertura finanziaria dalle componenti delle tariffe dell'energia elettrica e del gas; *v*) essere riconosciuti mediante procedure amministrative massimamente semplificate<sup>39</sup>. Tali strumenti di incentivazione tariffaria sono assegnati dal Gestore dei Servizi Energetici (GSE) attraverso diversi tipi di procedure. Gli impianti di grandi dimensioni (aventi una potenza uguale o superiore a 1 MW) possono accedere alle incentivazioni mediante procedure d'asta al ribasso, mentre per quelli di piccole dimensioni (aventi una potenza inferiore a 1 MW) sono previste due alternati-

<sup>37</sup> Cfr., Art. 1, D.lgs. 8 novembre 2021 n. 199.

<sup>38</sup> Cfr., Art. 3, D.lgs. 8 novembre 2021 n. 199.

<sup>39</sup> Cfr., Art. 4, D.lgs. 8 novembre 2021 n. 199.

ve modalità di accesso<sup>40</sup>: a) l'istanza da trasmettere in via diretta alla data di entrata in esercizio<sup>41</sup>; b) procedure indette mediante bandi<sup>42</sup>.

Non c'è dubbio che il diversificato regime giuridico delle procedure per l'ammissione agli incentivi sia coerente e ragionevole. Presupponendo che solo i titolari di grandi impianti siano in possesso delle conoscenze tecniche e amministrative per partecipare a procedure più complesse, la scelta di riservare le procedure d'asta a ribasso ai soli grandi impianti e non anche a quelli di piccola taglia risponde infatti alla logica di ridurre le asimmetrie informative del GSE in ordine alla reale entità dei costi di generazione del MWk che le imprese devono sostenere, così da scongiurare il rischio di ammettere ad incentivazione quegli operatori che, a parità di soluzioni tecniche, presentino offerte sovrastimate. È tuttavia innegabile che il livello di coerenza delle procedure d'asta – ove il prezzo di base sarà dato dal valore dell'incentivo dell'ultima procedura indetta per la stessa fonte – dipenderà in massima parte dai decreti ministeriali e da come questi andranno a dettare la disciplina di dettaglio delle condizioni e delle modalità di partecipazione. Qui qualche considerazione sulla modalità di accesso agli incentivi pubblici, in specie le aste del GSE, è quanto mai doveroso. È da un po' di tempo che le aste del GSE vanno tutt'altro che bene. Un dato per tutti: l'ultima procedura d'asta del mese di aprile ha visto l'assegnazione di soli 440 MWh su 3.500 MWh offerti, cioè a dire quasi il 14%. Le cause di questa desertificazione sono due: la lentezza degli *iter* autorizzativi, che impedisce agli operatori di essere in possesso delle autorizzazioni cui è subordinata la partecipazione alle aste, e la poca convenienza dei prezzi al ribasso, la quale disincentiva gli operatori a produrre energia ad un prezzo poco conveniente rispetto a quello che possono conseguire dalla stipula di contratti di PPA con soggetti privati. Queste cause – non c'è dubbio – sono note al legislatore, ma le misure messe in campo (semplificazioni degli *iter* autorizzativi) richiederanno dei fisiologici tempi di attesa prima di sortire i loro effetti, a meno che non si voglia *ad absurdo* passare dalla semplificazione alla liberalizzazione.

<sup>40</sup> Cfr., Art. 5, D.lgs. 8 novembre 2021 n. 199.

<sup>41</sup> Per gli impianti con costi di generazione più vicini alla competitività di mercato.

<sup>42</sup> Per gli impianti con costi di generazione maggiormente elevati.

Oltre ai *regimi di sostegno e di promozione*, la disciplina sulla promozione dell'energia rinnovabile riserva particolare attenzione ai poc'anzi menzionati *regimi autorizzatori*. Le tipologie di procedimenti autorizzatori per la costruzione e l'esercizio di impianti alimentati da fonti di energia rinnovabile contemplate sono quattro (comunicazione per le attività di edilizia libera, dichiarazione di inizio lavori, procedura abilitativa semplificata e autorizzazione unica)<sup>43</sup>, ma oltre ad esse sono state introdotte diverse interessanti misure ispirate ad una chiara logica semplificatoria e acceleratoria.

Anzitutto è stata prevista la creazione da parte del GSE della *Piattaforma unica digitale* per la presentazione delle istanze di autorizzazione alla costruzione e all'esercizio di impianti rinnovabili<sup>44</sup>, di modo da ridurre i rischi di incertezza e i ritardi connessi alla individuazione dei modi e delle autorità cui presentare le istanze.

In secondo luogo, va segnalata l'adozione di uno o più decreti ministeriali per la *individuazione di superfici e aree idonee all'installazione di impianti a fonti rinnovabili*<sup>45</sup>. Trattasi di una scelta marcatamente innovativa, che all'evidente fine di semplificare e accelerare gli *iter* autorizzatori capovolge il previgente paradigma fondato sulla individuazione delle superfici e delle aree non idonee<sup>46</sup>. Tralasciando il fatto che vengono individuate aree idonee *ex lege* (siti su cui risultano già installati impianti della stessa fonte, aree oggetto di bonifica, cave e miniere dismesse), il nuovo paradigma implica, non solo la riduzione di un terzo dei termini per la procedura autorizzatori degli impianti da realizzare su superfici e aree qualificate come idonee, ma anche la previsione di un parere obbligatorio non vincolante da parte dell'autorità competente in materia paesaggistica<sup>47</sup>.

Le premesse per semplificare ci sarebbero, ma occorrerà attendere il

<sup>43</sup> Cfr., Art. 18, D.lgs. 8 novembre 2021 n. 199.

<sup>44</sup> Cfr., Art. 19, D.lgs. 8 novembre 2021 n. 199.

<sup>45</sup> Cfr., Art. 20, D.lgs. 8 novembre 2021 n. 199.

<sup>46</sup> B. ROSSI, *Aree e siti non idonei: spunti di riflessione sulla normazione regionale in tema di impianti alimentati da fonti rinnovabili*, in *Giur. merito*, 2012, pp. 2004 ss. Il riferimento è all'art. 12, D.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387 e alle Linee guida di cui al D.M. 10 settembre 2010.

<sup>47</sup> Cfr., Art. 22, D.lgs. 8 novembre 2021 n. 199.

decreto ministeriale col quale saranno effettivamente identificati i siti e le aree su cui poter realizzare gli impianti. Gli interessi sottesi sono molti (tutela dell'ambiente, salute pubblica, iniziativa economica, etc.) e riuscire a trovare un'intesa in sede di Conferenza Unificata non sarà semplice, anche se l'esperienza passata dovrebbe evitare le perniciosità sottese alla scelta delle Regioni di procedere in maniera autonoma, anche in assenza delle Linee guida statali. I decreti sulle aree idonee dovrebbero essere adottati a breve, ma per gli effetti semplificatori temo, purtroppo, che occorrerà ancora attendere. Le Regioni, infatti, dovranno poi procedere alla effettiva individuazione di queste aree, con il rischio che il termine fissato dalla legge (180 giorni) potrebbe essere non rispettato, alimentando incertezze e provocando rallentamenti nello sviluppo delle energie rinnovabili. Per scongiurare un simile rischio non mancano quanti hanno proposto l'istituzione di un Commissario statale. Questa proposta è stata fatta passare quasi come rivoluzionaria, dimenticando il fatto che già nella versione originaria l'art. 20 del D.lgs. n. 199/2021 ha previsto la possibilità per lo Stato di esercitare poteri sostitutivi. Va da sé che la nomina di un Commissario, che da quanto intuito non dovrebbe essere straordinario e che peraltro dovrebbe essere nominato (con una logica di massima anticipazione preventiva) ancor prima dell'eventuale verificarsi di ritardi da parte delle Regioni, appare giuratamente poco sostenibile, ponendo seri dubbi di tenuta costituzionale in conseguenza di una preventiva usurpazione delle sfere di competenza legislativa riservate dall'art. 117 Cost. alle Regioni in materia di energia.

Strettamente connessa alla individuazione delle aree idonee è la creazione della *Piattaforma digitale per le aree idonee*, la quale è finalizzata a fornire tutte le informazioni necessarie per consentire alla Regioni e alle Province autonome di procedere alla caratterizzazione e qualificazione del loro territorio<sup>48</sup>; una misura che, al pari della altre, mira a semplificare ed accelerare i procedimenti amministrativi. Ad essere semplificati sono stati, inoltre, i procedimenti per la realizzazione di impianti *off-shore*, per i quali l'autorizzazione sarà da ora in poi rilasciata, tenendo conto delle aree idonee individuate nel Piano di gestione dello

<sup>48</sup> Cfr., Art. 21, D.lgs. 8 novembre 2021 n. 199.

spazio marittimo produzione di energia da fonti rinnovabili dal Ministero della Transizione Ecologica, di concerto il Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili e sentito, per gli aspetti legati all'attività di pesca marittima, il Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali<sup>49</sup>.

Ancora, uno dei più rilevanti blocchi di misure è relativo alle configurazioni di autoconsumo e alle comunità energetiche rinnovabili. Il carattere quasi<sup>50</sup> del tutto inedito di queste soluzioni ha indotto l'Italia – ancor prima che fosse recepita la direttiva 2018/2001/UE – ad introdurre una disciplina transitoria finalizzata a consentire l'acquisizione di elementi utili a quello che poi avrebbe dovuto essere il definitivo regime giuridico.

Com'è noto, l'*autoconsumatore* di energia rinnovabile è identificato nel cliente finale che produce energia elettrica rinnovabile per il proprio consumo, l'immagazzinamento o la vendita<sup>51</sup>, il quale può a sua volta assumere la configurazione dell'*autoconsumatori* di energia rinnovabile collettiva qualora ricorra un gruppo di almeno due autoconsumatori<sup>52</sup>. Mentre le *comunità energetiche rinnovabili* sono individuate in un soggetto giuridico<sup>53</sup> autonomo – in cui i poteri di controllo fanno capo a persone fisiche, PMI, enti territoriali e autorità locali, enti di ricerca e formazione, enti religiosi, enti del terzo settore e di protezione ambientale, nonché alle amministrazioni locali di cui all'elenco ISTAT – avente l'obiettivo principale di fornire benefici ambientali, economici o sociali a livello di comunità ai suoi soci o membri o alle aree locali in cui opera la comunità e non quello di realizzare profitti finanziari<sup>54</sup>. Ebbene, si è dell'avviso che l'autoconsumo e le comunità energetiche, espressione

<sup>49</sup> Cfr., Art. 23, D.lgs. 8 novembre 2021 n. 199.

<sup>50</sup> Il carattere quasi del tutto inedito delle forme di autoconsumo dipende dal fatto che in Italia esistono già delle Comunità energetiche. Come si ricorda nel documento *Le comunità energetiche in Italia. Una guida per orientare i cittadini nel nuovo mercato dell'energia*, in *www.enea.it*, 2020, «in Italia ci sono già molte comunità e cooperative energetiche situate principalmente nella zona settentrionale della penisola».

<sup>51</sup> Cfr., Art. 2, lett. n), D.lgs. 8 novembre 2021 n. 199.

<sup>52</sup> Cfr., Art. 2, lett. o), D.lgs. 8 novembre 2021 n. 199.

<sup>53</sup> Cfr., Art. 2, lett. p), D.lgs. 8 novembre 2021 n. 199.

<sup>54</sup> Cfr., Art. 31, comma 1, D.lgs. 8 novembre 2021 n. 199.

del principio di sussidiarietà orizzontale<sup>55</sup>, potranno seriamente contribuire all'ambizioso obiettivo fissato sul fronte delle energie rinnovabile, dal momento che la disciplina dettata per essi finisce – com'è evidente – con l'allargare il perimetro dei soggetti (non più prevalentemente imprese) coinvolti, in maniera incisiva, nell'utilizzo delle fonti di energia rinnovabile, accelerando il processo di decentramento del mercato dell'energia; un contributo viepiù realistico, se solo si considera il carattere sufficientemente semplificato delle modalità di accesso ai meccanismi di incentivazione cui i componenti del gruppo di autoconsumatori e delle comunità energetiche potranno accedere.

### 2.3. *Le misure congiunturali per la "crisi" dei prezzi dell'energia*

Passando ora alle misure congiunturali adottate per far fronte alla "crisi" dei prezzi dell'energia, possono rinvenirsi «misure di promozione», di «semplificazione», di «perequazione», di «controllo dei prezzi», etc. Nel loro insieme delineano il ruolo del pubblico e del privato nel percorso di transizione e nella strategia per superare l'attuale crisi energetica.

Dovendo circoscrivere l'indagine entro ragionevoli spazi, ci si limiterà a svolgere delle considerazioni su alcune misure, sebbene ve ne siano altre che meriterebbero pure la giusta attenzione; si pensi al tetto alle aliquote delle accise su benzina e gasolio e al potenziamento dei poteri di vigilanza del Garante per la sorveglianza dei prezzi (c.d. Stato *calmiante*), alle garanzie SACE perché le banche e gli intermediari finanziari facilitino l'accesso al credito delle imprese che abbiano esigenze di liquidità alterate dai piani di rateizzazione concessi agli utenti finali (c.d. Stato *assicuratore*), alla revisione dei prezzi di alcuni materiali di costruzione nell'ambito dei contratti pubblici (c.d. Stato *revisore*), al potenziamento dei *golden powers* contro le scalate ostili in imprese strategiche (c.d. Stato *doganiere*), etc.

Invero, sul fronte del settore pubblico si registra un ritorno del *Big Government*, essendo tornati di moda termini che sembravano ormai

<sup>55</sup> C. BEVILACQUA, *Le comunità energetiche tra governance e sviluppo locale*, in *Amministrazioneincammino.it*, 2020.

superati: ad es., «Stato *defalcatore*», «Stato *ausiliatore*», «Stato *impositore*», «Stato *contraente*». Sul fronte del settore privato, invece, si assiste ad un coinvolgimento maggiormente attivo e consapevole non solo degli operatori economici, ma anche delle famiglie (p. es., Comunità energetiche, trasparenza, precisione e puntualità dei dati delle bollette, e via dicendo)<sup>56</sup>.

### 2.3.1. Segue: *Lo Stato defalcatore: le c.d. misure-taglio*

Un primo gruppo di misure adottate per affrontare l'aumento dei prezzi del gas e dell'energia elettrica è quello che evoca la figura dello Stato *defalcatore*. Si tratta delle misure con le quali l'Autorità di regolazione del settore (AREERA) è stata autorizzata ad annullare le aliquote relative ad una delle voci più consistenti delle bollette elettriche (gli oneri generali di sistema) e a ridurre gli oneri del settore del gas. Senza soffermarsi sulla opportunità, o meno, di trasferire in fiscalità generale i suddetti oneri, tali "misure-taglio" appaiono, nella loro sostanza, condivisibili. Tant'è che non hanno registrato forme di reazione e contestazione, anche perché è obiettivamente difficile immaginare – nel breve periodo – misure alternative capaci di produrre un analogo alleggerimento dei costi in bolletta. Ciononostante, sono misure straordinarie, che dovranno, quanto prima, essere sostituite da soluzioni di lungo periodo. La ragione è intuibile: non sono frutto di una magia con la quale, come d'incanto, viene a crearsi un mondo nel quale le politiche pubbliche non necessitano di risorse economiche. Per vero, l'annullamento e la riduzione temporanea degli oneri di sistema hanno imposto di trovare altrove una fonte di copertura economica. E questa, con riferimento al settore elettrico, è stata individuata in parte nei proventi delle aste delle quote di emissione di CO<sub>2</sub> (c.d. sistema ETS) e, in caso di insufficienza, in anticipazioni della Tesoreria statale, mentre per il settore del gas si è fatto ricorso a corrispondenti riduzioni di cassa e di missione. È quindi intuibile che un eccessivo procrastinarsi di esse potrebbe risultare diffi-

<sup>56</sup> Sul punto, v. F. VETRÒ, *Il ritorno dell'intervento pubblico al tempo della crisi energetica*, in *Metamorfosi del diritto amministrativo. Liber Amicorum per Nino Longobardi*, Napoli, 2023, 447 ss.

cilmente sostenibile, rischiando di alterare il regolare funzionamento di meccanismi e iniziative preordinate a favorire la transizione energetica, più che a tamponare la crisi energetica. Non soltanto perché i proventi delle aste ETS hanno dei vincoli *ex lege*, essendo destinati p. es., al *Fondo globale per l'efficienza energetica e le energie rinnovabili*, a finanziare attività di ricerca e di sviluppo per l'adattamento ai cambiamenti climatici, etc. Ma anche perché – come recentemente affermato dal Governatore della Banca d'Italia – qualora il rincaro dei prezzi dovesse continuare per effetto della guerra tra Russia e Ucraina, «il ricorso al debito per finanziare nuovi programmi pubblici – tranne per quanto necessario per fare fronte a situazioni di reale emergenza – andrà evitato».

### 2.3.2 Segue: *Lo Stato ausiliatore: gli ausili economici*

Venendo ora al secondo gruppo di misure, esso si identifica con la figura dello Stato *ausiliatore*, deputato, come tale, a riconoscere ausili economici ai soggetti privati che abbiano subito conseguenze negative. Il riferimento è al contributo straordinario – sotto forma di credito di imposta – finalizzato ad assicurare una parziale compensazione dei maggiori costi sostenuti dalle imprese (energivore e non energivore), nonché al potenziamento del *bonus* sociale elettrico e gas per le famiglie economicamente svantaggiate e in gravi condizioni di salute.

Benché sicuramente perfettibili, nel loro insieme queste misure presentano una buona dose di efficacia. Quelle previste per le imprese, infatti, consentono di mantenere adeguati livelli di produttività dei cicli industriali, mentre quelle previste per utenti economicamente disagiati o in gravi condizioni di salute assicurano, a condizioni accessibili, il soddisfacimento dei fondamentali bisogni di vita quotidiana, cui l'energia è strumentale.

I profili di incertezza però non mancano, in specie quanto ai crediti di imposta per le imprese energivore. A tal riguardo, si è reso, infatti, necessario un intervento dell'Agenzia delle Entrate<sup>57</sup> per chiarire l'esatto ambito soggettivo e oggettivo dei crediti di imposta. Sotto il profilo soggettivo, è stato precisato che l'ausilio è riservato alle imprese di cui al

<sup>57</sup> Cfr. circolare del 13 maggio 2022, n. 13.

D.M. 21 dicembre 2017 (ossia imprese di estrazione di minerali, imprese tessili, manifatturiere, di produzione di cemento, etc.) e a quelle ricomprese negli elenchi delle imprese a forte consumo di energia stilati dalla Cassa per i Servizi Energetici e Ambientali (CSEA)<sup>58</sup>; quanto all'ambito oggettivo si è invece precisato che il sostenimento delle spese energetiche, quale presupposto per il riconoscimento del credito di imposta, ricomprenda solo i costi per l'energia elettrica, il dispacciamento e la commercializzazione, con esclusione degli oneri accessori indicati in bolletta. Discende che questi ausili sono senza dubbio una buona linfa vitale per imprese e famiglie, ma, come dimostrano i dati di comune esperienza, sarà necessario, anche in questo caso, un'attenta fase di controllo per scongiurare il rischio di condotte opportunistiche e sleali.

All'interno della figura dello Stato *ausiliatore*, rientra anche l'istituzione presso il Ministero dello sviluppo economico del *Fondo per il sostegno alle imprese danneggiate dalla crisi ucraina*, la cui finalità è essenzialmente quella di riconoscere – a determinate condizioni e secondo una procedura che sarà disciplinata con decreto ministeriale – contributi a fondo perduto alle imprese italiane con *business* in Ucraina e nella Federazione Russa e che, causa il conflitto bellico, abbiano registrato perdite di fatturato. Il limite massimo degli ausili di cui gli operatori potranno beneficiare è di 400.000 euro, con la conseguenza che un possibile aspetto critico potrà essere quello concernente l'insufficiente entità del contributo. Molte delle imprese italiane esportatrici di beni e servizi sui mercati ucraini e russi avevano infatti commesse di diversi milioni di euro e le perdite subite potrebbero plausibilmente essere molto superiori al limite massimo fissato dalla norma; vieppiù se si considera che non è ammesso il cumulo con i finanziamenti agevolati del *Fondo rotativo del Mediocredito centrale* di cui al D.L. 28 maggio 1981, n. 251 (convertito dalla L. 29 luglio 1981, n. 394).

<sup>58</sup> Per una approfondita ricostruzione, anche per i profili storici e organizzativi, ed interessanti proposte evolutive, v. recentissimamente D. ANDRACCHIO, *La cassa per i servizi energetici e ambientali. Contributo allo studio delle forme di gestione pubblica dei flussi finanziari nel diritto dell'economia*, Milano, 2022.

### 2.3.3. Segue: *Lo Stato impositore: le norme sui c.d. extra profitti*

Tra le misure di cui più si è discusso, anche in ambito europeo, vi sono quelle che evocano la temutissima figura dello Stato *impositore*. Il riferimento è alle norme preordinate a colpire i c.d. extra-profitti che le imprese operanti nel settore energetico, a fronte di costi sostanzialmente invariati, conseguano per effetto del rialzo dei prezzi del gas e dell'energia elettrica. Lo scopo di queste misure è duplice. Per un verso, mirano a tutelare le famiglie e le imprese dalle conseguenze pregiudizievoli connesse all'aumento dei prezzi e, per altro verso, sono preordinate a conseguire, senza incidere sul bilancio pubblico, le risorse necessarie per finanziare le misure di sostegno sin qui adottate.

La prima di tali misure (art. 15-*bis*, del Decreto sostegni *ter*) contempla un peculiare «meccanismo di compensazione a due vie» incentrato su due valori: un prezzo di riferimento dell'energia elettrica (c.d. prezzo equo o prezzo massimo) fissato in circa 60 euro/MWh e un prezzo di mercato. Il suo funzionamento è relativamente semplice: alcune categorie di operatori economici sono tenuti a trasmettere, dietro richiesta del Gestore dei Servizi Energetici (GSE), una dichiarazione contenente i dati relativi ai costi sostenuti e ai ricavi conseguiti. A quel punto il GSE è chiamato a calcolare la differenza tra il prezzo equo e il prezzo di mercato, da cui scaturisce l'obbligazione di compensazione a carico, a seconda dei casi, della parte pubblica oppure della parte privata. Se la differenza tra prezzo equo e prezzo di mercato è positiva, nel senso che il prezzo di mercato è inferiore al prezzo equo, il GSE eroga al produttore la corrispondente somma; diversamente, se la differenza è negativa, con il prezzo di mercato superiore al prezzo equo, realizzandosi un sovraprofitto, l'operatore economico dovrà corrispondere al GSE la corrispondente somma.

La seconda delle misure sugli extra-profitti (art. 37, del Decreto taglia prezzi), introduce invece un contributo straordinario di solidarietà a carico dei soggetti che esercitano attività di produzione di energia elettrica, attività di produzione di gas metano o di estrazione di gas naturale, attività di rivendita di energia elettrica, di gas metano e di gas naturale, nonché attività di produzione, distribuzione e commercio di prodotti petroliferi. La base imponibile del suddetto contributo è stata individuata nell'incremento del saldo tra le operazioni attive e le operazioni

passive. Inoltre, al fine di evitare, quale conseguenza paradossale, la traslazione del contributo sui consumatori finali si è introdotto l'obbligo dei soggetti interessati di comunicare mensilmente all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) il prezzo medio di acquisto, di produzione e di vendita dell'energia elettrica, del gas naturale e dei prodotti petroliferi.

Con riguardo alle misure poc'anzi menzionate, è stata rilevata la loro possibile incostituzionalità alla luce degli artt. 3, 41 e 53 Cost., poiché ritenute irragionevoli, sproporzionate e capaci di alterare il libero gioco della concorrenza, senza tener conto della effettiva capacità contributiva. Pur non essendo questa la sede per addentrarsi nel merito della questione, e con la consapevolezza che la questione è così complessa che richiederebbe uno studio puntuale, qualche cauta considerazione può essere svolta. È a tutti noto, infatti, come, per pacifica giurisprudenza costituzionale, non sussiste un obbligo per il legislatore «di tassazione uniforme, con criteri assolutamente identici e proporzionati per tutte le tipologie di imposizione»<sup>59</sup>, ben potendo ammettersi diversificazioni del regime tributario, per aree economiche o per tipologie di contribuenti, purché supportate da adeguate giustificazioni<sup>60</sup>. E le misure dirette a colpire gli extra-profitti delle imprese energetiche paiono collocarsi, in astratto, proprio in quelle differenziazioni tributarie per comparti economici o per categorie di contribuenti che la Costituzione ammette.

Quanto al meccanismo di compensazione a due vie – posto che le ragioni emergenziali e urgenti capaci di giustificare delle temporanee imposizioni più severe non possono essere messe in discussione (l'aumento dei prezzi del gas e dell'elettricità è un dato tanto evidente quanto irrefutabile) – la scelta di circoscrivere l'ambito di applicazione ai titolari di impianti fotovoltaici che beneficino di un incentivo fisso e ai titolari di impianti da fonti solare, idroelettrica, geotermica ed eolica non ammessi a meccanismi di incentivazione ed entrati in esercizio in data antecedente al 1° gennaio 2010 non sembra, ad una prima sommaria lettura, affetta da radicale irragionevolezza. Invero, per la prima categoria di operatori interessati, il versamento dell'extra-profitto trova

<sup>59</sup> Cfr. Corte cost., 11 ottobre 2012, n. 223.

<sup>60</sup> Cfr. Corte cost., 11 febbraio 2015, n. 10.

giustificazione nel fatto che l'incentivo fisso (pari a circa 300 euro/MWh) vada a coprire ampiamente i costi di investimento e di produzione, così che i corrispettivi che gli stessi conseguono dalla vendita – nella borsa elettrica ovvero in negoziazioni bilaterali – dell'energia non costituiscono altro che un sovra-guadagno che, in questa sfavorevole congiuntura economica, i doveri di solidarietà impongono di destinare temporaneamente (dal 1° febbraio 2022 al 31 dicembre 2022) alla rimozione degli ostacoli economici e sociali di quei cittadini e di quelle imprese colpiti dal rincaro dei prezzi. Del pari, per la seconda categoria di operatori è plausibile ritenere che dal 2010 ad oggi ci sia già stato un ampio rientro dei costi di investimento e di produzione, di guisa che i guadagni conseguiti dalla cessione dell'energia elettrica a prezzi decisamente più elevati costituiscono un extra-profitto che, analogamente a quanto detto per la prima categoria, i doveri di solidarietà impongono di destinare temporaneamente (dal 1° febbraio 2022 al 31 dicembre 2022) per la copertura delle misure a sostegno di famiglie e imprese in difficoltà.

Se l'obiettivo, quindi, fosse quello di ottenere una illegittimità piena della misura, non paiono risolutive le critiche mosse da alcuni – pure molto bravi – esperti di diritto dell'energia, per i quali la norma sarebbe illegittima, nella parte in cui esclude alcune categorie di operatori di energia rinnovabile (p. es. i titolari di impianti fotovoltaici ammessi al Quinto Conto Energia e al Decreto FER I), così come gli impianti di produzione solare, idroelettrica, geotermica ed eolica che accedano ai meccanismi incentivanti. Tralasciando il fatto che le ragioni per una tale esclusione paiono, tutto sommato, sussistere, quand'anche volesse arriversi ad ammettere che la norma in oggetto fosse incostituzionale, non è così evidente che il risultato conseguibile possa essere quello di ottenere una declaratoria di incostituzionalità in senso tradizionale. Ciò, in quanto l'art. 15-*bis*, del c.d. Decreto sostegni *ter*, ove ritenuto incostituzionale sotto un simile profilo, potrebbe essere oggetto di una sentenza additiva, che finirebbe con l'inserire nel testo normativo anche le categorie di quegli operatori attualmente esclusi, lasciando impregiudicato l'obiettivo che il legislatore ha inteso conseguire (prelevare temporaneamente dei sovra-guadagni per destinarli alla copertura di quelle misure tese ad aiutare famiglie e imprese colpite dal rincaro dei prezzi) e non arrivando ad una eliminazione del contestato prelievo sugli extra-

profitti. Per giunta, sotto il profilo della proporzionalità, la misura non muove da una presunzione assoluta che ci siano stati extra-profitti; nel qual caso sì che si sarebbe potuti dubitare della sua tenuta costituzionale. Questi potranno esservi oppure no. Sarà compito del GSE vagliare i dati di bilancio per stabilire se i ricavi conseguiti siano imputabili ad extra-profitti e nulla esclude che sia il GSE a corrispondere una somma compensativa agli operatori economici.

Venendo ora al contributo solidaristico straordinario, non si può non rammentare che, per come strutturato, ricorda altri prelievi straordinari disposti in passato (p. es., l'imposta straordinaria sul valore dei fabbricati, etc.). Ma l'imposizione che, sotto molti profili, ricorda maggiormente la misura dettata dall'art. 37 del c.d. Decreto Taglia prezzi è la famosa Robin Hood Tax introdotta dall'art. 81, del d.l. 25 luglio 2008, n. 112, conv. l. 6 agosto 2008, n. 133 e con la quale era stato introdotto un prelievo addizionale dell'IRES a carico di imprese operanti in determinati settori (p. es., ricerca e coltivazione di idrocarburi, raffinazione di petrolio, commercializzazione di benzina, petroli, oli lubrificanti, produzione di energia elettrica, etc.). Lo scopo era colpire i profitti conseguiti dalla rivalutazione delle scorte in caso di aumento del prezzo del petrolio. Come si sa, la Corte costituzionale con la sentenza 11 febbraio 2015, n. 10<sup>61</sup> ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 3 e 53 Cost. In estrema sintesi, l'irragionevolezza di quel prelievo fu dichiarata per tre ragioni: *a*) il prelievo addizionale colpiva l'intero reddito e non solo gli extra-profitti; *b*) il pre-

<sup>61</sup> Sulla sentenza in questione, v. gli Atti del convegno «La sentenza della Corte costituzionale sulla Robin Hood Tax», tenutosi presso l'Università di Bari, il 5 giugno 2015, pubblicati in *Rass. trib.*, n. 5, 2015 (contributi di A. URICCHIO, L. ANTONINI, G. BIZIOLI, F. TESAURO, G. SCACCIA, M. BIGNAMI, G. FRANZONI, L. SALVINI, V. CAPUTI JAMBRENGHI); ma anche D. STEVANATO, *Robin Hood Tax tra incostituzionalità e aperture della Corte a discriminazioni qualitative dei redditi societari*, in *Corr. trib.*, 2015, 951 ss.; G. FRANSONI, *L'efficacia nel tempo della declaratoria di incostituzionalità della 'Robin Hood Tax'*, *ivi*, 967 ss.; E. DELLA VALLE, *Incostituzionalità della Robin Tax solo pro futuro ed esclusione delle sanzioni*, in *Il Fisco*, 2015, 2433 ss.; F. AMATUCCI, *La complessa verifica della legittimità costituzionale della Robin Hood Tax*, in *Riv. trim. dir. trib.*, n. 4, 2015, 1003 ss.; P. BORIA, *L'illegittimità costituzionale della 'Robin Tax'. E l'enunciazione di alcuni principii informativi del sistema di finanza pubblica*, in *GT-Riv. di Giurisprudenza Tributaria*, 2015, 388 ss.

lievo non era limitato nel tempo; c) l'assenza di idonei meccanismi per verificare che l'inasprimento dell'imposta inducesse gli operatori economici a traslare sugli utenti finali il peso dell'imposizione addizionale.

Sulla scorta degli insegnamenti del giudice costituzionale, il contributo straordinario di solidarietà di cui all'art. 37 del c.d. Decreto Taglia prezzi è stato strutturato in maniera tale che fosse rispondente ai crismi costituzionali: i destinatari sono stati individuati con precisione; il prelievo ha una durata temporale limitata; il rischio che il peso del contributo sia traslato sugli utenti finali è ridotto dall'obbligo dei destinatari della misura di comunicare mensilmente il prezzo medio di acquisto, produzione e vendita all'AGCM, la quale potrà adottare i provvedimenti di competenza. I dubbi però non mancano. In primo luogo, la base imponibile è stata individuata «nell'incremento del saldo tra le operazioni attive e le operazioni passive, riferito al periodo dal 1° ottobre 2021 al 30 aprile 2022, rispetto al saldo del periodo dal 1° ottobre 2020 al 20 aprile 2021», con la conseguenza che la norma potrebbe finire per colpire entrate diverse dagli extra-profitti collegati al rincaro dei prezzi (p. es., quelle derivanti da cessioni di partecipazioni o da altre operazioni straordinarie). In secondo luogo, l'inclusione pure delle imprese che producono energia elettrica da fonti rinnovabili nell'ambito soggettivo di applicazione, rischia di tradursi in una sproporzionata penalizzazione di questi rispetto agli altri operatori energetici, in quanto si è già visto che per molti impianti green è già previsto l'eventuale prelievo da parte del GSE. Da questo punto di vista, dunque, la norma potrebbe essere meglio calibrata.

#### 2.3.4. Segue: *Lo Stato contraente: i Power Purchase Agreement (PPA)*

A venire in rilievo è, infine, una misura passata quasi sottotraccia, che evoca la figura dello Stato *contraente*. Trattasi dell'art. 16-*bis*, del d.l. 1° marzo 2022, n. 17, conv. l. 27 aprile 2022, n. 34 (c.d. Decreto energia), con il quale è stata introdotta una peculiare categoria di *Power Purchase Agreement* (PPA). Notoriamente, i PPA sono quei contratti a medio o lungo termine in forza dei quali un produttore di energia rinnovabile si impegna a fornire l'energia, dietro pagamento di un corrispettivo, ad imprese che consumano grandi quantità di energia elettrica.

Essendo generalmente stipulati prima che l'impianto sia realizzato, i benefici di questi contratti – che potrebbero in un futuro anche prossimo sostituire i meccanismi di incentivazione pubblica – sono diversi: per il produttore-venditore, la ragionevole certezza di avere entrate per un periodo medio lungo facilita l'accesso ai finanziamenti necessari per la realizzazione dell'impianto (c.d. bancabilità), mentre il cliente-acquirente avrà la possibilità di prevedere – su un ampio orizzonte temporale – i costi che dovrà sostenere per la voce-energia; ancor più se si considera che il prezzo convenuto è spesso volte fisso.

In Italia, il mercato dei PPA ha ancora dimensioni ridotte, sebbene si registrino segnali di espansione; un andamento che è sicuramente destinato ad aumentare ove si tenga conto del fatto che il GME, in forza dell'art. 28, del D.lgs. 8 novembre 2021, n. 199, ha da poco avviato una bacheca informatica con lo scopo di promuovere l'incontro tra le parti potenzialmente interessate alla stipula di contratti di lungo termine di energia rinnovabile. Sino ad ora le negoziazioni che portavano alla stipula di tali contratti avvenivano tra parti private e senza un intervento del pubblico. Il quadro è però destinato a mutare, in quanto il menzionato art. 16-*bis* del Decreto energia ha previsto un inedito meccanismo che trova nel Gestore dei servizi energetici (GSE) il centro per l'incontro, a prezzi amministrati, della domanda e dell'offerta dei contratti a lungo termine di energia rinnovabile. Il funzionamento di questo meccanismo, la cui finalità è «favorire la piena integrazione e remunerazione di medio termine degli investimenti in fonti rinnovabili», avviene pressappoco così. Il GSE si offre di stipulare, a prezzi che saranno fissati con decreto del Ministro della transizione ecologica, un contratto di lungo termine (avente una durata almeno di tre anni) per l'acquisto di energia rinnovabile. Una volta stipulati tali contratti, lo stesso GSE offre, in forza di contratti di vendita di lungo termine (aventi una durata di almeno di tre anni) l'energia acquistata alle imprese industriali e alle piccole e medie imprese che ne siano interessati, ad un prezzo che sarà fissato con decreto ministeriale.

Si tratta di una misura molto apprezzabile, perché costituisce una “scelta-pilota” che potrebbe portare, in misura veramente incisiva, a valorizzare questo formidabile strumento contrattuale (i PPA, appunto) per la promozione delle energie rinnovabili. V'è da dire, però, che l'effettivo successo dei PPA stipulati dal GSE dipenderà, in larga misu-

ra, da tre variabili: l'entità dei prezzi di acquisto e di vendita che saranno fissati con decreto MiTE; la durata dei contratti; la non rigida standardizzazione dei contratti predisposti dal GSE.

Quanto al profilo dei prezzi è evidente che qualora i prezzi amministrati fossero troppo bassi, i produttori di energia rinnovabile saranno poco incentivati dal ricorrere al meccanismo, preferendo stipulare tali contratti direttamente con un privato-acquirente. All'opposto, ove i prezzi amministrati fossero troppo alti, i produttori sarebbero decisamente invogliati dall'aderire al meccanismo, ma il GSE sarebbe esposto ad ingenti esborsi, che potrebbero non essere coperti dalle entrate derivanti dai contratti di vendita dell'energia acquistata.

Quanto, invece, alla durata dei contratti di PPA sarebbe opportuno che non si limitasse a quella minima di tre anni. Se è vero che una tale durata potrebbe anche essere adeguata per gli impianti già in esercizio che beneficiano di elargizioni pubbliche, la stessa cosa non può dirsi per gli operatori titolari di impianti non incentivanti ovvero per quelli ancora in fase di progetto: i primi preferiranno assicurarsi una entrata sicura per il più lungo tempo possibile, mentre i secondi avranno maggiori probabilità di ottenere i finanziamenti necessari per la realizzazione del progetto (c.d. bancabilità) quanto più estesa sarà la durata del contratto di PPA.

Quanto, infine, al livello di standardizzazione dei contratti di PPA, per quanto la predeterminazione di clausole *standard* sia notoriamente capace di rendere più agevole la stipulazione di negozi con una controparte pubblica, la circostanza, frequente, che la specificità del progetto richieda delle clausole *ad hoc*, potrebbe suggerire l'adozione di un approccio più elastico da parte del GSE, specie per quegli impianti – ancora da realizzare – per i quali le banche e/o gli altri finanziatori esigano apposite clausole negoziali a maggiore garanzia del loro credito. Una eccessiva rigidità e un approccio iper-formalistico, insensibili alle esigenze degli operatori di mercato, potrebbero costituire, quindi, una causa di insuccesso del meccanismo in parola.

#### 2.4. *Alcune proposte*

Come anticipato, molte altre misure meriterebbero di essere esaminate, è tuttavia possibile, alla stregua della disamina svolta, formulare

alcune proposte, che potrebbero agevolare il percorso di transizione energetica.

Tre dati suggeriscono – ove mai ve ne fosse davvero bisogno – di procedere con decisione, ma allo stesso tempo con cautela e attenzione.

Il primo dato è di carattere fisico. Nel suo ultimo rapporto l'Organizzazione Meteorologica Mondiale ha rilevato che nel 2021 la concentrazione di gas a effetto serra è aumentata di sei punti rispetto ai 413, 2 parti per milioni (ppm) del 2020, con un aumento della temperatura globale di 1,11 °C. Il secondo dato è di carattere geopolitico. È del 3 giugno scorso l'adozione del Regolamento (UE) 2022/879 con il quale è stato previsto che l'embargo del greggio e dei prodotti raffinati provenienti dalla Russia scatterà, rispettivamente, il 5 dicembre 2022 e il 5 febbraio 2023. Disporre l'embargo significa pertanto che a quelle date l'Europa e l'Italia dovranno essere state in grado di rimodulare il mix energetico, con l'importazione di gas da altri Paesi esportatori (p. es., Algeria, Qatar e altri), ma soprattutto con un deciso aumento della produzione di energia da fonti rinnovabili. Infine, il terzo dato è di carattere economico. Nella Relazione speciale sulla Spesa per il Clima di pochi giorni fa, la Corte dei conti Europea ha denunciato alcune incongruenze nella determinazione dei contributi finanziari correlati all'apporto che vari settori (p. es., agricoltura e infrastrutture) hanno dato alla lotta ai cambiamenti climatici. Nessuno vi ha dato il giusto risalto, ma le conclusioni di quella Relazione sono serissime. Vi si legge, infatti, che «l'UE ha adottato una legislazione in molteplici settori politici a sostegno dell'azione per il clima. Si è impegnata a destinare il 20% del suo bilancio 2014-2020 all'azione per il clima, alla riduzione delle emissioni di gas serra, all'aumento delle energie rinnovabili e al miglioramento dell'efficienza energetica. Nel 2021 la Commissione ha riferito di aver raggiunto questo obiettivo. Abbiamo riscontrato che in alcuni casi non c'era prova per giustificare la spesa europea con la voce "contributi climatici", mentre in altri il contributo è stato sovradeterminato. La nostra analisi ha indicato che la Commissione ha registrato indebitamente circa 72 miliardi di euro come spesa per il clima». Si capisce, allora, che la rapidità nell'attuazione delle misure per la transizione verso la neutralità climatica non deve essere confusa con la fretta, perché altrimenti al danno (perdere la lotta ai cambiamenti climatici) si aggiungerebbe la beffa (finanziare indebitamente iniziative climalteranti).

Ciò premesso, sul fronte del rincaro dei prezzi, si ritiene auspicabile un *price cap* a livello europeo e non già a livello nazionale, come invece fatto con il c.d. *tope* (letteralmente “limite”) dalla Spagna e dal Portogallo, che sono notoriamente contraddistinte da un mercato dell’energia assai meno interconnesso rispetto a quello italiano<sup>62</sup>. Sebbene siano in discussione proposte alternative, come la previsione di un indennizzo europeo da rischio geopolitico per venire incontro agli operatori economici e indurli, quindi, ad eliminare dalla voce dei prezzi il rischio di una interruzione delle forniture russe (p. es., attingendo ai prestiti del *Temporary support to mitigate unemployment risks in an emergency* – SURE), si concorda con quanti ritengono che la fissazione di un prezzo massimo europeo potrebbe favorire una calmierazione dei prezzi, senza per questo far perdere competitività alle imprese energetiche italiane e senza rendere il solo mercato italiano meno appetibile per i produttori stranieri di gas. Ma questa situazione comporta la necessità di uno sforzo comunitario più incisivo, tra le cui leve non sarà probabilmente da escludere il ricorso ad «un debito comune europeo». A tal riguardo, l’ultimo paper pubblicato dal Fondo Monetario Internazionale invita l’Unione europea a varare un secondo Recovery Fund per far fronte alla crisi energetica e scongiurare una probabile futura recessione economica. La collettivizzazione del debito è un tema storicamente divisivo in Europa, ma così come è stato fatto con il secondo battito d’ali, l’Europa deve farsi trovare pronta e unita per affrontare le conseguenze del terzo e delle ombre che da esso si distendono. Il rischio, in questo caso, è che ogni Stato membro vada per la sua strada nella corsa agli approvvigionamenti, mettendo a rischio il processo di liberalizzazione e di integrazione del mercato europeo dell’energia.

Oltre a ciò, sul fronte della transizione energetica occorrerebbe agire in nove punti: *i*) promuovere – p. es., con campagne informative ed

<sup>62</sup> Nelle more della pubblicazione del presente contributo, il 19 dicembre 2022 è stato raggiunto un accordo sul tetto massimo al prezzo del gas, individuato in 180 euro al Megawattora (ossia 56 dollari per milione di unità termiche britanniche), da attivarsi qualora sia superata la soglia per tre giorni consecutivi e la differenza di prezzo con il GNL (Gas Naturale Liquefatto) sia superiore a 35 euro. Il *price cap* sarà operativo dal 15 febbraio 2023 e, una volta raggiunte le predette condizioni di attivazione, sarà attivo per almeno 20 giorni lavorativi.

educative e con misure di *nudge regulation* – la massima diffusione della cultura sostenibile, perché solo una consapevolezza diffusa dell'emergenza climatica potrà fare in modo che condotte e scelte sostenibili diventino delle normali e ordinarie regole di vita e di impresa; *ii*) semplificare e razionalizzare la *governance* energetica, dal momento che la pluralità di soggetti e di enti pubblici titolari di determinate singole frazioni dell'azione pubblica nel settore energetico determina spesso volte confusione, rallentamenti, duplicazioni di procedure, indecifrabilità degli atti regolamentari, assenze di coordinamento, etc.; *iii*) adottare un provvedimento legislativo unico, semplice e ordinato con il quale siano individuati le autorità competenti, i tipi di procedure e i tempi di conclusione per il rilascio di titoli autorizzatori degli impianti alimentati da fonti rinnovabili, consentendo comunque alle Regioni di poter modulare la realizzazione di tali impianti in maniera congeniale con le specifiche configurazioni territoriali, paesaggistiche e paesistiche di ciascuna di esse; *iv*) rafforzare le strutture coinvolte nelle procedure di valutazione ambientale (p. es., Commissione VIA e VAS), dotando le stesse di una adeguata dotazione organica, altrimenti ogni impegno, quand'anche massimo, non potrebbe assicurare nessuna rapida evasione delle numerosissime istanze; *v*) favorire, sostenere e implementare lo svolgimento, la diffusione e la condivisione dei risultati della ricerca, di prodotto e di processo, nel campo delle energie rinnovabili e di altre fonti di energia non fossile, quali p. es. l'idrogeno; *vi*) abbattere, in misura anche marcata, i sussidi pubblici alle energie fossili, che in Italia ammontano a circa 14 miliardi di euro, così da indurre il mondo industriale ad adottare strategie che virino, con decisione, verso il settore delle rinnovabili; *vii*) supportare gli enti locali, di modo da favorire un sempre loro maggiore coinvolgimento nella realizzazione di interventi energetici e, da oggi, nella creazione di forme di autoconsumo e di comunità energetiche rinnovabili; *viii*) incoraggiare un maggiore coinvolgimento di capitali privati nella realizzazione di progetti *green*, anche mediante il rilascio in loro favore di garanzie pubbliche; *ix*) giungere, in tempi ragionevoli, alla progressiva introduzione di un quadro normativo e regolatorio, chiaro e completo, dei contratti di PPA, anche con controparte pubblica.

È con l'attuazione del PNRR che l'Italia dovrà adottare una strategia nazionale per l'economia circolare, il programma nazionale per la

gestione dei rifiuti, un nuovo quadro per l'integrazione dei servizi idrici, una spinta sull'idrogeno, gare di appalto per i principali investimenti nelle infrastrutture ferroviarie, compresi i servizi ferroviari ad alta velocità per il Sud, e la semplificazione delle procedure amministrative. Pertanto, per il raggiungimento degli obiettivi energetici in Italia, assumeranno un ruolo fondamentale le decisioni sulle misure da attuare nei prossimi mesi per concretizzare le grandi opportunità che il PNRR ci offre. Ma per realizzare questo obiettivo sarà necessario assicurare un coordinamento nelle decisioni pubbliche, che possa assicurare il passaggio da una visione meramente emergenziale ed a breve termine, nella quale si invoca un ritorno all'utilizzo degli impianti a carbone, ad una programmatoria e di lungo respiro, tale da assicurare un processo di transizione stabile e duraturo.

### *3. Conclusioni*

Dalle considerazioni sin qui svolte, appare evidente che il percorso verso la decarbonizzazione – che è l'essenza della transizione energetica – sia arduo e complesso. Si tratta, infatti, di favorire un cambiamento – netto e radicale – nelle abitudini di vita e nei modelli di gestione dei cicli industriali.

I recenti eventi economici e geopolitici hanno reso la «transizione energetica» ancora più tortuosa. Il 'terzo battito d'ali' ci ha confermato una volta di più la mutevolezza degli strumenti che la transizione energetica richiede. Dopo lo scoppio della guerra in Ucraina, infatti, occorre necessariamente pensare la transizione in modo differente. Quest'ultima non deve essere considerata come un monolite immutabile, ma come una opportunità che si realizza in modi differenti a seconda delle condizioni sociali ed economiche presenti a livello nazionale ed internazionale. Da ultimo condizionata dalla vicenda Ucraina e dalla guerra che insanguina quel paese, dal passaggio – probabilmente non adeguatamente ponderato – «da un'economia di mercato ad una di guerra» e dalle dinamiche «folli» del mercato del gas. Tali dinamiche si ripercuotono pesantemente sul mercato dell'elettricità, che ad esso è strettamente connesso, essendo la materia prima più importante nella generazione elettrica.

In tal modo, il rialzo dei prezzi della materia prima principale nella

produzione di energia elettrica viene a condizionare pesantemente il percorso intrapreso dall'Unione europea per il raggiungimento degli obiettivi energetici legati al passaggio da fonti fossili a fonti rinnovabili. Il taglio delle forniture messo in atto dalla Russia rischia, infatti, di svelare la fragilità e la vulnerabilità del sistema energetico europeo, con la conseguenza che diverse attività industriali si trovano o si troveranno costrette a rallentare o a cessare la propria produzione, passandosi, in tal modo, da una crisi energetica ad una industriale.

La transizione è un processo flessibile, che deve inserirsi in uno spazio aperto di scambi e possibilità e non in un «tracciato di recinti». In questo processo contano le idee, che, a differenza dei dogmi, possono e devono essere valutate, implementate, abbandonate e migliorate, e tramite le quali l'Italia può e deve assumere un ruolo centrale all'interno di un'Unione forte e unita, il cui mercato unico è, e deve essere, il suo punto di forza.

La transizione energetica non deve però rappresentare solo qualcosa di ideologicamente dovuto nei confronti delle future generazioni, ma anche una opportunità. La destinazione di ingenti finanziamenti pubblici alla decarbonizzazione, fa sì che da obiettivo a valenza essenzialmente ambientale si possa cogliere il germe di un vero e proprio volano di sviluppo economico e di emancipazione dai vincoli geopolitici che ora più che mai hanno dimostrato la fragilità delle economie europee. La transizione energetica deve, pertanto, svilupparsi sulla base di un equilibrio fra la tutela dell'ambiente e la crescita economica (o, se vogliamo, uno sviluppo sostenibile), il cui paradigma può e deve essere qualitativamente e quantitativamente differente rispetto al passato.

Sia consentito un ultimo 'ingrediente'. Per raggiungere gli obiettivi prefissati, un ruolo centrale è svolto dalla formazione e, pertanto, dalle Università. La transizione energetica, infatti, comporterà il venire in essere di nuove professioni, al cospetto delle quali, l'istituzione universitaria non può farsi trovare impreparata, ma deve seguire l'evoluzione del mercato del lavoro funzionalmente al raggiungimento degli obiettivi della transizione energetica.



VIVIANA MOLASCHI

LA SFIDA DELL'ECONOMIA CIRCOLARE  
E IL PIANO NAZIONALE DI RIPRESA E RESILIENZA \*

SOMMARIO: 1. Verso la “riconciliazione” di ecologia ed economia. Lo sviluppo dell'economia circolare. – 2. Alcuni elementi di contesto: economia circolare e lotta ai cambiamenti climatici. – 3. L'economia circolare nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. – 4. Osservazioni di metodo e contenuto. Partecipazione ed economia circolare.

1. *Verso la “riconciliazione” di ecologia ed economia. Lo sviluppo dell'economia circolare*

Come evidenziato da importanti studi in materia di diritto dell'ambiente, ecologia ed economia hanno la stessa radice<sup>1</sup>. Soprattutto negli ultimi anni all'antagonismo che a lungo ne ha connotato i rapporti – l'economia vista come nemica dell'ambiente; la tutela dell'ambiente concepita come un ostacolo all'economia – si sta sostituendo la consapevolezza che condividere una “casa” comune non possa che portare a un percorso di “riconciliazione”, ovviamente ove possibile e realizzabile<sup>2</sup>.

\* Il contributo riprende, con aggiornamenti e modifiche, lo scritto *L'economia circolare nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, pubblicato negli *Scritti in onore di Maria Immordino*, a cura di G. CORSO-F.G. COCA-A. RUGGERI-G. VERDE, Napoli, 2022, vol. III, 2471 ss. nonché in *ambientediritto.it*, 1/2022.

<sup>1</sup> V. R. FERRARA, *Etica, ambiente e diritto: il punto di vista del giurista*, in *Le politiche ambientali, lo sviluppo sostenibile e il danno*, a cura di R. FERRARA-C.E. GALLO, vol. I del *Trattato di diritto dell'ambiente* diretto da R. FERRARA-M.A. SANDULLI, Milano, 2014, 34.

<sup>2</sup> La necessità, fondata sulla natura stessa delle cose, di «conciliare e coniugare, là ove possibile e nei limiti di ciò che appaia realisticamente praticabile, economia ed ecologia» è evidenziata da R. FERRARA, *La tutela dell'ambiente e il principio di integrazione: tra mito e realtà*, in *Riv. giur. urbanistica*, 2021, 14-15.

Tale riconciliazione, d'altra parte, appare consustanziale al concetto di sviluppo sostenibile<sup>3</sup>.

La stessa riforma costituzionale operata dalla l. cost. 1/2022 ne è una manifestazione. Il legislatore costituzionale, oltre a modificare l'art. 9 Cost., prevedendo tra i doveri della Repubblica la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni, ha riformulato l'art. 41 Cost., occupandosi specificamente dei rapporti tra economia e ambiente. In particolare, da un lato, ha integrato i limiti alla libertà di iniziativa economica con il riferimento espresso alla «salute» e all'«ambiente», dall'altro, per quanto qui interessa, ha riservato alla legge la possibilità di determinare i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata anche «a fini ambientali».

Non è questa la sede per analizzare il lungo cammino che aveva già permesso di dare alla tutela dell'ambiente rilevanza costituzionale anche in seno all'art. 41 Cost. attraverso le clausole dell'«utilità sociale» (art. 41, comma 2, Cost.) e dei «fini sociali» (art. 41, comma 3, Cost.). Ciò che preme sottolineare è che l'esito di tale percorso è una visione in cui l'attività economica concorre al perseguimento delle finalità di tutela ambientale fatte proprie dall'ordinamento<sup>4</sup>.

Varie sono state le tappe di tale progressivo «riorientamento in senso ecologico dell'economia»<sup>5</sup>, che qui si possono solo brevemente accennare.

Semplificando, si potrebbe dire che in una prima fase si sono avuti singoli momenti di incontro, occasioni di reciproca “convenienza”. A causa delle rigidità e dei limiti dell'approccio di *command and control*, si

<sup>3</sup> In tal senso v. C. FELIZIANI, *Industria e ambiente. Il principio di integrazione dalla rivoluzione industriale all'economia circolare*, in *Dir. amm.*, 2020, 847. Sul concetto di sviluppo sostenibile v., per tutti, F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010.

<sup>4</sup> In tal senso M. DELSIGNORE-A. MARRA-M. RAMAJOLI, *La riforma costituzionale e il nuovo volto del legislatore nella tutela dell'ambiente*, in *Riv. giur. ambiente*, 2022, in partic. 35.

<sup>5</sup> La felice espressione si deve a F. DE LEONARDIS, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2021, 795.

sono diffusi strumenti *market based*, che perseguono obiettivi di protezione ambientale utilizzando le dinamiche del mercato<sup>6</sup>.

Un primo ordine di interventi le modifica, correggendole e orientandole in direzione *green*. Si punta a conseguire una miglior tutela dell'ambiente premiando e incentivando comportamenti virtuosi di imprenditori e consumatori e, contemporaneamente, disincentivando quelli dannosi. Si pensi alla tassazione delle emissioni inquinanti o alla non poco osteggiata c.d. *Plastic tax*. Un altro tipo di strumento è rappresentato dalle detrazioni fiscali per la riqualificazione energetica degli edifici. Rientrano nei *market based tools* i sistemi di certificazione ed etichettatura quali, rispettivamente, *Emas* ed *Ecolabel* nonché il *green public procurement*.

Una diversa tipologia di azione, invece, non opera su mercati preesistenti, ma ne crea artificialmente di nuovi. Risponde a questa logica l'*emission trading system*, inaugurato dal Protocollo di Kyoto con la finalità di ridurre le emissioni inquinanti nell'atmosfera.

Vi sono poi modelli economici innovativi che hanno grandi potenzialità in termini di sostenibilità. È il caso della *sharing economy*, in relazione alla quale si parla anche di economia collaborativa<sup>7</sup>.

La condivisione incrementa il grado di utilizzo dei beni, specialmente di quelli maggiormente suscettibili di riuso, allungandone il ciclo di vita. Sono noti, ad esempio, i benefici ambientali della *mobility sharing* (*car sharing*, *car pooling*, ecc.). Si tratta quindi di un tipo di economia che si presta a ridurre gli impatti sull'ambiente e a preservare le risorse per le generazioni presenti e future<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Per una panoramica degli strumenti di mercato a tutela dell'ambiente v. F. FRACCHIA, *Introduzione allo studio del diritto dell'ambiente*, Napoli, 2013, 60 ss.

<sup>7</sup> Fondamentali gli scritti di R. BOTSMAN, secondo cui la *sharing economy* è «an economic system that unlocks the value of underused assets through platforms that match "needs" with "haves" in ways that create greater efficiency and access»: v. Id., *Who Can You Trust?: How Technology Brought Us Together – and Why It Could Drive Us Apart*, Londra, 2018. In tema v. altresì R. BOTSMAN-R. ROGERS, *What's mine is yours*, Londra, 2010. Più in generale, sulle tendenze in atto verso il nuovo paradigma della condivisione v. *L'età della condivisione. La collaborazione tra cittadini e amministrazione per i beni comuni*, a cura di G. ARENA-C. IAIONE, 2017.

<sup>8</sup> Per una lettura dell'apporto offerto dall'economia della condivisione alla promozione dello sviluppo sostenibile nella peculiare prospettiva del c.d. "diritto alla città" o alla "co-città" sia consentito rinviare a V. MOLASCHI, *Economia collaborativa e beni co-*

Il progresso più significativo nei rapporti tra ecologia ed economia risiede nell'evoluzione dall'utilizzo di singoli strumenti di mercato in funzione di protezione dell'ambiente oppure, in senso più generale, dalla curvatura di alcuni processi economici in chiave di sostenibilità allo sviluppo di un modello economico – quello dell'economia circolare<sup>9</sup> – in cui la tutela ambientale è finalità, elemento costitutivo e fattore di conformazione.

L'economia circolare costituisce una via alternativa al paradigma di crescita lineare, rivelatosi insostenibile. Quest'ultimo, riassumibile nella sequenza “estrazione, produzione, consumo, smaltimento”, si basa sull'idea, dimostratasi fideistica e fallace, dell'illimitatezza delle risorse del Pianeta e dell'inesauribilità della sua capacità di assorbimento degli “scarti”. L'economia circolare propone un diverso modello, rigenerativo, in cui l'economia sia in grado di rigenerare se stessa.

La finalità ultima è quella di non avere alcun rifiuto (*zero waste*): «tutte le attività, a partire dall'estrazione e dalla produzione, sono strutturate in modo tale che i rifiuti di qualcuno diventino risorse per qualcun altro»<sup>10</sup>. Come efficacemente affermato, l'economia circolare comprende, con uno sguardo olistico, «l'intero processo industriale di

*muni: analogie, differenze e intersezioni nella prospettiva di uno sviluppo urbano sostenibile*, in Aa.Vv., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Napoli, 2020, vol. III, 3369 ss. e in *Dir. economia*, 2020, 345 ss.

<sup>9</sup> In tema v., *ex multis*, M. COCCONI, *La regolazione dell'economia circolare*, Milano, 2020; ID., *Un diritto per l'economia circolare*, in *Dir. economia*, 3/2019, 159 ss.; P. LOMBARDI, *Il Patto mondiale per l'ambiente tra economia circolare e discipline di settore*, in *Riv. giur. urbanistica*, 2019, 350 ss. Degna di nota è l'opera collettanea *Studi in materia di economia circolare*, a cura di F. DE LEONARDIS, Macerata, 2019, nell'ambito della quale si segnalano, per quanto qui rileva, i contributi di F. DE LEONARDIS, *Il futuro del diritto ambientale: il sogno dell'economia circolare*, 16 ss. e di R. FERRARA, *Brown economy, green economy, blue economy: l'economia circolare e il diritto dell'ambiente*, 39 ss., pubblicato altresì in *Il Piemonte delle Autonomie*, 3/2018, <https://www.piemonteautonomie.it/> (ultimo accesso: 31 agosto 2022). In argomento v. altresì F. DE LEONARDIS, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. Verso uno Stato circolare?*, in *Dir. amm.*, 2017, 163 ss.

<sup>10</sup> Così R. FERRARA, *Brown economy, green economy, blue economy: l'economia circolare e il diritto dell'ambiente*, cit., 3, che riprende la nota definizione della Ellen MacArthur Foundation. Per approfondimenti v. il sito della Fondazione: <https://ellenmacarthurfoundation.org/>.

progettazione e di produzione dei beni e i profili sociali e formativi a questo connessi»<sup>11</sup>.

Gli ambiti intercettati vanno oltre la gestione dei rifiuti, che per primi sono stati interessati da questo nuovo paradigma economico<sup>12</sup>. L'economia circolare abbraccia settori che spaziano dall'*eco-design* agli appalti verdi, per arrivare alle energie rinnovabili, ecc. La stessa *sharing economy*, basata sulla condivisione, può esserne un significativo volano.

L'economia circolare, quindi, riconduce a sistema tutta una serie di interventi, alcuni dei quali, come si è visto, hanno già contrassegnato la "storia" dei rapporti tra economia e ambiente. Inoltre, non è solo una questione di cambiamento dei modelli di produzione e di consumo, ma comporta profondi mutamenti sociali e culturali, che investono istituzioni e cittadini.

Per il suo approccio multidimensionale e trasversale l'economia circolare si salda con il principio di integrazione, secondo cui le esigenze relative alla protezione dell'ambiente debbono essere integrate tanto nella definizione quanto nell'attuazione di tutte le altre politiche e azioni, nella prospettiva dello sviluppo sostenibile<sup>13</sup>. Lo stesso principio di integrazione è stato indicato in dottrina come uno «strumento di riconciliazione» con specifico riferimento al rapporto tra ambiente ed attività industriali<sup>14</sup>.

La coscienza dell'interdipendenza tra economia ed ambiente e la fiducia nelle sue potenzialità in termini di crescita e occupazione permeano

<sup>11</sup> Così M. COCCONI, *Un diritto per l'economia circolare*, cit., 159.

<sup>12</sup> Il passaggio dal *focus* sui rifiuti al *focus* sul sistema è sottolineato, tra gli altri, da F. DE LEONARDIS, *Il futuro del diritto ambientale: il sogno dell'economia circolare*, cit., 6 ss.

<sup>13</sup> Sul «carattere trasversale» del principio di integrazione v. M. RENNA, *I principi in materia di tutela dell'ambiente*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2012, 1-2, 73. Su tale principio v. altresì, *ex multis*, R. FERRARA, *La tutela dell'ambiente e il principio di integrazione: tra mito e realtà*, cit.; M.C. CAVALLARO, *Il principio di integrazione come strumento di tutela dell'ambiente*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2007, 467 ss. Per una panoramica degli ambiti di applicazione del principio di integrazione, visto anche nei suoi rapporti con l'economia circolare v. C. FELIZIANI, *Industria e ambiente. Il principio di integrazione dalla rivoluzione industriale all'economia circolare*, cit., in partic. 871 ss.

<sup>14</sup> In questi termini v. C. FELIZIANI, *Industria e ambiente. Il principio di integrazione dalla rivoluzione industriale all'economia circolare*, cit., 843 ss.

il *Next Generation Eu* (NGEU)<sup>15</sup>, che, ponendosi in continuità con il *Green Deal* europeo<sup>16</sup>, ha individuato nella transizione ecologica uno dei pilastri della ricostruzione dell'Europa devastata dalla pandemia da Covid 19. Il perseguimento di tale obiettivo non può prescindere, proprio per il suo valore e impatto sistemico, dall'evoluzione verso un'economia circolare.

Pur nella consapevolezza dell'impossibilità di formulare, in questa fase, valutazioni conclusive, può essere di interesse interrogarsi su quale sia il ruolo di tale modello di sviluppo prefigurato dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) italiano<sup>17</sup>, impegno finanziario senza precedenti da cui dipenderà il «futuro sostenibile» del nostro Paese<sup>18</sup>.

## *2. Alcuni elementi di contesto: economia circolare e lotta ai cambiamenti climatici*

Prima di addentrarsi nell'analisi delle previsioni del PNRR in tema di economia circolare può essere di utilità tratteggiare il quadro in cui esse si inseriscono, anche per valutarne la coerenza con la precedente traiettoria di sviluppo.

Il primo riferimento è senz'altro rappresentato dal *Green Deal* europeo, che si colloca nella strategia della Commissione europea per attuare l'Agenda 2030, recante gli obiettivi di sviluppo sostenibile delle Nazioni Unite, primo fra tutti quello del contrasto ai cambiamenti climatici (obiettivo 13).

<sup>15</sup> V. la Comunicazione della Commissione COM(2020) 456 final: «Il momento dell'Europa: riparare i danni e preparare il futuro per la prossima generazione».

<sup>16</sup> V. la Comunicazione della Commissione europea sul *Green Deal* europeo dell'11 dicembre 2019, COM(2019) 640 final.

<sup>17</sup> Il PNRR dell'Italia è stato definitivamente approvato con Decisione di esecuzione del Consiglio 10160/2021, che ha recepito la proposta di decisione della Commissione europea, COM(2021) 344 final del 22 giugno 2021.

<sup>18</sup> La declinazione del concetto di sviluppo sostenibile quale «futuro sostenibile» si deve a R. FERRARA, *Etica, ambiente e diritto: il punto di vista del giurista*, cit., 33.

Giova al riguardo ricordare che l'Accordo di Parigi, adottato alla COP 21 del 2015, ha individuato quale obiettivo di lungo termine il contenimento del riscaldamento globale ben al di sotto dei 2° C rispetto ai livelli pre-industriali, puntando però a ridurlo a 1,5° C. Il proseguimento degli sforzi volti a limitare l'incremento a 1,5° C è stato riaffermato dal "Patto per il clima", approvato il 13 novembre 2021 a Glasgow (COP 26), invero senza compiere gli sperati passi avanti rispetto all'obiettivo precedente.

Scopo del *Green Deal* è «trasformare l'UE in una società giusta e prospera, dotata di un'economia moderna, efficiente sotto il profilo delle risorse e competitiva che nel 2050 non genererà emissioni nette di gas a effetto serra e in cui la crescita economica sarà dissociata dall'uso delle risorse». Con il *Green Deal* il futuro sociale ed economico dell'Unione si lega a finalità di tutela ambientale e, in particolare, climatica<sup>19</sup>.

I traguardi dell'UE in materia, peraltro, sono divenuti sempre più ambiziosi con la c.d. "legge europea sul clima"<sup>20</sup>, che ha dato forma giuridica agli impegni politici del *Green Deal*. Con tale regolamento si è stabilito che entro il 2030 l'Unione dovrà conseguire una riduzione interna netta delle emissioni di gas a effetto serra pari ad almeno il 55 % rispetto ai livelli del 1990. Si tratta di un rilevante progresso rispetto alla percentuale del 40% individuata nel 2014 dal precedente «Quadro Clima-Energia 2030»<sup>21</sup>. Nel luglio 2021 la Commissione ha presentato il pacchetto climatico «*Fit for 55*» per consentire all'UE di raggiungere tale *target*<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> In tal senso v. già, in precedenza, la Comunicazione della Commissione COM(2018) 773 final: «Un pianeta pulito per tutti. Visione strategica europea a lungo termine per un'economia prospera, moderna, competitiva e climaticamente neutra».

<sup>20</sup> Trattasi del regolamento (UE) 2021/1119 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 giugno 2021 che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica e che modifica il regolamento (CE) n. 401/2009 e il regolamento (UE) 2018/1999 («Normativa europea sul clima»).

<sup>21</sup> V. la Comunicazione della Commissione COM(2014) 15 final: «Quadro per le politiche dell'energia e del clima per il periodo dal 2020 al 2030».

<sup>22</sup> V. la Comunicazione della Commissione del 14 luglio 2021, COM(2021) 550 final, «Pronti per il 55 %: realizzare l'obiettivo climatico dell'UE per il 2030 lungo il cammino verso la neutralità climatica».

All'obiettivo della neutralità climatica il *Green Deal* accompagna quello, coessenziale, di realizzare una crescita economica disgiunta dall'utilizzo delle risorse. Il che chiama in causa la transizione verso un'economia circolare, che il *Green Deal* si propone di sostenere e accelerare.

Nel nuovo Piano europeo d'azione per l'economia circolare del 2020<sup>23</sup> la circolarità è vista come un elemento fondamentale per il contrasto ai cambiamenti climatici. A questo riguardo il Piano ricorda che l'estrazione e la trasformazione delle risorse sono all'origine della metà delle emissioni totali di gas a effetto serra e di oltre il 90% della perdita di biodiversità, nonché dello *stress* idrico.

Nello stesso ordine di idee si pone la contemporanea nuova Strategia industriale europea<sup>24</sup>, aggiornata nel 2021 alla luce delle conseguenze della crisi pandemica da Covid 19<sup>25</sup>, la quale, egualmente, ha tra i propri obiettivi il passaggio da un'economia lineare a un'economia circolare.

In virtù di questa forte spinta verso la circolarità, in Italia, nel corso del 2020, sono entrati in vigore i decreti legislativi di recepimento delle direttive europee del secondo "pacchetto" sull'economia circolare<sup>26</sup>.

Il *Green Deal*, come anticipato, è divenuto anche un'opportunità per ricostruire l'Europa travolta dalla pandemia da Covid 19: il programma *Next Generation EU* e, in particolare, il Dispositivo per la Ri-

<sup>23</sup> V. la Comunicazione della Commissione dell'11 marzo 2020, COM(2020) 98 final: «Un nuovo piano d'azione per l'economia circolare. Per un'Europa più pulita e più competitiva».

<sup>24</sup> V. la Comunicazione della Commissione del 10 marzo 2020: COM(2020) 102 final: «Una nuova strategia industriale per l'Europa».

<sup>25</sup> V. la Comunicazione della Commissione del 5 maggio 2021, COM(2021) 350 final: «Aggiornamento della nuova strategia industriale 2020: costruire un mercato unico più forte per la ripresa dell'Europa».

<sup>26</sup> Cfr. l'emanazione dei seguenti decreti legislativi: d.lgs. 3 settembre 2020, n. 116, recante «Attuazione della direttiva (UE) 2018/851 che modifica la direttiva 2008/98/CE relativa ai rifiuti e attuazione della direttiva (UE) 2018/852 che modifica la direttiva 1994/62/CE sugli imballaggi e i rifiuti di imballaggio»; d.lgs. 3 settembre 2020, n. 118, recante «Attuazione degli articoli 2 e 3 della direttiva (UE) 2018/849, che modificano le direttive 2006/66/CE relative a pile e accumulatori e ai rifiuti di pile e accumulatori e 2012/19/UE sui rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche»; d.lgs. 3 settembre 2020, n. 119, recante «Attuazione dell'articolo 1 della direttiva (UE) 2018/849, che modifica la direttiva 2000/53/CE relativa ai veicoli fuori uso»; d.lgs. 3 settembre 2020, n. 121, recante «Attuazione della direttiva (UE) 2018/850, che modifica la direttiva 1999/31/CE relativa alle discariche di rifiuti».

presa e la Resilienza (*Recovery and Resilience Facility* - RRF)<sup>27</sup> individuano in esso «la strategia di crescita dell'Europa».

La transizione verde ne è uno degli assi portanti<sup>28</sup>. Il sostegno a questa e il contributo alla biodiversità devono guidare anche i Piani nazionali per la Ripresa e la Resilienza, impegnandone almeno il 37 per cento delle risorse<sup>29</sup>. Tale evoluzione deve essere sostenuta da riforme e investimenti in tecnologie e capacità verdi, tra i quali quelle correlate all'economia circolare<sup>30</sup>.

Quest'ultima, oltre a contribuire alla lotta al cambiamento climatico, rappresenta un'opportunità per rafforzare la resilienza dell'UE al problema, ormai globale, dell'approvvigionamento delle risorse, diminuendone la dipendenza da fornitori esterni. Essa può costituire altresì un motore per l'occupazione: *il Next Generation EU* stima che proprio l'investimento in un'economia più circolare renda possibile la creazione di almeno 700.000 posti di lavoro.

### 3. *L'economia circolare nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*

Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza italiano fa del contrasto ai cambiamenti climatici una delle proprie principali sfide, cui dedicare il 40 per cento delle risorse.

<sup>27</sup> V. 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 (*Recovery and Resilience Facility* - RRF). Il Dispositivo per la Ripresa e la Resilienza è, per quantità di risorse allocate, il maggiore tra i programmi finanziati da NGEU. La sua dotazione è stata fissata in sede di Consiglio europeo del 17-21 luglio 2020 in 672,5 miliardi di euro, 360 dei quali destinati a prestiti e 312,5 a sovvenzioni.

<sup>28</sup> L'art. 3 del regolamento UE 2021/241 cit. riconduce le aree di intervento finanziabili a sei pilastri: 1) transizione verde; 2) trasformazione digitale; 3) crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, compresi coesione economica, occupazione, produttività, competitività, ricerca, sviluppo e innovazione e un mercato unico ben funzionante con PMI forti; 4) coesione sociale e territoriale; 5) salute e resilienza economica, sociale e istituzionale, anche al fine di aumentare la capacità di reazione e la preparazione alle crisi; 6) politiche per la prossima generazione, infanzia e gioventù, incluse istruzione e competenze.

<sup>29</sup> V. il Considerando n. 23 e l'art. 16.

<sup>30</sup> V. il Considerando n. 11.

Per comprendere il ruolo che in esso gioca l'economia circolare, qui oggetto di analisi, occorre guardare alla Missione 2, dedicata a «Rivoluzione verde e Transizione ecologica»<sup>31</sup>, nell'ambito della quale è presente una specifica Componente, la n. 1, relativa ad «Agricoltura sostenibile ed Economia circolare»<sup>32</sup>.

Riferimenti all'economia circolare sono peraltro presenti anche in altre Componenti della stessa Missione 2: ad esempio, nell'ambito della Componente 2, che si occupa di energia, viene sostenuto il ricorso al biometano, nodale per il raggiungimento degli obiettivi di decarbonizzazione europei.

Il fulcro degli investimenti per la circolarità è rappresentato senz'altro dai rifiuti, prevedendosi sia la realizzazione di nuovi impianti di gestione che l'ammodernamento di quelli esistenti. Tali interventi si prefiggono il miglioramento della rete di raccolta differenziata dei rifiuti urbani, la realizzazione di nuovi impianti di trattamento/riciclaggio e la costruzione di impianti innovativi per particolari flussi.

Poiché in Italia le carenze nella dotazione impiantistica e i più bassi *standard* qualitativi sono ravvisabili soprattutto nel Centro-Sud, è proprio nei Comuni di tali aree che si concentrano gli investimenti, allo scopo di colmare i divari esistenti. Così operando, il PNRR si propone di recuperare i ritardi rispetto agli obiettivi di raccolta, riuso e recupero previsti dalla normativa europea ed interna.

Risorse decisamente meno rilevanti sono destinate ai c.d. progetti “faro” di economia circolare. Si tratta di progetti volti a promuovere tecnologie e processi ad alto contenuto innovativo per incentivare il riciclo dei rifiuti provenienti da filiere strategiche, individuate dallo stesso Piano d'azione europeo sull'economia circolare del 2020, quali le apparecchiature elettriche ed elettroniche (RAEE, inclusi pannelli fotovoltaici).

<sup>31</sup> Per una disamina dei contenuti di tale Missione v. S. LAZZARI, *La transizione verde nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza «Italia Domani»*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, <https://www.rqda.eu/>, 1/2021, 198 ss.

<sup>32</sup> Il PNRR si articola in 6 Missioni: 1) Digitalizzazione, Innovazione, Competitività, Cultura, 2) Rivoluzione Verde e Transizione Ecologica, 3) Infrastrutture per una Mobilità Sostenibile, 4) Istruzione e Ricerca, 5) Inclusione e Coesione, 6) Salute. Le 6 Missioni sono a loro volta suddivise in 16 Componenti, funzionali a realizzare gli obiettivi economico-sociali definiti nella strategia del Governo. Le Componenti, a loro volta, si articolano in 43 ambiti di intervento per progetti omogenei e coerenti.

taici e pale eoliche), l'industria della carta e del cartone, il tessile, le plastiche. Anche in questi ambiti l'Italia è ben lontana dai *target* europei: se si prendono ad esempio i rifiuti plastici, si può osservare come più della metà di essi, anziché essere riciclata, venga usata per il recupero energetico o semplicemente finisca in discarica<sup>33</sup>.

Fanno parte degli interventi in materia di economia circolare anche gli investimenti per le c.d. Isole Verdi, vale a dire le diciannove isole minori non interconnesse: il programma è finalizzato alla realizzazione di progetti integrati riguardanti la circolarità, la mobilità e le energie rinnovabili.

Sulla scorta di una filosofia analoga sono previste risorse anche per favorire la nascita e la crescita nei territori rurali e di montagna di *Green communities*. Il progetto risponde all'esigenza di implementare la Strategia Nazionale in materia già prevista dall'art. 72, l. 28 dicembre 2015, n. 221, c.d. collegato ambientale.

La Componente «Agricoltura sostenibile ed Economia circolare» contempla anche sovvenzioni per accrescere la coscienza e la cognizione pubbliche su tematiche e sfide ambientali, con particolare riferimento agli scenari del cambiamento climatico. È altresì prevista un'azione di tipo educativo rivolta ad individui, famiglie e comunità affinché siano edotti in merito a stili di vita e di consumo più sostenibili.

Come anticipato, il PNRR non consta solo di investimenti ma anche di riforme: tale duplicità di prospettive connota anche l'economia circolare.

Anzitutto, è stata prevista l'adozione, entro giugno 2022, di una nuova Strategia nazionale per l'economia circolare. Il precedente documento di inquadramento e di posizionamento strategico, «Verso un modello di economia circolare per l'Italia», risale al 2017. La necessità di rivederne le linee di indirizzo è derivata dalla maggiore urgenza della questione climatica, dai passi compiuti a livello europeo per la transizione verso modelli circolari – si pensi al già citato nuovo Piano del 2020 – nonché dai balzi compiuti dallo sviluppo tecnologico nei settori implicati.

La nuova Strategia è stata approvata con d.m. 259 del 24 giugno

<sup>33</sup> Il dato è riportato da <https://italiadomani.gov.it/it/investimenti/progetti-faro-di-economia-circolare.html> (ultimo accesso: 31 agosto 2022).

2022<sup>34</sup>. Essa prevede un nuovo sistema digitale di tracciabilità dei rifiuti per permettere, da un lato, lo sviluppo di un mercato delle materie prime seconde, dall'altro, un più incisivo supporto a organi di controllo e forze dell'ordine nella prevenzione e repressione della gestione illecita dei rifiuti. Un ruolo significativo al servizio dell'economia circolare è giocato dalla fiscalità, grazie a meccanismi di incentivazione per sostenere l'utilizzo di materiali derivanti dalle filiere del riciclo e a una revisione del sistema di tassazione affinché il riciclo sia più conveniente dello smaltimento in discarica. Viene inoltre promosso il diritto al riuso e alla riparazione. Tra le varie azioni si possono altresì menzionare: la riforma del sistema EPR (*Extended Producer Responsibility*); il rafforzamento di strumenti normativi quali la legislazione *End of Waste* e i Criteri Ambientali Minimi (CAM)<sup>35</sup> e la loro applicazione a settori strategici come costruzioni, tessile, plastiche, RAEE; il supporto allo sviluppo di progetti di simbiosi industriale, anche attraverso strumenti normativi e finanziari. La Strategia si occupa anche di *eco-design* al fine di sostenere lo sviluppo di innovazioni di prodotto e di processo che coniughino le logiche tecniche del *design* con quelle della sostenibilità.

Tra le riforme che accompagnano il PNRR un ruolo di primo piano spetta senza ombra di dubbio al Programma nazionale per la gestione dei rifiuti (PNGR), invero già previsto dall'art. 198 *bis* del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, Codice dell'ambiente, introdotto dal d.lgs. 3 settembre 2020, n. 116, in attuazione del secondo "pacchetto" europeo sull'economia circolare. Tale Programma è stato adottato con d.m. 257 del 24 giugno 2022 e copre una finestra temporale di sei anni.

Si è già avuto modo di evidenziare i ritardi dell'Italia sul fronte della raccolta e del trattamento dei rifiuti: tra le ragioni alla base di tale situazione deficitaria, all'origine anche di procedure di infrazione, vi è un'insufficiente capacità di pianificazione delle regioni e, più in generale, una debolezza della *governance* a livello statale. Che la pianificazione

<sup>34</sup> Per una prima analisi v. D. DI STEFANO, *Pubblicata la Strategia Nazionale per l'Economia circolare. Obiettivi? Al 2035...* (1° luglio 2022), in *EconomiaCircolare.com*.

<sup>35</sup> L'applicazione obbligatoria dei CAM da parte di tutte le stazioni appaltanti è stata prevista, dapprima, dall'art. 18, l. 28 dicembre 2015, n. 221 e, successivamente, dall'art. 34, recante «Criteri di sostenibilità energetica e ambientale», d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, Codice dei contratti pubblici, come modificato dall'art. 23, d.lgs 19 aprile 2017, n. 56.

delle regioni sia stata inefficace, anche a causa di un carente coordinamento, emerge dai frequenti momenti emergenziali che affliggono varie parti del nostro Paese, specie del Centro e del Sud, e dalle onerose migrazioni di rifiuti lungo l'asse che porta al Nord d'Italia e verso l'estero. Attraverso il Programma nazionale per la gestione dei rifiuti (2022-2028), il Ministero della Transizione ecologica, in collaborazione con l'Ispira, ha fissato macro-obiettivi, criteri e linee strategiche a cui le Regioni e le Province autonome dovranno attenersi nell'elaborazione dei propri Piani regionali. Il Programma si pone come una delle colonne portanti della Strategia nazionale per l'economia circolare.

Il supporto tecnico alle amministrazioni è uno dei capisaldi dell'attuazione del PNRR per quanto riguarda sia gli investimenti che le stesse riforme. Questa tipologia di sostegno, finalizzata a colmare eventuali mancanze in termini di competenze tecnologiche e amministrative, è l'oggetto di una specifica riforma anche in vista degli obiettivi inerenti all'economia circolare, con particolare riferimento alla materia dei rifiuti. Il PNRR prevede inoltre che il Ministero della transizione ecologica sviluppi uno specifico piano d'azione per supportare le stazioni appaltanti nell'applicazione alle procedure di gara dei Criteri Ambientali Minimi (CAM).

Previsioni in materia di economia circolare si rinvencono anche nel d.l. 31 maggio 2021, n. 77, c.d. Decreto semplificazioni *bis*, convertito con modificazioni dalla l. 29 luglio 2021, n. 108, che si è occupato della *governance* del PNRR. Ancora una volta grande attenzione è dedicata ai rifiuti. Si pensi alle previsioni per razionalizzare e snellire la procedura per la cessazione della relativa qualifica (art. 34), alla scomparsa dei rifiuti assimilati agli urbani (art. 35), e all'inserimento, a determinate condizioni, delle ceneri vulcaniche nell'elenco dei materiali esclusi dall'ambito di applicazione della normativa sui rifiuti prevista dal Codice dell'ambiente (art. 35). Infine, si segnalano misure di semplificazione per la riconversione dei siti industriali, così da poterli destinare alla realizzazione di progetti individuati nel Piano nazionale di ripresa e resilienza (art. 37).

#### *4. Osservazioni di metodo e contenuto. Partecipazione ed economia circolare*

A conclusione di questa breve analisi degli orizzonti e delle strategie

di sviluppo dell'economia circolare nel nostro Paese è possibile formulare alcune riflessioni.

Un primo ordine di osservazioni riguarda l'iter di approvazione del PNRR, in relazione al quale si sono lamentati deficit democratici, soprattutto dal punto di vista della democrazia partecipativa<sup>36</sup>, ossia della partecipazione pubblica al processo di elaborazione. Tale problematica tocca in maniera trasversale i vari ambiti di intervento del Piano, compresa la transizione ecologica e quindi, nel contesto di quest'ultima, anche quella verso un'economia circolare. Il coinvolgimento attivo dei cittadini è mancato proprio in un momento, cruciale e delicatissimo, in cui il Paese, messo in ginocchio dalla pandemia, ha progettato il proprio futuro<sup>37</sup>.

Le criticità sul piano partecipativo che hanno connotato la costruzione del Piano hanno spostato l'attenzione sulla possibilità di garantire una maggiore partecipazione "a valle", nella fase attuativa.

Si è proposto di rispondere a questa esigenza il Tavolo permanente per il partenariato economico, sociale e territoriale, istituito presso la Presidenza del Consiglio dei ministri con il d.p.c.m. 14 ottobre 2021, ai sensi dell'art. 3, d.l. 77/2021<sup>38</sup>. Tale organismo esercita una funzione consultiva nelle materie connesse all'attuazione del PNRR e può segnalare alla Cabina di regia, che deve guidarne l'implementazione<sup>39</sup>, ogni profilo ritenuto rilevante per la sua realizzazione. Ne fanno parte i rap-

<sup>36</sup> In materia sono fondamentali gli studi di U. ALLEGRETTI, voce *Democrazia partecipativa*, in *Enc. Dir.-Annali IV*, Milano, 2011, 295 ss.; *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, a cura di ID., Firenze, 2010; ID., *L'amministrazione dall'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Milano, 2009.

<sup>37</sup> Sul punto v. E. PROFUMI, *Il Recovery plan? Una grande occasione in cui i cittadini sono relegati a semplici spettatori* (9 giugno 2021), in <http://economiecircolare.com> (ultimo accesso: 2 dicembre 2021).

<sup>38</sup> Nella Proposta della Commissione di decisione di esecuzione del Consiglio relativa all'approvazione della valutazione del Piano per la Ripresa e la Resilienza dell'Italia (COM(2021)344 final del 22 giugno 2021) vi era una esplicita raccomandazione nel senso di una maggiore partecipazione, con particolare attenzione, sul versante dei soggetti privati, agli *stakeholder*: si auspicava pertanto la creazione di «un organo consultivo con la partecipazione delle parti economiche e sociali».

<sup>39</sup> La Cabina di regia, istituita dall'art. 2, d.l. 77/2021, è una delle articolazioni della *governance* del PNRR.

presentanti delle parti sociali, del Governo, delle Regioni, delle Province autonome, degli Enti locali, di Roma capitale, delle categorie produttive e sociali, del sistema dell'università e della ricerca, della società civile e delle organizzazioni della cittadinanza attiva.

Fermo restando che si è qui al cospetto di una diversa partecipazione – la partecipazione organica<sup>40</sup> –, è interessante osservare come il riferimento alle organizzazioni della cittadinanza attiva, inizialmente neglette, sia stato inserito nella norma a seguito di un ripensamento in sede di conversione del decreto-legge. L'esame della composizione del Tavolo, inoltre, mostra una presenza minoritaria della rappresentanza della società civile.

Le lacune partecipative che hanno segnato il PNRR appaiono evidenti soprattutto se si guarda ai progetti e agli interventi in materia ambientale, ove stridono con i principi della democrazia ambientale, che lega il livello di protezione dell'ambiente al tasso di democraticità delle decisioni<sup>41</sup>.

Proprio per quanto attiene a tale ambito, la stima della dimensione partecipativa del Piano e delle sue misure non può prescindere dalla considerazione delle riforme che lo accompagnano e lo implementano.

Invero, l'evidenziato *gap* partecipativo è stato recuperato solo in parte nei provvedimenti attuativi del Piano. Momenti importanti della transizione ecologica che ci si prefigge di realizzare – come la nuova Strategia nazionale per l'economia circolare adottata nel mese di giugno 2022 o il Programma Nazionale per la Gestione dei Rifiuti (2022-2028) – hanno infatti visto una partecipazione meramente scritta. La prima è stata oggetto di una consultazione che si è svolta tramite l'invio di con-

<sup>40</sup> La partecipazione organica non opera sul piano dell'attività dei pubblici poteri ma su quello organizzativo, prevedendo l'inserimento di rappresentanti di gruppi sociali o di categorie, oltre che esperti, in organi pubblici. Sulla distinzione tra democrazia partecipativa e partecipazione organica v. A. ALBANESE, *Partecipazione organica e democrazia partecipativa*, in *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, a cura di U. ALLEGRETTI, cit., 345 ss.

<sup>41</sup> In questi termini D. SICLARI, *La democrazia ambientale nel quadro dei diritti partecipativi e dell'accesso all'informazione ambientale*, in *I procedimenti amministrativi per la tutela dell'ambiente*, a cura di S. GRASSI-M.A. SANDULLI, vol. II del *Trattato di diritto dell'ambiente*, diretto da R. FERRARA-M.A. SANDULLI, cit., 475-476, secondo cui «con la Convenzione di Aarhus la tutela dell'ambiente viene parametrata al tasso di democraticità presente in sede di adozione delle scelte amministrative».

tributi scritti all'indirizzo del Ministero della Transizione ecologica<sup>42</sup>. Quanto al secondo, la partecipazione è consistita in «osservazioni in forma scritta», ai sensi dell'art. 14, comma 2, d.lgs. 152/2006, secondo quanto disposto dalla disciplina in materia di valutazione ambientale strategica, cui il piano è stato sottoposto.

Si tratta di forme di coinvolgimento della popolazione senz'altro degne di nota, ma che non hanno l'intensità partecipativa di altri strumenti quali, ad esempio, quella espressione di democrazia deliberativa, *in primis* il dibattito pubblico<sup>43</sup>, oggi previsto dall'art. 22, d.lgs. 50/2016 per le «grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale, aventi impatto sull'ambiente, sulle città e sull'assetto del territorio»<sup>44</sup>. L'Italia, diversamente dalla Francia, non contempla la possibilità di ricorrere a tale istituto né per le politiche né per gli strumenti di pianifi-

<sup>42</sup> La consultazione pubblica sul documento «Strategia nazionale per l'economia circolare. Linee Programmatiche per l'aggiornamento» è stata avviata dal Ministero della transizione ecologica (MiTE) il 30 settembre 2021. Il documento era suddiviso in cinque sezioni principali: 1. Quadro di riferimento della Strategia nazionale per l'economia circolare, 2. Il contesto nazionale, 3. La strategia italiana, 4. Misura e monitoraggio della circolarità, 5. Orientamenti strategici, aree di intervento e strumenti. La consultazione si è chiusa il 30 novembre 2021 con l'acquisizione da parte del MiTE di oltre 100 contributi.

<sup>43</sup> In argomento sia consentito rinviare, anche per i riferimenti bibliografici, a V. MOLASCHI, *Le arene deliberative. Contributo allo studio delle nuove forme di partecipazione nei processi di decisione pubblica*, Napoli, 2018; ID., *Il dibattito pubblico sulle grandi opere. Prime riflessioni sul d.P.C.M. n. 76 del 2018*, in *Riv. giur. urbanistica*, 2018, 386 ss. Sull'introduzione del dibattito pubblico in Italia si segnala, tra gli altri, M. IMMORDINO, *Trasparenza nella partecipazione di portatori di interessi e dibattito pubblico. Commento all'art. 22*, in *Codice dei contratti pubblici. Commentario di dottrina e giurisprudenza*, a cura di G. ESPOSITO, vol. I, Torino, 2017, 192 ss.

<sup>44</sup> Lo strumento, anticipato da alcune esperienze regionali, di cui la più significativa è quella toscana (dapprima, l. reg. 69/2007; in seguito, l. reg. 46/2013) è stato introdotto a livello nazionale dall'art. 22 del Codice dei contratti pubblici. Ambito di applicazione e modalità di svolgimento sono stati successivamente regolamentati dal d.p.c.m. 76/2018, che ha disciplinato anche la Commissione Nazionale per il Dibattito Pubblico, prevista dall'art. 12, comma 1, lett. b), d.lgs. 56/2017, primo correttivo al Codice dei contratti pubblici. Il dibattito pubblico è stato oggetto di diversi interventi normativi, che ne hanno ora limitato ora rafforzato la portata: per una sintesi sia ancora consentito rinviare a V. MOLASCHI, *Le "arene deliberative". Spunti di riflessione attraverso la "lente" del dibattito pubblico*, in S. Catalano-M. Giacomini-F. Palermo (a cura di), *Processi decisionali e fonti del diritto*, Napoli, 2022, 103 ss.

cazione in materia ambientale, la partecipazione ai quali si rivela quindi qualitativamente debole<sup>45</sup>.

Il dibattito pubblico, peraltro, sarà oggetto di ripensamento nell'ambito della riforma del Codice dei contratti pubblici<sup>46</sup> e vi sono preoccupanti segnali nel senso del suo depotenziamento<sup>47</sup>.

Il nesso tra questione ecologica e questione democratica, riassunto nella democrazia ambientale, è particolarmente manifesto in tema di economia circolare, implicando la circolarità una trasformazione sociale e culturale profonda, a partire dagli stili di vita delle persone. L'efficacia delle politiche e degli strumenti in materia dipende fortemente dai cittadini chiamati ad attuarle ed è quindi di primaria importanza che questi abbiano voce nella relativa definizione<sup>48</sup>. La circolarità "corre" anche tra istituzioni e società e pertanto "passa" attraverso la partecipazione<sup>49</sup>.

Entrando nel merito dei contenuti del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, il più importante rilievo riguarda il fatto che l'economia circolare sia soltanto una delle quattro componenti strutturali del processo di transizione ecologica, mentre dovrebbe essere il paradigma del futuro modello di sviluppo e delle correlate politiche di tutela dell'ambiente<sup>50</sup>.

Comprendere il ruolo dell'economia circolare nel Piano, peraltro,

<sup>45</sup> Per i concetti di «quantità» e «qualità» della partecipazione v. S. COGNETTI, *Quantità e qualità della partecipazione. Tutela procedimentale e legittimazione processuale*, Milano, 2000.

<sup>46</sup> Cfr. l'art. 1, comma 2, lett. o), l. 21 giugno 2022, n. 78, recante «Delega al Governo in materia di contratti pubblici».

<sup>47</sup> Si v. al riguardo lo schema preliminare del Codice predisposto dal Consiglio di Stato (20 ottobre 2022).

<sup>48</sup> La necessità di costruire «solidi ponti interattivi tra regolatori e regolandi» ai fini dell'effettività di qualsiasi strategia di cura dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi è sottolineata da M. MORISI, *"Ambiente e partecipazione". Un eccentrico elenco di questioni aperte*, relazione al Convegno "Scelte ambientali, azione amministrativa e tecniche di tutela dopo la legge di rev. cost. n. 1 del 2022", Firenze, 1-2 luglio 2022, in corso di pubblicazione. Sull'importanza di coinvolgere i *policy takers* ai fini dell'effettività delle politiche pubbliche volte a realizzare uno sviluppo improntato alla sostenibilità v. L. BOBBIO, *Le arene deliberative*, in *Rivista Italiana di Politiche Pubbliche*, 3/2002, 17.

<sup>49</sup> Spunti in tal senso possono leggersi in E. PROFUMI, *Circularità è partecipazione* (8 novembre 2021), in *EconomiaCircolare.com*.

<sup>50</sup> Perplessità sono sollevate anche da R. FERRARA, *Il cambiamento climatico e il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR): un'introduzione al tema*, in *Diritto e società*, 2021, in partic. 289.

risulta non semplice, in quanto alcuni degli interventi sono frammentati in altre linee di azione, il che fa in qualche modo perdere il significato della circolarità degli stessi.

Affinché si inneschino e si consolidino effettivi cambiamenti socio-economici nel senso della circolarità non sono sufficienti misure puntuali<sup>51</sup>. L'approccio all'economia circolare deve essere sistemico in quanto l'essenza di tale modello economico è l'«interconnessione»<sup>52</sup>.

Le misure, inoltre, si concentrano sostanzialmente sui rifiuti, soprattutto dal punto di vista della dotazione impiantistica deputata alla relativa gestione. Probabilmente sull'elaborazione del PNRR ha pesato anche un approccio di tipo emergenziale: il Governo si è occupato in primo luogo di quelle che reputa urgenze da affrontare nel breve termine e tra queste sicuramente spicca quella dei rifiuti. Già il Piano d'azione europeo per l'economia circolare aveva un orizzonte ben più ampio degli interventi in materia di rifiuti.

Questa impostazione «impiantocentrica»<sup>53</sup> emerge anche nelle interessanti considerazioni di Marcos A. Orellana, Relatore speciale delle Nazioni Unite sulle implicazioni per i diritti umani della gestione e dello smaltimento ambientale corretti di sostanze e rifiuti nocivi<sup>54</sup>.

Questi, a seguito di una visita in aree «critiche» del nostro Paese – basti pensare alla c.d. Terra dei fuochi<sup>55</sup> – ha formulato anche alcune valutazioni sulle future prospettive dischiuse dal PNRR. Pur prendendo atto dei rilevanti investimenti in esso destinati agli impianti di raccolta e

<sup>51</sup> L'insufficienza di un'azione basata su meri interventi puntuali è rimarcata da P. LOMBARDI, *Il Patto mondiale per l'ambiente tra economia circolare e discipline di settore*, cit., 355.

<sup>52</sup> Così F. DE LEONARDIS, *Il futuro del diritto ambientale: il sogno dell'economia circolare*, cit., 2.

<sup>53</sup> Per tale espressione v. D. DI STEFANO, *Il relatore Onu sui diritti umani bacchetta l'Italia: "Il Pnrr dimentica la prevenzione dei rifiuti"* (20 dicembre 2021), in *Economia-Circolare.com*.

<sup>54</sup> Si v. l' «End-of-visit statement by the United Nations Special Rapporteur on toxics and human rights, Marcos A. Orellana on his visit to Italy, 30 November to 13 December 2021».

<sup>55</sup> Il Relatore speciale ha visitato zone quali Porto Marghera in Veneto, con particolare riferimento all'area rossa contaminata da sostanze perfluoroalchiliche (PFAS), il quartiere Tamburi vicino all'impianto ILVA a Taranto, la citata Terra dei Fuochi in Campania e l'impianto di termovalorizzazione di San Vittore, nel Lazio.

trattamento dei rifiuti, non ha mancato di porre l'accento sul fatto che una strategia efficace per la gestione dei rifiuti nell'ambito di un'economia circolare dovrebbe iniziare dalla loro riduzione. Il PNRR, invece, si occupa prevalentemente del “fine ciclo” e trascura la prevenzione, che invece è al vertice della gerarchia europea dei rifiuti, fatta propria dall'art. 179, d.lgs. 152/2006<sup>56</sup>.

Le soluzioni “impiantistiche” di smaltimento previste dal Piano, da sole, non sono sufficienti a rispondere adeguatamente alle problematiche in materia di rifiuti che affliggono il nostro Paese. Tale approccio ha inoltre un effetto collaterale tutt'altro che trascurabile: i conflitti con le comunità locali residenti nei pressi degli impianti, nuovi o in espansione, finalizzati alla raccolta e al trattamento dei rifiuti. In sostanza, in assenza di prevenzione, le sindromi NIMBY (*Not in My Back Yard*) e BANANA (*Build Absolutely Nothing Anywhere Near Anything*) sono destinate a diffondersi e peggiorare.

L'evidenziata ottica «impiantocentrica» si osserva anche nella scarsa attenzione che il PNRR ha dedicato all'*eco-design*, che riveste un ruolo principe ai fini della prevenzione in quanto durante la fase di ideazione, progettazione e sviluppo si assumono decisioni che possono incidere notevolmente sulla sostenibilità o meno di un prodotto durante il proprio ciclo di vita. Il tema dell'*eco-design*, inoltre, è stato “rimesso” alla Strategia nazionale per l'economia circolare, affinché lo inserisse nelle proprie linee di intervento.

Quest'ultima, adottata, come già visto, nel mese di giugno 2022, ha sicuramente una visione meno segmentata e più ad ampio spettro rispetto al PNRR. Il dato, senz'altro positivo, suscita però immediatamente alcune osservazioni, nuovamente sul piano del metodo, su cui ci si è concentrati nella prima parte di queste riflessioni: gli interventi a sostegno dell'economia circolare – e i relativi finanziamenti – sono stati individuati dal PNRR prima della definizione della Strategia nazionale in materia, prima, cioè, che si avesse una visione integrata e sistematica sul “da farsi”, il che non può non avere riflessi sulla direzione che si intende percorrere e sul raggiungimento degli obiettivi prefissati.

<sup>56</sup> Ai sensi dell'art. 179, 1° comma, d.lgs. 152/2006, la gestione dei rifiuti avviene nel rispetto della seguente gerarchia: a) prevenzione; b) preparazione per il riutilizzo; c) riciclaggio; d) recupero di altro tipo, per esempio il recupero di energia; e) smaltimento.

Sempre dal punto di vista del metodo, tornando al discorso sulla partecipazione pubblica *supra* affrontato, un cenno merita il fatto che la stessa Strategia nazionale per l'economia circolare riconosca la rilevanza degli apporti partecipativi forniti nella fase di consultazione<sup>57</sup> che è intervenuta durante l'elaborazione del documento: questi hanno infatti consentito di introdurre o implementare alcune tematiche, tra le quali, giova ricordarlo, lo stesso *eco-design*<sup>58</sup>.

Tra gli aspetti della Strategia che destano le maggiori perplessità si possono infine annoverare le tempistiche, che sembrano allontanare il "futuro sostenibile" che ci si propone di realizzare: essa prevede infatti una *roadmap* di azioni e *target* misurabili lungo un arco di tempo che si dispiega fino al 2035.

<sup>57</sup> Si v. al riguardo le considerazioni introduttive espresse a pag. 9 della Strategia nazionale per l'economia circolare.

<sup>58</sup> Gli altri temi che hanno beneficiato dei contributi partecipativi sono, secondo quanto riportato dalla stessa Strategia nazionale: riutilizzo e riparazione; *end of waste*; materie prime critiche e sviluppo di un mercato di materie prime seconde; acquisti pubblici verdi e criteri ambientali minimi; filiere industriali strategiche; simbiosi industriale; responsabilità estesa del produttore; digitalizzazione; strumenti a supporto dell'economia circolare.

VALENTINA GIOMI

LA TUTELA DELLE RISORSE IDRICHE  
NELL'OTTICA DELLA SOSTENIBILITÀ.  
RIFLESSIONI SUL PROCESSO DI GIURIDIFICAZIONE  
DEL BENE IDRICO E SUI PERCORSI  
DI RESPONSABILITÀ GIURIDICA PUBBLICA

SOMMARIO: 1. La sostenibilità come criterio di verifica per la tenuta di un “diritto delle risorse idriche”. Una premessa. – 2. L’acqua come risorsa idrica, fra bene e servizio. – 3. La risorsa idrica come interesse giuridico collegato al bene della vita: il diritto all’acqua. – 4. La risorsa idrica come benevalore futuro. Il difficile equilibrio fra sostenibilità e scarsità delle risorse idriche nelle recenti vicende nazionali. – 5. Il cammino interrotto del principio di sostenibilità. Spunti conclusivi.

1. *La sostenibilità come criterio di verifica per la tenuta di un “diritto delle risorse idriche”. Una premessa*

Prima di procedere nello svolgimento delle riflessioni che seguono, una premessa introduttiva si rende necessaria in considerazione dell’ampiezza del tema di cornice.

Essa appare quanto meno opportuna a delimitare il contesto trattato perchè isola la prospettiva prescelta e rende possibile collegare i diversi aspetti privilegiati in un ordine che consente una lettura armonica della complessa formula evocata dal titolo.

Nel titolo, infatti, sono presenti concetti distinti che, combinandosi fra loro secondo il filo rosso del principio di sostenibilità, acquistano una valenza ulteriore rispetto al significato di partenza.

È sul senso da attribuire a detto principio che si sviluppa tutto il ragionamento condotto.

Lo scopo del lavoro è quello di verificare, rispetto alla regola che impone di “soddisfare i bisogni della generazione presente senza compromettere quelli della generazione futura”<sup>1</sup>, la reale funzionalità del vi-

<sup>1</sup> Così recita il Rapporto Brundtland del 1987, della World Commission on Envi-

gente sistema di gestione e tutela delle risorse idriche per come attualmente impostato, in un contesto in cui l'acqua è vista come un bene indispensabile per l'uomo, ma scarso, destinato a divenire contendibile<sup>2</sup> o ad esaurirsi in quanto bene insostituibile e non replicabile.

Tutti i concetti evocati, se isolati nel loro significato, conservano la propria autonomia giuridica ma, solo in virtù di una specifica connessione al principio di sostenibilità per come di seguito precisato, acquistano un significato aggiuntivo che stimola alcune riflessioni in differenti direzioni.

La sostenibilità, dunque, non viene più a costituire soltanto un auspicabile punto di approdo o un fine cui tendere<sup>3</sup>, ma diviene il parametro di valutazione della tenuta del “nuovo” diritto dell'acqua, nelle varie componenti strutturali che lo compongono.

In ciò fa leva su quelle componenti di doverosità e di vincolatività che hanno reso il medesimo realmente funzionale ad assicurare gli interessi dell'uomo<sup>4</sup>.

Proprio grazie alla componente di doverosità sarà quindi possibile

ronment and Development. L'espressione conosciuta sarà poi ripresa nell'Agenda 2030 per lo Sviluppo sostenibile sottoscritta dall'Assemblea generale ONU il 25 settembre 2015; più in generale, sul principio di sostenibilità e di sviluppo sostenibile vedi, almeno F. FRACCHIA, *Sviluppo sostenibile e diritti per le generazioni future*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2010, 13; F. FRACCHIA – S. VERNILE, *Lo sviluppo sostenibile oltre il diritto ambientale*, in *Le Regioni*, 1, 2022, 15.

<sup>2</sup> Perciò suscettibile di acquistare valore economico ed attitudine a diventare bene di scambio in un mercato alterato da logiche escludenti in proporzione inversa al grado di sviluppo socio-economico.

<sup>3</sup> Vedi, ex multis., C. VIDETTA, *Lo sviluppo sostenibile dal diritto internazionale al diritto interno*, in R. FERRARA - M.A. SANDULLI (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente, I – Le politiche ambientali, lo sviluppo sostenibile e il danno*, (a cura di) R. FERRARA - C.E. GALLO, Milano, 2014, 221; meno di recente, V. PEPE, *Lo sviluppo sostenibile tra diritto internazionale e diritto interno*, in *Riv. giur. amb.*, 2, 2002, 209.

<sup>4</sup> Sulla precettività del principio per tutti M. LUCANI, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in R. BIFULCO – F. LOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008, 425 e, più di recente F. FRACCHIA, *I doveri intergenerazionali. La prospettiva dell'amministrativista e l'esigenza di una teoria generale dei doveri intergenerazionali*, in P. PANTALONE (a cura di), *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente. Sviluppi, sfide e prospettive per Stati, imprese e individui*, numero monografico *Dir. ec.*, 2021, 55.

isolare una doppia anima all'interno del principio di sostenibilità, una immanente ed una trascendente.

Da un lato, con lo sguardo è rivolto al presente, si rende cogente l'impegno ad intervenire sulla regolazione della realtà in essere senza intaccare la forza orientativa futura, pensata in funzione protettiva della risorsa idrica, per assicurare di non intaccare il livello idoneo a garantire il futuro utilizzo della medesima; sotto altro aspetto, con sguardo rivolto al futuro, si impone di sfruttare in termini migliorativi ed evolutivi, nelle scelte future, i traguardi regolatori conseguiti nel passato, perfezionandone e correggendone le disfunzioni e le distorsioni.

La componente immanente del principio di sostenibilità non è quindi da leggersi in modo statico, ma diviene un parametro dinamico, funzionale all'analisi del contesto reale.

Essa, acquistando una funzione proattiva, consente di gettare le premesse per la successiva articolazione della componente propulsiva che tale principio intrinsecamente caratterizza.

Seguendo tale articolazione la sostenibilità evocata dal titolo acquista una portata più ampia e diversa rispetto al compito di parametrare il presente ad un'idea di futuro auspicabile.

Essa, divenendo strumento di intervento proattivo sul presente, impone una rigorosa verifica del quadro regolatorio costruito in materia di acqua e di risorse idriche, in ottemperanza all'obbligo di vigilare e correggere, nell'ottica prospettica, ciò che si mostra disfunzionale.

Se impostiamo le coordinate del principio di sostenibilità in termini di criterio misuratore-correttore e ad esso orientiamo l'analisi condotta, ri-definiamo implicitamente un ordine di esame delle questioni problematiche da trattare, per come elencate nel titolo iniziale.

Seguendo tale ragionamento logico, la linea d'indagine prenderà avvio dall'analisi del concetto giuridico di acqua, valutata sul piano giuridico oltre la materialità del bene ed in termini di risorsa della quale assicurare la fruizione mediante un servizio; proseguirà poi soffermandosi sullo sforzo qualificatorio del bene idrico come risorsa idrica e come diritto da soddisfare e rifletterà sull'impatto della scarsità idrica sulla tenuta del principio di sostenibilità, per poi concludere mettendo in luce le crepe del sistema ed avanzando alcuni possibili rimedi di carattere politico-legislativo suggeriti per il futuro.

## 2. *L'acqua come risorsa idrica, fra bene e servizio*

L'acqua, prima ancora che una risorsa, è una cosa, una entità fisica presente in natura, dotata di materialità.

Dell'acqua si interessa il diritto in modo diretto, così attribuendo un valore giuridico al bene idrico e riconducendo l'acqua al paradigma della cosa immobile che può divenire oggetto di diritti, cioè funzionalmente idonea a costituire o dar vita a rapporti giuridici<sup>5</sup>.

Parlare oggi di risorse idriche implica rapportarsi all'acqua intesa come un bene infungibile, non replicabile all'infinito e connotato da una scarsità progressiva ad intensità crescente, in parte causata dalla cattiva gestione del bene (fenomeni di inquinamento irreversibile; non oculata conservazione del medesimo; dissipazione della risorsa per insufficiente manutenzione o ammodernamento delle infrastrutture)<sup>6</sup>, in parte causata dall'impatto, su di esso, del cambiamento climatico.

Pertanto, a fronte della indispensabilità della sua esistenza ed a dispetto di quanto parrebbe suggerire la derivazione latina del termine

<sup>5</sup> Su tale premessa di inquadramento sistematico si richiama in modo adesivo quanto già affermato da A. IACOPINO, *L'acqua: diritto della generazione presente, dovere nei confronti delle generazioni future?*, in *Gustamm.*, 2011.

<sup>6</sup> Emblematiche in tal senso già le affermazioni della Corte costituzionale, accolta in dottrina non senza rilievi critici, vedi S. PALAZZOLO, *Acque pubbliche*, voce *Enc. Dir., Aggiornamento*, Vol. IV, Milano, 2000. Il giudice delle leggi, chiarendo la portata dell'avvenuta pubblicizzazione legale del bene, ha precisato come l'acqua, bene primario alla vita dell'uomo, fosse una risorsa da salvaguardare in un contesto di un patrimonio ambientale da mantenere integro; in relazione a ciò aveva ulteriormente specificato come "l'interesse generale alla base della qualificazione di pubblicità di un'acqua (...) è presupposto in linea di principio esistente in relazione alla limitatezza delle disponibilità e alle esigenze prioritarie (specie in una proiezione verso il futuro), di uso dell'acqua" (cfr. C. cost., 10 luglio 1996, n. 259 e 12 luglio 1996, n. 419); si tratta di un *obiter dictum* per l'ossatura dell'intera disciplina delle risorse idriche, improntata ad una tutela nel segno della sostenibilità e della valorizzazione conservativa di un bene scarso: la Consulta infatti intesse i nodi per una visione delle risorse idriche interconnessa all'evoluzione della disciplina ambientale in vista del futuro sviluppo, con ciò introducendo la questione della difficile graduazione valoriale; la rilettura del bene idrico in termini di risorsa e la sua saldatura all'ecosistema di cui costituisce una delle principali espressioni potenzia il valore dell'interesse giuridico che la assiste e la trasforma in un fine da perseguire, in termini vedi ampiamente A. PIOGGIA, *Acqua e ambiente*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2021, 279.

(resurgere «risorgere», che indica l'attitudine naturale verso un rinnovamento, una ripresa di vigore), della risorsa idrica non si riesce a fare a meno e non si può disporre all'infinito<sup>7</sup>, perchè la stessa non è un bene in grado di autorigenerarsi in modo automatico, né può considerarsi un bene illimitato in natura<sup>8</sup>.

Non può neppure essere trascurato come l'acqua sia un bene non replicabile ed unico nel suo genere e come le esigenze da esso soddisfatte non riescano e non possano trovare appagamento attraverso forme di soddisfacimento alternative, dal momento che l'acqua non è in grado di essere sostituita con un bene equivalente<sup>9</sup>.

A maggiore specificazione del quadro tracciato va ulteriormente precisato che l'acqua, in quanto bene consumabile al pari di molti altri che ricevono una connotazione giuridica dall'ordinamento, può essere adeguatamente sfruttato per le diverse esigenze umane - spesso in concorrenza fra loro (alimentari, sanitarie, agricole e industriali)<sup>10</sup> - solo attraverso l'interposizione dell'opera dell'uomo, che provvede a ricercare la risorsa idrica, a raccoglierla, gestirla e sfruttarla in modo consapevole e responsabile<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> Per un approfondimento in tale direzione si veda S. STAIANO (a cura di), *Acqua. Bene pubblico risorsa non riproducibile fattore di sviluppo*, Napoli, 2017.

<sup>8</sup> Rimanendo estranei al dibattito sul riconoscimento in termini positivi della categoria dei beni comuni ed alla possibile riconducibilità alla stessa delle risorse idriche, si conviene sul fatto che l'acqua, in una rilettura orientata secondo le classificazioni in uso alla teoria economica, è divenuto, oggi, un bene non escludibile ma rivale a causa della sua esauribilità, pertanto si conviene sulle premesse da cui muove M. FIORENTINI, *L'acqua da bene economico a "res communis omnium" a bene collettivo*, in *An. Giur. econ.*, 1, 2010, 42.

<sup>9</sup> Il punto è ripreso ed elaborato anche da A. IACOPINO, *L'acqua: diritto della generazione presente*, cit., qui 3 e ss., che mette in correlazione la scarsità della risorsa idrica e la sua "irriproducibilità", per rafforzare la fragilità del bene-acqua, divenuto un "prodotto conteso e vulnerabile".

<sup>10</sup> Sulla diversità degli interessi sottesi alle differenti forme di sfruttamento della risorsa idrica e sulla difficoltà di comporre l'equilibrio nella concorrenza delle istanze di cui sono portatori, vedi E. BOSCOLO, *Politiche idriche adattive nella stagione della scarsità. Dall'emergenza alla regolazione*, in *Piem. Auton.*, che osserva come "La crisi idrica ha reso bruscamente comprensibile il significato ultimo della concorrenza tra i diversi usi".

<sup>11</sup> Il concetto di responsabilità impiegato si lega alla risorsa idrica in termini differenti a seconda del momento storico in cui ad essa viene associato; pur ineliminabile nella regolazione del modo di impiego della risorsa idrica, essa si declina non soltanto in

Da un lato, quindi, si colloca la *res*, dall'altro si colloca la (possibilità di) fruizione della medesima<sup>12</sup>, cioè il servizio idrico.

Sulla iniziale difficoltà di una qualificazione giuridica dell'acqua in termini di bene giuridico<sup>13</sup> e di risorsa<sup>14</sup> e sul difficile equilibrio fra la risorsa idrica ed il momento gestorio che pertiene al servizio da garantire in funzione del bisogno umano da soddisfare<sup>15</sup>, si innestano tutti i successivi percorsi intrapresi dal diritto nella regolazione dei rapporti che in relazione al bene si sviluppano<sup>16</sup>.

rapporto all'evolversi delle esigenze umane che si sono modificate nel tempo, ma viepiù in relazione allo stato di consistenza del bene in natura.

<sup>12</sup> Su detta differenziazione si sofferma in modo articolato la dottrina civilistica; in particolare vedi A.M. GAMBINO, *Beni extramercato*, Milano, 2004, spec. 130 e ss., il quale, consapevole che una reale fruizione del bene giuridico sia assicurata solo dall'opera umana di messa a disposizione, gestione ed erogazione dello stesso sul mercato, esamina gli effetti della suddetta distinzione alla luce della teoria del contratto e preserva dai rischi connessi ricomponendo la fruizione con una rilettura dell'interesse funzionale del bene, cui orientare il mercato; la questione è qui posta con specifico riferimento al settore dell'energia, ma il ragionamento ben si presta ad assumere una portata trasversale e generale che lo rende applicabile in via analogica anche al settore delle risorse idriche, vedi sul punto F. CAPORALE, *I servizi idrici. Dimensione economica e rilevanza sociale*, Milano, 2017.

<sup>13</sup> Per una ricostruzione diacronica delle tappe dello sviluppo della disciplina pubblicistica in materia di acque e risorse idriche, vedi F. CAPORALE, *Acque, Disc. Pubbl.*, in «Trecani on line», 2014 e G. SANTUCCI – A. SIMONATI – F. CORTESE (a cura di), *L'acqua e il diritto*, Trento 2011.

<sup>14</sup> Essa diviene ricavabile dalla declinazione dell'acqua nella sua attitudine ontologica al soddisfacimento di esigenze specifiche connesse alla vita dell'uomo ed alla modulazione della sua gestione nella dimensione della sostenibilità futura in rapporto all'ambiente ed al suolo, sul quest'ultimo passaggio vedi A. FARÌ – E. FIDELBO, *Difesa del suolo e tutela delle acque*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, cit., 424.

<sup>15</sup> Per una ricomposizione del quadro regolatorio della gestione del servizio idrico alla luce delle caratteristiche giuridiche del bene, vedi, fra i molti, L. CARBONE - G. NAPOLITANO - A. ZOPPINI (a cura di), *Il regime dell'acqua e la regolazione dei servizi idrici*, in *Ann. Dir. Energia*, 2017, ma anche A. BARTOLINI, *Le acque tra beni pubblici e pubblici servizi*, in *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, (a cura di) A. POLICE, Milano, 2008, 225.

<sup>16</sup> Sempre richiamando adesivamente le riflessioni di E. BOSCOLO, *Politiche idriche adattive*, cit., qui 4, è dalle diverse premesse concettuali che deriva l'impostazione dell'assetto regolatorio in materia di acque e risorse idriche, oggi non più temute ma preservate (cd. river restoration); più nel dettaglio, secondo quanto affermato da F. CAPORALE, *Acqua e scarsità: dall'emergenza come regola alla regola dell'emergenza*, in *Piem.*

Tuttavia, in modo forse meno accentuato rispetto a quanto non accade per i beni energetici<sup>17</sup>, dove più evidente per ragioni strutturali è lo iato fra il bene-energia ed il servizio-energia<sup>18</sup>, anche nel caso dell'acqua l'intervenuta scissione fra i due segmenti giuridici<sup>19</sup> può divenire meglio

*Aut.*, 1, 2023, il mutamento di logica ha consentito di traghettare il vecchio modello dal sistema "appropriativo-dissipativo (orientato, cioè, all'uso della risorsa), alla centralità delle pianificazioni, paradigma di un modello regolativo-custodiale (incentrato sulla orientato, cioè, alla tutela qualitativa e quantitativa della risorsa)", così aprendo la strada all'idea che la normativa in tema di acque, per gestire la concorrenza dell'uso del bene, debba prima misurarsi con la concorrenza dei valori posti a monte del diritto all'utilizzo del bene. L'edificazione di un modello conservativo protettivo delle risorse idriche è fondato sulla "funzionalizzazione delle acque a garantire in primo luogo il supporto agli ecosistemi acquatici e il soddisfacimento degli insopprimibili bisogni idropotabili", come mette in luce E. BOSCOLO, *op. loc. cit.*, 3: esso prende avvio dal ribaltamento della prospettiva della regolazione dell'uso fino a giungere a "garantire in primo luogo il supporto agli ecosistemi acquatici e il soddisfacimento degli insopprimibili bisogni idropotabili".

<sup>17</sup> Per una attenta analisi nella direzione evidenziata, con un focus sulla rilevanza pubblicistica dell'interesse sotteso al bene energetico, vedi da ultimo G. D. COMPORI, *Energia e ambiente*, in G. ROSSI, *Diritto dell'ambiente*, cit., 297 e ss. e, per un approfondimento del rapporto fra le risorse energetiche, l'ambiente ed il principio di sostenibilità, ID. *Energia, ambiente e sviluppo sostenibile*, in *Riv. giur. amb.*, 3, 2022, 643.

<sup>18</sup> Da un lato sta l'elemento naturale potenzialmente idoneo a divenire fonte energetica, dall'altro sta il processo di sfruttamento del medesimo per la sua trasformazione in energia e da ultimo sta il servizio operato per la distribuzione energetica ai fruitori. Mantenendo separate la fonte (naturale) produttrice del bene energetico e la gestione del servizio di produzione-trasformazione/distribuzione che rende il bene idoneo all'approvvigionamento da parte dell'utente-fruitor finale che soddisfa il proprio bisogno necessario, si sviluppano gli studi sulle criticità del rapporto fra il valore sociale connesso al bene naturale funzionale alle esigenze dell'uomo e la sua vocazione giuridica a divenire bene di mercato, vedi da ultimo S. ZUCCARINO, *Il contratto «conformato» quale statuto normativo del mercato energetico*, Napoli, 2021, ma prima già F. VETRÒ, *La regolazione pubblica del mercato elettrico. Sull'ordine giuridico del mercato libero dell'energia elettrica*, in *Riv. it. Dir. pubbl.com.*, 4, 2003, 813 e A. MIGNOZZI, *La negoziazione del bene energia*, Napoli, 2012.

<sup>19</sup> Emblematicamente si veda F. COSTANTINO, *La guerra dell'acqua. Dalla proprietà del bene alla gestione del servizio*, in *Rivistaaic.it*, 2011. Sullo sfondo militano le sempre attuali riflessioni di M. CAMMELLI, *Per uno statuto dell'utente*, in *Pol. Dir.*, 1981, 449, dove si esalta l'interconnessione necessaria fra l'esplicazione dei diritti sociali e di libertà e la predisposizione di una interfaccia organizzativa pubblica idonea ad assicurare il relativo dispiegarsi: anche nel caso delle risorse idriche appare di primario rilievo che il

superabile sul piano regolatorio se solo si ha riguardo all'interesse umano irrinunciabile che l'acqua mira a soddisfare<sup>20</sup>.

La rilevanza del medesimo costituisce il fattore unificante di ogni processo di giuridificazione (dell'interesse maturato nei confronti) delle risorse idriche<sup>21</sup> e di ogni tentativo di affermazione dello stesso in funzione della garanzia di un "diritto (umano) all'acqua"<sup>22</sup>.

Il paradosso fra la necessaria territorialità della risorsa<sup>23</sup> e l'univer-

diritto all'acqua possa esercitarsi grazie al "modo stesso di essere degli apparati predisposti al suo svolgimento".

<sup>20</sup> Vedi in termini R. LOUVIN, *Aqua Aequa. Dispositivi giuridici, partecipazione e giustizia per l'elemento idrico*, Torino, 2018 e, in termini più generali volti a sottrarre alla logica mercatoria l'acqua in quanto bene oggetto di diritto fondamentale primario a contenuto sociale, L. FERRAJOLI, *Per una Carta dei beni fondamentali*, in *Diritti Fondamentali, le nuove sfide*, (a cura di) T. MAZZARESE E P. PAROLARI, Torino, 2010.

<sup>21</sup> Ciò vale anche a conferire all'interesse costruito intorno alla risorsa idrica autonomia e universalità: con il primo aspetto si evidenzia come quello per l'acqua non sia delineato come un interesse occasionale o strumentale, modellato sulla protezione di interessi giuridici di contenuto diverso, ma assurga ad interesse stabile ed indipendente, vedi in termini A. PIOGGIA, *Acqua e ambiente*, cit., qui 278-279; con il secondo aspetto si mette in luce la portata globale del processo di gestione e protezione delle risorse idriche in ragione del tipo di bisogno soddisfatto, come oggetto dell'interesse giuridico per l'acqua destinato a costruire lo stesso in termini di diritto fondamentale ed universale, vedi sul tema F. NICOTRA, *Un "diritto nuovo": il diritto all'acqua*, in *Federalismi*, 14, 2016.

<sup>22</sup> Per tutti sempre attuale il richiamo alle considerazioni di V. SHIVA, *Water wars. privatization, pollution and profit*, Cambridge, 2002, che già vent'anni fa poneva il controllo dell'acqua al centro della conflittualità mondiale.

<sup>23</sup> Qui si assume l'espressione nel senso figurativo della collocazione naturale della risorsa idrica nel territorio da cui trae origine. Detto ancoraggio alla territorialità sta alla base dell'articolazione dell'assetto organizzativo della gestione e distribuzione della risorsa idrica; proprio la necessaria dimensione territoriale aveva fatto propendere parte della dottrina che aveva riletto il modulo gestorio frammentato per il recupero delle teorizzazioni di Miele in ordine alla sostituzione amministrativa, vedi A. BARTOLINI, *Le acque tra beni pubblici*, cit., 225 ss. è oggi destinata ad amplificarsi in conseguenza della novellata cornice costituzionale scaturita dalla recente riforma degli artt. 9 e 41 Cost., in termini vedi, fra le molte letture critiche, 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*, 2022; F. FRACCHIA, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in "negativo"*, in *Dir. econ.*, 1, 2022, 15; L. IMARISIO, *La riforma costituzionale degli articoli 9 e 41 della Costituzione: un (prudente) ampliamento di prospettiva del diritto costituzionale dell'ambiente*, in *Piem. Auton.*, 3,

salità dell'interesse da soddisfare attraverso essa<sup>24</sup>, oltre che il punto di snodo per l'evoluzione dell'originaria disciplina in materia di acque<sup>25</sup>, è la leva comune per l'insorgenza di molti dei maggiori conflitti politici, civili ed economici originati nell'ambito di molti territori su scala mondiale<sup>26</sup>.

Anche in un contesto italiano, pacificato sotto il profilo politico e civile, ma non in perfetto equilibrio sul piano dell'organizzazione delle funzioni amministrative<sup>27</sup>, è destinato a fare da sfondo alle controverse scelte politiche regolatorie dell'acqua e dei servizi idrici<sup>28</sup>.

Donde, sul piano del diritto interno, si è pervenuti alla scelta di valorizzare l'interesse giuridico all'acqua attraverso la costruzione di una tutela improntata al regime pubblicistico della risorsa<sup>29</sup> ed attuata me-

2022; M. CECCHETTI, *La revisione degli artt. 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum quad.cost.*, 2021, 285.

<sup>24</sup> Si è al riguardo affermato che l'acqua costituisce una declinazione del diritto alla vita, così T.E. FROSINI, *Dare un diritto agli assetati*, in *An. Giur. Ec.*, 1, 2010, 29.

<sup>25</sup> Per l'originaria impostazione del quadro regolatorio in materia di acque che poneva al centro l'uso del bene idrico, vedi almeno U. POTOTSCHNIG, *Vecchi e nuovi strumenti nella disciplina pubblica delle acque*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1969, 1009.

<sup>26</sup> Sulla conflittualità politica, sociale ed economica generata dall'acqua e dalle risorse idriche e per un panorama dei principali luoghi di consumazione degli scontri scaturiti dalla appropriazione e gestione della risorsa idrica in ambiti territoriali segnati da una naturale criticità, vedi D. ZOLO, *Il diritto all'acqua come diritto sociale e come diritto collettivo. Il caso palestinese*, in *Diritto pubblico*, 2005, 1, 126, ed ivi i riferimenti dottrinari a supporto.

<sup>27</sup> Sul punto vedi di recente l'analisi critica di S. CASSESE, *Lo Stato ad amministrazione disaggregata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2020, 467.

<sup>28</sup> Per una interessante analisi vedi E. BOSCOLO, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazioni e concessioni*, Milano, 2012, che ipotizza una rilettura, in prospettiva strategica, dello strumento archetipico della concessione (legata alla centralità regolatoria dell'utilizzo del bene), qui divenuto flessibile ed adattivo alle esigenze dell'instabile scarsità della risorsa, come meglio specificato in ID., *Le concessioni idriche e l'assegnazione di beni pubblici in condizioni di incertezza*, in *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico privati*, (a cura di) M. CAFAGNO – A. BOTTO – G. FIDONE – G. BOTTINO, Milano, 2013, 488.

<sup>29</sup> Su cui vedi, fra i molti contributi della dottrina, A. MAJO, *Le risorse idriche nel vigente ordinamento*, in *Rass. giur. en. el.*, 1996, 1 ss.; P. DI TARSIA DI BELMONTE, *Il contenuto giuridico della dichiarazione di pubblicità delle acque affermata dalla legge n. 36*

dianete la (non semplice) definizione dell'articolazione organizzativa<sup>30</sup>, talvolta troppo poco supportata da modelli cooperativi<sup>31</sup>.

Una scelta che pone al centro il rispetto e la conservazione del corpo idrico, identificato nella sua interezza, in vista della funzione da assolvere e nel rispetto del contesto in cui è inserito<sup>32</sup>.

La logica legislativa ha trovato esplicazione e progressivo completamento nella faticosa composizione di un quadro regolatorio che ha fatto perno sulla gestione, in modalità unitaria, dell'intero servizio idrico<sup>33</sup>, il cui paradigma si è andato definendo in un arco temporale non breve e si è caratterizzato per un perfezionamento normativo progressivo<sup>34</sup>.

Attraverso una pianificazione gestita sul piano decentrato, mediante

*del 1994, in Rass. avv. Stato, 1996, 210; N. LUGARESI, Le acque: profili dominicali, di tutela e di gestione, Milano, 1995; U. POTOSCHNIG – E. FERRARI, (a cura di), Commentario alle disposizioni in materia di risorse idriche, Padova, 2004.*

<sup>30</sup> Per una recente ricostruzione del modello su cui si sviluppa il diritto delle acque cfr. E. BOSCOLO, *Water Resources Management in Italy: Institutions, Laws and Approaches, in Water Law, Policy and Economics in Italy*, in P. TURRINI – A. MASSARUTTO – M. PERTILE – A. CARLI (a cura di), Londra, 2021, 105 e V. VAIRA, *La gestione del Servizio Idrico Integrato*, in *Federalismi*, 6, 2020; meno di recente, fra i molti, V. PARISIO, *La gestione del servizio idrico integrato fra diritto interno e Unione Europea*, in V. PARISIO (a cura di), *La fruizione del suolo e la protezione dell'ambiente tra diritto interno e principi sovranazionali*, Milano, 2010, 107; A. CASSATELLA, *Acqua e livelli di governo*, in G. SANTUCCI - A. SIMONATI - F. CORTESE (a cura di), *L'acqua e il diritto*, cit., 329; M. A. SANDULLI, *Il servizio idrico integrato*, in *Federalismi*, 4, 2011.

<sup>31</sup> Evidenzia questo aspetto lacunoso A. PIOGGIA, *Acqua e ambiente*, cit., 290.

<sup>32</sup> Da ciò deriva anche la previsione di una graduazione legale degli usi, che coniuga il principio fondamentale del divieto di compressione degli usi idropotabili e del mantenimento degli ecosistemi acquatici con la garanzia dei flussi ecologici dei corpi idrici.

<sup>33</sup> Il contributo della dottrina sul tema della gestione dei servizi idrici è vastissimo, ci si limita qui a richiamare alcuni contributi che affrontano l'evoluzione della modalità gestoria del servizio idrico da una prospettiva di analisi generale, fra cui vedi V. CERULLI IRELLI, *Disciplina delle acque e servizio idrico integrato*, in M. GIGANTE (a cura di), *L'acqua e la sua gestione. Un approccio multidisciplinare*, Napoli, 2012, 37 ss.; A. FIORITTO, *I servizi idrici*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, diretto da S. CASSESE, Vol. III, Milano, 2003, 2505 ss.

<sup>34</sup> Per una ricostruzione diacronica dei perni su cui ha ruotato la disciplina di gestione dei servizi idrici analizzata sotto il differente profilo dell'analisi economica del diritto, vedi AA.VV., *Acqua. Superior stabat lupus*, in *An. Giur. econ.*, 1, 2010, num. mon., a cura di A. NUZZO - P. VALENSISE.

l'elaborazione appositi modelli improntati su una base territoriale idonea a garantire l'adeguatezza gestionale<sup>35</sup>, si è accantonata l'idea di una gestione accentrata sul piano statale<sup>36</sup>, cercando, nel contempo, di superare i limiti delle pregresse gestioni locali<sup>37</sup>.

Tuttavia, dietro al principio dell'auspicata unità di gestione conseguibile attraverso il servizio in forma integrata, una mai sopita spinta autarchica delle realtà comunali ha disgregato dall'interno il modello<sup>38</sup>, rendendolo poco efficiente ed inadeguato ad affrontare le nuove sfide richieste dal mutamento ecosistemico<sup>39</sup>.

Sulle criticità ancora irrisolte è quindi sollecitato da più parti il legislatore ad intervenire, al fine di correggere quelle distorsioni del sistema che inciderebbero negativamente sulla possibilità di armonizzare l'attuale apparato gestionale con la componente dinamica del principio di sostenibilità.

<sup>35</sup> Vedi, fra i molti contributi che si soffermano sul carattere connotativo della struttura predeterminata con la scelta gestoria, F. CAPORALE, *Tendenze, controtendenze e ipostatizzazioni nel governo e nella gestione dei servizi idrici*, in *Munus*, 2013, 1 ss.; M. CECCHETTI, *L'organizzazione e la gestione del Servizio idrico integrato nel contenzioso costituzionale tra Stato e Regione. Un colosso giurisprudenziale dai piedi d'argilla*, in M. GIGANTE (a cura di), *L'acqua e la sua gestione*, cit., 59.

<sup>36</sup> Con una doverosa precisazione: la legislazione con cui si impone la gestione su base sovracomunale attraverso il SII deve essere considerata normativa di esclusivo appannaggio statale, in quanto afferente alla tutela della concorrenza, come ribadito in numerose occasioni dalla Consulta (vedi Corte cost. sentt. nn. 246, 307 del 2009, 325 del 2010, 128, 187 del 2011, 62 del 2012, 228 del 2013, 32, 117 del 2015, 160 del 2016, 93, 173 del 2017, 65 del 2019, 16 del 2020, 231 del 2020). In tal modo si scongiura il rischio che, dietro la scelta di non organizzare il servizio idrico sul piano statale al fine di facilitare la gestione allocativa ottimale delle risorse idriche, si giunga, per altra via ad una frammentazione orizzontale e verticale attraverso la tolleranza di sistemi organizzativi polverizzati su base comunale.

<sup>37</sup> Sul punto, criticamente, vedi E.M. PALLI, *La (prorogata) soppressione delle Autorità d'ambito territoriale ottimale nei servizi pubblici ambientali*, in *Ist. Fed.*, 2012, 881; e sui rimedi ai rischi della mancata attuazione del disegno regolatorio a gestione unitaria integrata, S. PAJNO, *I poteri sostitutivi in materia di acqua e rifiuti nella recente esperienza. Un primo bilancio*, in *Federalismi*, 2018, 34.

<sup>38</sup> In modo specifico vedi F. SCALIA, *Le modalità di affidamento della gestione del servizio idrico integrato: l'evoluzione normativa e le novità delle recenti riforme*, in *Federalismi*, 2016, 6.

<sup>39</sup> Per una lettura critica in tal senso vedi, F. CAPORALE, *Dall'emergenza come regola*, cit., 1 e ss.

### *3. La risorsa idrica come interesse giuridico collegato al bene della vita: il diritto all'acqua*

Si è detto in premessa che l'acqua, in quanto bene giuridico, diviene centro di imputazione di interessi e diritti, potendo costituire l'oggetto di rapporti giuridici destinati acquisire rilievo nell'ambito dell'ordinamento.

Occorre quindi soffermarsi in breve sul cammino intrapreso dai giuristi nella costruzione dell'acqua in termini di diritto, per poter collegare il "nuovo diritto" all'acqua con il livello di garanzia dello stesso assicurato dal modello gestorio in uso in ambito nazionale, così da rileggere il sistema regolatorio vigente alla luce del significato assunto dal principio di sostenibilità, per riflettere sui compiti di una (eventuale) responsabilità pubblica di ogni Stato nell'assicurarlo.

L'edificazione di un diritto rivendicabile nei confronti della risorsa idrica prende avvio dal dato materiale dell'interconnessione necessaria dell'acqua alla vita dell'uomo.

Quest'ultima va intesa come forma di sviluppo della soggettività dell'individuo in ogni dimensione (resa) possibile all'interno del contesto sociale, economico e politico in cui lo stesso viene a trovarsi stabilmente.

L'asservibilità delle risorse idriche agli scopi connessi alle molteplici attività umane a prevalente carattere esistenziale, ricompono la potenziale frattura fra l'esistenza naturale del bene in sè e la possibilità umana del suo godimento<sup>40</sup>, con ciò creando le basi per l'esame dell'adeguatezza della tutela delle risorse idriche in rapporto al principio di sostenibilità.

Come ogni tutela, anche quella nei confronti delle risorse idriche passa dalla costruzione di una situazione soggettiva che venga formalizzata sul piano istituzionale e che diventi idonea ad essere resa operabile sul piano concreto.

I percorsi giuridici lungo cui, nel diritto domestico, si articola lo sviluppo di tale processo di giuridificazione dell'acqua, approdano a risul-

<sup>40</sup> Vedi in termini F. SORRENTINO, *L'acqua come bene comune e come servizio pubblico*, in *Dir. e soc.*, 2016, 546.

tati intrinsecamente differenti, giungendo a definire la risorsa idrica ora come diritto fondamentale, ora come “bene comune”.

Nel primo caso la dottrina costituzionalistica ha svolto un ruolo predominante nell'impostare l'insopprimibile bisogno umano di acqua per vivere, in una figura giuridica dai connotati del diritto fondamentale strettamente interconnesso al diritto alla vita e, come tale, a massima protezione costituzionale<sup>41</sup>.

Nel secondo caso, previa adesione al riconoscimento della teorizzata categoria giuridica dei beni comuni, spinte dottrinarie di diversa provenienza e con differenti argomentazioni, hanno contribuito a ricondurre l'acqua entro tale archetipo<sup>42</sup>, così giungendo a superare i limiti rinvenuti nella precedente categorizzazione che la ascriveva nell'ambito dei beni pubblici demaniali, con annesso regime di riserva pressochè assoluta<sup>43</sup>.

L'opera condotta, però, soddisfa solo in parte l'istanza di giuridicità, continuando a mancare una formalizzazione di tale diritto all'acqua attraverso una fonte di rango costituzionale che provveda ad inserirlo in modo esplicito nell'alveo dei diritti incompressibili della persona, così rendendo immediate le garanzie di una tutelabilità in sede processuale.

<sup>41</sup> Senza pretesa di esaustività si riportano alcuni fra i principali contributi attraverso i quali si è snodato il dibattito sul passaggio dall'acqua come bene all'acqua in termini di diritto, R. LOUVIN, *Aqua Aequa.*, cit., 173; F.M. PALOMBINO, *Il diritto all'acqua. Una prospettiva internazionalistica*, Milano, 2017; S. SILEONI, *L'acqua: una risorsa fondamentale, quale diritto?*, in *Rivista AIC*, 3, 2016, 1 ss.; U. MATTEI – A. QUARTA, *L'acqua e il suo diritto*, Roma, 2014; C. IANNELLO, *Il diritto all'acqua. Proprietà collettiva e Costituzione*, Napoli, 2013, 25; T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale all'acqua*, in *Riv. Giur. Mezz.*, 3, 2010, 861.

<sup>42</sup> Lasciando sullo sfondo la controversa questione della elaborazione della categoria dei beni comuni e le posizioni dottrinarie che si sono misurate con tale sfida, ci si limita a richiamare i principali studi che tale teoria hanno applicato all'acqua ed alle risorse idriche, fra cui L. VIOLINI, *Il bene comune acqua nella prospettiva multilivello*; G. BUCCI, *L'«acqua-bene comune» e la gestione dei servizi integrati tra pubblico, privato e democrazia* e F. PALAZZOTTO, *Lo statuto giuridico dell'acqua tra beni demaniali e beni comuni*, tutti in S. STAIANO (a cura di), *Acqua. Bene pubblico, risorsa non riproducibile, fattore di sviluppo*, 2017, Napoli, risp. 199, 167 e 207.

<sup>43</sup> Sui beni pubblici e il sistema di tutela, da ultimo M. RENNA, *Beni pubblici e diritti d'uso pubblico. La resilienza delle prerogative collettive al mutare dei modelli di sviluppo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2022, 689; ID., *Principio di tipicità e tutela amministrativa dei beni pubblici*, in *Jus*, 2-3, 2020; F. FRANCIOSI, *Privatizzazioni, dismissioni e destinazione 'naturale' dei beni pubblici*, in *Dir. Amm.*, 1, 2004, 89.

Detta lacuna è stata da più parti colmata attraverso lo sforzo ermeneutico di ricondurre l'acqua nell'alveo della categoria di diritti "di terza generazione", così derivando la soggettività attiva da diritti che ruotano intorno ad alcuni principi costituzionali fondamentali.

Del resto, non è neppure arduo ricavare il diritto all'acqua dal combinato disposto del diritto alla vita e del diritto alla salute, così pervenendo ad immaginare un diritto all'acqua che consentisse di reclamare l'accesso indiscriminato alle fonti idriche, di far scattare doveri pubblici di gestione e distribuzione delle risorse idriche, di attivare meccanismi di tutela per il cattivo uso o l'inquinamento delle medesime.

Anche dagli ulteriori elementi integrativi del framework definitorio emergenti dal contesto sovranazionale non si ricavano dati consolanti.

Da un lato si colloca la legislazione europea, più concentrata sugli aspetti gestori del servizio e sulla vigilanza affinché l'erogazione del servizio avvenga secondo regole di efficienza, ottimizzazione delle risorse e l'utilizzo conservativo del bene<sup>44</sup>.

Dall'altro sta la disciplina internazionale, di ben diversa (e minore) intensità cogente, maturata in un contesto istituzionale di rilievo mondiale (l'ONU), nell'ambito del quale le volontà politiche, pur congiunte, non sono mai riuscite a formalizzare in capo all'acqua l'esistenza di un diritto umano fondamentale ed universale<sup>45</sup>.

<sup>44</sup> Cfr. V. PARISIO, *La gestione del servizio idrico (integrato): valorizzazione della specialità e vuoto normativo*, in P. DELL'ANNO - E. PICOZZA (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Vol. II, Padova, 2013, 125.

<sup>45</sup> Ciò è quanto emerge all'esito dei numerosi protocolli, intese, documenti condivisi nel processo di giuridificazione dell'acqua; in questa direzione, a far data dal 2010 (nella Ris. 64/292 del 28 luglio 2010, l'Assemblea generale ONU riconosce l'accesso ad un'acqua sicura e pulita e all'igiene come un diritto umano A/RES/64/292, seguita da Risol. 15/9 del 30 settembre in cui si salda il diritto all'acqua all'adeguatezza del livello di vita ed al miglioramento della dignità della stessa sul piano psico-fisico), l'ONU si è impegnata in un percorso a tappe progressive. Un secondo rilevante passaggio è rappresentato dalle statuizioni del 2013 (rispett. Maggio e settembre, con cui si dispongono misure volte ad assicurare il diritto umano all'acqua potabile ed ai servizi igienico-sanitari attraverso sistemi di monitoraggio, non discriminazione, accesso progressivo anche nel caso di fornitura da terzi, consultazione sociale e dibattito pubblico e con cui si dispone, mediante Protocollo apposito, la giustiziabilità teorica del diritto all'acqua), con cui si compiono significativi passi avanti teorici sul piano del rafforzamento del diritto all'acqua ad al suo accesso mediante il consolidamento della sua autonomia e specificità.

A risultati deludenti approda anche l'Agenda 2030.

Qui, nell'ambito dei 17 SDGs, l'Obiettivo 6 prevede di “garantire a tutti la disponibilità e la gestione sostenibile dell'acqua e delle strutture igienico-sanitarie”<sup>46</sup>.

In modo non troppo sorprendente l'articolazione di un diritto all'acqua si delinea in un contesto di mancata responsabilizzazione degli Stati nella garanzia del diritto fondamentale riconosciuto all'uomo: esso viene formulato attraverso un percorso a maglie larghe che disegna l'accesso al diritto universale all'acqua come “opportunità” e lo strumentalizza al servizio fornito dal mercato.

È piuttosto evidente come tutto ciò liberi lo Stato dai costi sostenibili per la garanzia incompressibile del minimo di risorsa idonea al consumo vitale per tutti.

Nello specifico, se da un lato si richiede alla comunità internazionale di assicurare l'accesso universale all'acqua da bere ed ai servizi igienici attraverso un prezzo accessibile e una gestione efficiente e sostenibile, dall'altro non si prevede la presa in carico del costo di accesso, rimettendo il medesimo al mercato.

Si giunge, allora, al punto nevralgico del problema che rinvia alla criticità di partenza: non aver costituzionalizzato il diritto all'acqua ha impedito la formazione di una responsabilizzazione statale e di una tutelabilità diretta davanti alle corti giudiziarie.

Il risultato è che ad oggi e per tutto il termine previsto dai Millennium Dev. Goals, l'accesso all'acqua (potabile) risulta ancora precluso per oltre 20 milioni di persone al livello mondiale.

Il dato da ultimo specificato esprime l'emblema dell'insanabile con-

<sup>46</sup> A seguire il quadro si completa con la previsione di una serie di tappe a traguardo parziale fra cui: accessibilità universale ed equo all'acqua potabile, sicura ed economica per tutti; accessibilità ad impianti sanitari e igienici adeguati ed equi per tutti; miglioramento qualità risorse idriche e riduzione scarichi non trattati con potenziamento sistemi di purificazione e riciclaggio acqua; efficientamento nell'utilizzo delle risorse per sostenere le carenze idriche future e l'impatto sociale di esse; potenziamento gestione integrata risorse idriche anche con forme di cooperazione transfrontaliera; protezione ecosistemi per lo sviluppo futuro delle risorse idriche; potenziamento sistemi di sfruttamento e trasformazione risorse idriche esistenti per rendere idonee al consumo umano (desalinizzazione; trattamento reflui; reimpiego acque di scarico); incremento dibattito pubblico e formazione percorsi di partecipazione collettiva all'impostazione delle politiche di gestione delle risorse idriche.

trasto cui si perviene e costituisce un primo punto di arresto del percorso giuridico del diritto dell'acqua.

A stridere è la distanza fra la crescente volontà politica di creare le basi per un processo di giuridificazione dell'acqua e del ciclo delle risorse idriche e l'opposto irrigidimento nella formalizzazione di un corrispondente quadro normativo a portata cogente.

La frizione conduce ad una conseguente deresponsabilizzazione per l'eventuale immobilismo statale di molti governi, con l'effetto di vanificare molti dei progressi compiuti.

Ciò conduce ad una retrocessione della tutela nei confronti del bene-valore acqua in ragione del mutamento del suo stesso oggetto.

A ben vedere, non si riesce più ad impostare la tutela delle risorse idriche in termini di protezione avverso l'aggressione arrecata al diritto soggettivo maturato in capo all'acqua, ma si è costretti a relegare la tutela delle risorse idriche alla pretesa assicurazione dell'accessibilità sociale alla risorsa.

In altri termini: non è più una protezione del bene idrico attraverso la garanzia del buon uso del diritto su di esso vantato, ma è una richiesta di garanzia per l'esistenza degli elementi strutturali minimi che quel diritto vanno a comporre.

Sotto questo profilo, pertanto, la questione della sostenibilità assume connotati differenti e diviene un criterio per misurare il rischio che può delinarsi laddove il mancato utilizzo della risorsa idrica per mancanza di condizioni idonee all'accesso, si traduca in un freno allo sviluppo futuro delle tecniche di conservazione o di utilizzo consapevole della stessa.

Anche a voler prescindere dal contesto evidenziato sul presupposto che l'accessibilità alla risorsa idrica rappresenti un traguardo consolidato nella realtà domestica, la questione del diritto all'acqua sul piano del diritto interno, si pone in termini altrettanto problematici laddove si saggi, alla luce del criterio della sostenibilità, la reale funzionalità della tutela approntata per la posizione giuridicamente rilevante del soggetto nei confronti dell'acqua.

Sfumando sulla ricerca della qualificazione giuridica del bene idrico più adeguata a raffigurare la pretesa soggettiva nei confronti dell'acqua, diviene interessante notare, invece, come le classificazioni menzionate solo in apparenza si rivelino confliggenti.

Se muoviamo dalla prospettiva seguita, cioè se impostiamo il criterio della sostenibilità a parametro guida per saggiare gli strumenti giuridici in uso nel diritto delle risorse idriche, il conflitto viene relegato al tipo di percorso giuridico seguito da ciascuna prospettiva di analisi ed al risultato dalla stessa raggiunto.

Rimane, invece, comune lo sforzo di impiegare il diritto per definire in modo stabile i termini di una relazione fra un bene naturale indispensabile per l'uomo e gli strumenti per il suo sfruttamento funzionalizzato.

Quanto affermato se, per un verso porta ad escludere che l'acqua, pur avendo ad oggetto un bene naturale, sia immediatamente riconoscibile in termini di diritto naturale<sup>47</sup>, per altro verso accentua l'importanza che il riconoscimento di un valore giuridico al bene idrico approdi ad una raffigurazione dell'acqua in termini di diritto.

Di conseguenza l'interessamento del diritto verso l'acqua non si limita a fornire di giuridicità il bene, ma si spinge fino a costruire la trama di un percorso nel quale l'acqua diviene l'oggetto del diritto che sopra esso si costruisce<sup>48</sup>.

E ciò a prescindere dalla qualificazione che del diritto si voglia fornire.

Per giungere a completamento il processo di giuridicizzazione deve essere associato all'impegno giuridico volto rendere effettiva e cogente la tutela nei confronti del diritto all'acqua.

Accanto, dunque, all'attenzione volta a fornire la migliore specificazione della natura della posizione soggettiva connessa alla situazione soggettiva del titolare del "diritto all'acqua", occorre assicurarsi che non sia trascurata dal diritto la verifica del grado di intensità della protezio-

<sup>47</sup> Ciò sembra valere anche nei confronti di chi costruisce il diritto all'acqua in termini di bene "universale", vedi L. FERRAJOLI, *Per una Costituzione della Terra*, Milano, 2022, 115 e, più in particolare, C. IANNELLO, *Il diritto all'acqua.*, cit., che si riallaccia all'idea del dominio collettivo maturato intorno alla risorsa idrica, divenuta parte connotativa di una specifica porzione di ambiente rispetto a cui può parlarsi di una sovranità popolare.

<sup>48</sup> E' sempre E. BOSCOLO, *Politiche idriche*, cit., qui 2 che, nel ricostruire la ratio della più recente normativa europea in tema di acque e risorse idriche parla di "riontologizzazione" giuridica del bene-acqua, per ricentrare la logica regolatoria sul valore del bene in ragione della sua funzionalità strumentale alle esigenze della vita (economia e sociale) dell'uomo, lasciando sullo sfondo politiche legislative di mera gestione del bene in funzione della protezione dei rischi da esso generati.

ne accordata dall'ordinamento a tale diritto, poichè su di essa si misura l'effettività della tutela assicurata<sup>49</sup>.

Ecco, allora, che il futuro utilizzo consapevole delle risorse idriche dipende dal grado di sostenibilità assicurato dagli strumenti giuridici di protezione del diritto all'acqua predisposti nel presente, a muovere dalla struttura gestoria del servizio.

#### *4. La risorsa idrica come bene-valore futuro. Il difficile equilibrio fra sostenibilità e scarsità delle risorse idriche nelle recenti vicende nazionali*

L'aver elevato il principio di sostenibilità a criterio di verifica del sistema regolatorio vigente delle risorse idriche ha consentito condurre l'analisi secondo una logica invertita e di impiegare il concetto di sostenibilità nel significato più prossimo al contesto reale, così esaltando quella componente dello stesso che ancora la protezione nei confronti del futuro utilizzo funzionale di un bene, al previo soddisfacimento consapevole del bisogno presente a cui il bene idrico è asservito.

Proprio nell'esaltare l'attitudine all'attualità del dato reale la costruzione ipotizzata ha dovuto misurarsi con i recenti accadimenti meteorologici che hanno inciso sulle risorse idriche.

Sebbene la scarsità delle risorse idriche non possa essere ritenuto un problema imprevedibile, la modalità con cui si è manifestata può, per certi versi, essere ritenuta improvvisa, ritenendo tale la combinazione dell'elevato incremento termico con la assoluta scarsità delle precipitazioni.

Il progressivo affermarsi di uno scenario di scarsità del bene idrico ha acuito il divario fra la componente statica del principio di sostenibilità e la componente dinamica, rendendo ancora più problematica la ri-

<sup>49</sup> Vedi in modo adesivo sul punto quanto affermato da A. IACOPINO, *L'acqua diritto*, cit. qui 3, che dando atto della vulnerabilità del bene e della sua essenzialità per la vita stessa dell'uomo, richiama a precise responsabilità politico-giuridiche degli Stati nell'attuazione del rapporto fra acqua ed individuo, dal momento che se sussiste "un nuovo diritto sociale", per esso "lo Stato deve approntare garanzie di effettività e di giustiziabilità" attraverso la predisposizione di "un adeguato apparato organizzativo che garantisca l'effettivo godimento del diritto stesso".

cerca di un equilibrio fra l'utilizzo consapevole della risorsa idrica nel presente e la proiezione di utilizzo futuro della medesima.

Non è bastata la presa d'atto del valore del bene idrico in conseguenza degli eventi estivi dell'ultimo anno a risolvere il conflitto generato dall'impossibilità di provvedere, contestualmente, a soddisfare un bisogno presente assicurando l'integrità di un bisogno futuro.

I più recenti strumenti giuridici con i quali, nell'ambito delle singole realtà locali e (ma con diversa modalità) nel più complessivo ambito nazionale, le autorità pubblico-politiche hanno deciso di regolare restrittivamente le risorse idriche (e talvolta idropotabili) accessibili e disponibili dai fruitori, più o meno qualificati, hanno espresso in tutta la loro crudezza la difficoltà di rispettare entrambe le componenti del principio di sostenibilità.

Al netto delle singole casistiche ed al di là del dubbio sui mezzi impiegati<sup>50</sup>, che spesso tanto clamore mediatico hanno suscitato, ad entrare in crisi è stato, l'intero "palinsesto regolatorio".

Ciò non tanto per l'inadeguatezza del modello prospettato, quanto per l'inefficienza provocata dal suo impiego disfunzionale, rigido, non armonizzato alla logica di sistema e non aggiornato alle evoluzioni tecnologiche disponibili<sup>51</sup>.

<sup>50</sup> Su questi profili cfr. ancora E. BOSCOLO, *Politiche idriche*, cit., spec. 3 e 8 ss., che si mostra critico con le scelte con cui hanno preso forma concreta le deroghe ai parametri ambientali poste in essere della autorità locali su varia scala (rilascio forzoso e prelievi forzosi), ritenendo che l'eccezionalità non fosse stata accompagnata da un necessario processo di preparazione e gestione del rischio di scarsità idrica, che l'approccio gestionale al tema della siccità fosse inadeguato e che la conflittualità dei fruitori dell'acqua non sia stata correttamente gestita, così da concludere che per scongiurare il ripetersi di tali emergenze occorre procedere con un riallineamento delle componenti non sintonizzate del sistema., per procedere nella direzione della futura gestione della scarsità delle risorse in luogo dell'intervento mediante una politica emergenziale, così mettendo a frutto "la predittività della conoscenza" con "la precettività delle decisioni".

<sup>51</sup> Ancora sul punto si riprendono e condividono le riflessioni di E. BOSCOLO, *Politiche idriche*, cit., 2, da cui si mutua l'espressione nel testo; L'A., non rinnegando il paradigma regolatorio, ma proponendone una lettura adeguatrice supportata da una integrazione metodologica, invoca una verifica di tenuta degli strumenti previsti dal quadro regolatorio vigente alla luce della capacità di adattamento della logica fondativa del diritto delle acque ai conflitti valoriali ed organizzativi acuiti dalla situazione strutturale di scarsità delle risorse idriche; in tal modo conclude ritenendo che, per scongiurare il ripetersi di tali emergenze occorre procedere con un riallineamento delle componenti non

Con il progressivo decremento della disponibilità delle risorse idriche, causato da uno stato di emergenza siccitosa permanente ed irreversibile, si conviene che la soluzione più congrua al principio di sostenibilità non sia la decostruzione della logica del sistema pianificatorio, che fa perno sull'idea di una gestione orientata al mantenimento della risorsa idrica nel contesto ambientale ecosistemico di riferimento, quanto piuttosto la ricerca del miglior modo di sfruttamento possibile della risorsa idrica scarsa.

Il sistema è stato messo alle corde perchè si è verificato uno scollamento fra le potenzialità disponibili per aggiornare il modello e la perseveranza del gestire le sopravvenienze nell'unica prospettiva di porre rimedio alla situazione presente.

Complice solo in parte la rigidità di alcuni degli strumenti impiegati nella gestione delle risorse, è proprio la cattiva attuazione del modello gestorio a restituirci l'erronea idea di una disfunzionalità intrinseca dello stesso.

Non si conviene, quindi, con chi auspica che solo una revisione in chiave conformatrice del paradigma gestorio delle risorse idriche ne assicurerebbe una conformità alla cornice regolatoria sovranazionale<sup>52</sup> e lo renderebbe compatibile con l'uso sostenibile delle risorse idriche<sup>53</sup>.

Fra le due differenti visioni, la prima "sincronica" – nella quale un recupero del modello proposto è possibile ed auspicabile – e l'altra

sintonizzate del sistema, in modo da procedere nella direzione della futura gestione della scarsità delle risorse in luogo dell'intervento mediante una politica emergenziale, così mettendo a frutto "la predittività della conoscenza" con "la precettività delle decisioni".

<sup>52</sup> Su questa posizione si veda S. ARU, *La gestione del servizio idrico tra Europa, Stato, Regioni e volontà popolare*, in *Federalismi*, 6, 2019.

<sup>53</sup> Giunge a tale conclusione, con il supporto dei dati ricavati dal Rapporto UNDP del 2 febbraio 2019, *What works in water and ocean governance*, E. GUARNA ASSANTI, *La governance del servizio idrico integrato tra forme di gestione e salvaguardia delle gestioni esistenti: problemi applicativi e prospettive di riforma della regola e delle eccezioni*, in *Federalismi*, 29, 2022, spec. 84, il quale si spinge fino a configurare una "responsabilità omissiva" del legislatore per "non essere stato di costruire un sistema che sia in grado non solo di rispettare i principi di efficacia, efficienza ed economicità nell'utilizzo della risorsa ma anche di riuscire a cogliere tutte le opportunità connesse, da ultimo, al Piano nazionale di ripresa e resilienza". In tal modo sollecita "uno sforzo della classe politica amministrativa che comprenda non solo il ritorno a breve termine ma i benefici per le future generazioni".

“diacronica”, che fa della prospettiva novellatrice l'unica possibile, si ritiene preferibile la prima.

Ciò in quanto essa risulta maggiormente in linea con l'idea che, per aversi una lettura della tutela delle risorse idriche orientata del principio di sostenibilità, si debba trasformare quest'ultimo in criterio orientativo e valutativo della verifica delle regole imposte dal sistema affinché il medesimo sia reso applicabile in futuro, garantendo la fruizione del bene idrico, a pari condizioni, alle generazioni future.

Se ad un riammodernamento delle regole previste, anche con l'ausilio di scienze non giuridiche e di principi desunti dalle discipline comportamentali<sup>54</sup>, conseguirà una buona applicazione delle medesime, anche dal lato degli utenti finali<sup>55</sup>, si potrebbe pervenire ad una ottimizzazione delle risorse, garantendo una gestione funzionale dell'acqua disponibile in una prospettiva di sostenibilità futura<sup>56</sup>.

##### 5. *Il cammino interrotto del principio di sostenibilità. Spunti conclusivi*

La doppia valenza del principio di sostenibilità ci ha consentito di

<sup>54</sup> Si vedano in modo specifico F. CAPORALE, *Acqua e scarsità*, cit., qui 7, che rimettere al centro l'attività conoscitiva della p.a. per regolare il rischio della scarsità delle risorse idriche, auspica l'impiego delle nuove tecnologie per predire, ammodernare e aggiornare il set di informazioni necessarie per migliorare le performance delle reti di gestione del servizio idrico e dell'acqua; o anche E. BOSCOLO, *Politiche idriche*, cit., qui 13, che ritiene il campo delle politiche idriche “uno dei settori in cui, dovendo incidere sulle dinamiche comportamentali degli utenti, siano decisivi gli approcci proposti da tempo dalle behavioral sciences”.

<sup>55</sup> Si veda in relazione a questo profilo, in modo specifico, G. CAVALIERI, *Scienze comportamentali e impiego di risorse esauribili: le politiche idriche sul consumo domestico di acqua*, in AA.VV., *Dalle regole ai comportamenti. Conversazioni in tema di amministrazione e persuasione*, Milano, 2022, 179; su un piano più generale, A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2021 e AA.VV., *Analisi comportamentale delle politiche pubbliche. Nudge e interventi basati sulle scienze cognitive*, a cura di R. VIALE – L. MACCHI, Bologna, 2021.

<sup>56</sup> Sull'auspicio di un ripensamento applicativo, improntato ad una razionalizzazione, al maggiore efficientamento e ad una visione strategica della gestione locale vedi di recente A. MACCHIATI, *Organizzazione e politiche pubbliche nel settore idrico*, in *Merc. Conc. regole*, 3, 2019, 513.

rileggere i singoli segmenti che compongono il processo di costruzione di un diritto delle risorse idriche in una sorta di visione circolare.

In essa il diritto è divenuto interprete ed esecutore (più o meno fedele) della volontà politica in cui si esprime il riconoscimento di un valore giuridico al bene idrico.

Non è però sufficiente ricondurre il rapporto fra i due poli - acqua e diritto - ad una associazione occasionale o un accostamento temporaneo, ma va ricercato un preciso legame dotato del carattere della generalità e che possa impostarsi in termini stabili e duraturi.

La relazione deve essere costruita all'esito di un processo decisionale politico in cui l'acqua, che ne è divenuta l'oggetto, viene posta al centro della scelta degli obiettivi da consegnare al diritto, se ed in quanto letta in modo strumentale e realmente funzionale alla vita umana.

Così impostato il rapporto fra il diritto e le risorse idriche, si può discutere sull'adeguatezza degli strumenti giuridici impiegati al principio di sostenibilità.

Detto altrimenti, il principio di sostenibilità può tornare ad essere considerato ora un criterio di valutazione, ora un obiettivo perseguibile in rapporto alla questione delle risorse idriche, a condizione che la costruzione sul piano giuridico un "diritto all'acqua" abbia dettato le regole per assicurare l'impiego del bene idrico in un tempo presente e concreto.

La qual cosa né scatta in modo automatico, né ancor meno può essere meramente ipotizzata.

Al contrario, ad una crescente spinta politica esponenziale verso una giuridicizzazione "del fenomeno acqua", ha spesso fatto seguito una risposta regolatoria che, pur articolata e copiosa, si è eretta su basi labili perchè frutto di una contraria e implicita scelta di allentare i meccanismi di responsabilizzazione pubblica attorno a tale "nuovo" diritto.

Dunque, un diritto universale che divenga granitica premessa di tutti gli altri diritti universali e si caratterizzi per un elevato tasso di fragilità.

Di rado si è incontrato un bene così regolato come l'acqua, eppure così privo di una tutela originaria, per assenza di una sua qualificazione formale nelle fonti primarie operanti in ambito internazionale o nazionale.

La conseguenza non è di poco momento.

La mancata formalizzazione qualificatoria ritorna, in primo luogo, sotto forma di *vulnus* alla tutela tutte le volte in cui divenga difficilmente reclamabile dal soggetto l'accessibilità alla risorsa idrica non adeguatamente garantita in modo universale.

Quando alcuni Stati sono rimasti ancora "liberi" dai costi sostenibili per la garanzia incompressibile del minimo di risorsa idonea al consumo vitale per tutti, lasciando la presa in carico del costo di accesso al mercato, la richiesta alla comunità internazionale di assicurare l'accesso universale all'acqua da bere ed ai servizi igienici attraverso un prezzo accessibile e una gestione efficiente e sostenibile dell'acqua, rimane orfana della formazione di una responsabilizzazione statale e di una tutelabilità diretta davanti alle corti giudiziarie.

Laddove il problema dell'accessibilità generale sia superato vi è poi l'effetto di una mancata responsabilizzazione pubblica per la gestione del bene-risorsa non assicurata con le tecniche di massimo efficientamento o per una prevenzione nei confronti della sua esauribilità colposamente trascurata.

Un *vulnus*, quello evidenziato, che rimane scoperto anche in sede europea, dove fortemente impattante è stata la risposta regolatoria, che viene però tarata sui profili economici legati agli aspetti della modalità di gestione delle risorse mediante la rete e sulla risposta rimediata all'impatto ambientale dell'inquinamento delle risorse medesime.

Fino a che l'acqua non sarà pensata come dovere giuridico pubblico di accessibilità e protezione preventiva, la sostenibilità delle risorse idriche rimarrà affidata alla responsabilità comune dei singoli, anche con riferimento alla regolamentazione dell'accesso.

Ma così in tal modo l'acqua, allora rischia di tornare ad essere più un fenomeno culturale che non un fenomeno giuridico.

Se, quindi l'acqua è un esempio di "diritto-non-diritto", per riconciliare il tema della regolazione gestione e della tutela delle risorse idriche con il principio di sostenibilità occorrerebbe ripartire dalle lacune incolmate del processo di giuridificazione.

Per procedere nella direzione più semplice, eliminando via il superfluo e la complicazione inutile<sup>57</sup>, gli sforzi del diritto dovrebbero concen-

<sup>57</sup> Come nel rasoio di Occam, che "taglia ma non ferisce", provvedendo ad eliminare il superfluo e concentrandosi sull'obiettivo principale, il principio della parsimonia

trarsi sul rafforzamento della legittimazione delle prerogative soggettive dei singoli in ordine sia alla pretesa accessibilità alla risorsa idonea ad assicurare lo sviluppo di un diritto umano fondamentale, sia all'elaborazione di regole pubbliche idonee ad assicurarne un utilizzo consapevole a scopo conservativo della risorsa nei confronti delle generazioni future.

In altri termini si richiede che la responsabilità giuridica non riguardi solo segmenti del rapporto gestorio del servizio o la reazione all'inquinamento del bene, ma sia anticipabile alla regolazione delle condizioni di utilizzo della risorsa idrica, a partire dalla garanzia all'accessibilità.

La conseguente pretesa (soggettiva) vantabile dai soggetti legittimati a reclamare il rispetto della componente "attuale" del principio della sostenibilità dovrebbe completarsi con la predisposizione di un sistema di tutela a garanzia di quanto reclamato, quanto meno per riuscire a rendere sindacabili davanti ad un giudice terzo e competente quelle scelte pubbliche, operate con riguardo alle risorse idriche, destinate a ripercuotersi sulla sostenibilità futura delle stesse<sup>58</sup>.

Alcuni segnali di apertura possono intravedersi nelle controversie intentate contro i cambiamenti climatici<sup>59</sup>: il tema delle climate litigations è di recente emersione ed è ancora in via di consolidamento, ma offre validi spazi per essere percorso anche nella direzione auspicata.

Il completamento in questa direzione delle basi del processo di giuridicizzazione delle risorse idriche determinerebbe una presa in carico del bene-acqua nel suo valore giuridico integrale e renderebbe possibile percorrere per intero il cerchio della sostenibilità, senza tagli lineari alle scelte regolatorie vigenti.

sta qui nel preferire, a parità di condizioni, la soluzione più immediata di un problema, che è anche la spiegazione più semplice.

<sup>58</sup> Vedi esplicitamente E. BOSCOLO, *Politiche idriche*, cit., qui 7, il quale, con riferimento ai conflitti maturati all'interno della differenziazione degli usi delle risorse idriche, invoca l'azionabilità delle pretese all'accesso alla risorsa davanti ai TSAP come risposta ad una domanda di giustizia ambientale di settori da cui dipendono interi segmenti economici dello sviluppo del Paese.

<sup>59</sup> Sul tema vedi almeno M. DELSIGNORE, *Il contenzioso climatico dal 2015 ad oggi [Itinerari della giurisprudenza]*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2, 2022, 265; S. VALAGUZZA, *Cambiamenti climatici e responsabilità degli Stati davanti al giudice*

*Nazionale*, in *Dir. Econ.*, num. mon., *Doveri intergenerazionali*, cit., 2021, 97; M. RAMAJOLI, *Il cambiamento climatico tra Green Deal e Climate Change Litigation*, in *Riv. giur. amb.*, 2021, 1, 53.

ROBERTO LEONARDI

LA TUTELA DELL'AMBIENTE E LA CENTRALITÀ  
DEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO  
PER LA TUTELA DEI PRINCIPI DEMOCRATICI

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Riflessione critica sull'art. 17 bis, LPA. – 3. Riflessione propositiva in materia ambientale.

1. *Considerazioni introduttive*

Il tema della tutela dell'ambiente<sup>1</sup> e quello del silenzio<sup>2</sup> sono già di

<sup>1</sup> In materia ambientale la bibliografia è amplissima. Si rinvia a M. IMMORDINO, *Beni culturali e ambiente nelle scelte della Regione Sicilia*, in *Aedon*, n. 1/2003, anche in *Studi economico-giuridici* (vol. LIX, 2001-2002). In memoria di Franco Ledda, I, Torino, 2004; ID., *L'incidenza dell'abusivismo sull'ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, 2002M. CAFAGNO, D. D'ORSOGNA, F. FRACCHIA, *Nozione giuridica di ambiente e visione sistemica*, in *Dir. e proc. amm.*, 2018, 3, 713 ss., e bibliografia *ivi* indicata; A. CROSETTI, R. FERRARA, F. FRACCHIA, N. OLIVETTI RASON, *Introduzione al diritto dell'ambiente*, Bari, 2018; G. ROSSI, a cura di, *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2018; S. GRASSI, *Procedimenti amministrativi e tutela dell'ambiente*, in M.A. SANDULLI, a cura di, *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2018, 1505 ss.; B. CARAVITA, *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2018; P. DELL'ANNO, *Diritto dell'ambiente*, Padova, 2016; ID., *Ambiente (diritto amministrativo)*, in P. DELL'ANNO, R. FERRARA, a cura di, *Trattato di diritto dell'ambiente*, Cedam, I, 2012, 299 ss.; C.E. GALLO, *L'ambiente e le situazioni giuridiche soggettive*, in R. FERRARA, M.A. SANDULLI (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, I, 2014, 399 ss.; M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattivo, comune*, Torino, 2007; N. LUGARESI, a cura di, *Nuovo codice dell'ambiente*, Rimini, 2009; S. NESPOR, A.L. DE CESARIS, a cura di, *Codice dell'ambiente*, Milano, 2009; M. CECCHETTI, *Ambiente, paesaggio e beni culturali*, in *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, a cura di, G. CORSO, V. LOPILATO, Milano, 2006, 310 ss.; F. FONDERICO, *La tutela dell'ambiente*, in *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, II, Milano, 2003, 1521 ss.; ID., *Ambiente (Dir. Amm.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di, S. CASSESE, Milano, 2006, I, 204 ss.; M. IMMORDINO, *La tutela del paesaggio tra riparto di competenza e principio di collaborazione*, in *Foro it.*, 1986; ID., *Commento all'art 1, (L'autorizzazione paesaggistica)*, in M. LIBERTINI (a cura di), *Tutela dell'ambiente: legge 8 agosto 1985, n. 431*, in *Le nuove leggi civili commentate*, n. 5-6/1986; ID., *Commento all'art. 1-bis*, in M. LIBERTINI (a cura di), *Tutela dell'ambiente:*

per sé due temi complessi, frutto di una ormai risalente, ma sempre attuale, analisi dottrinale e giurisprudenziale – in un quadro legislativo multilivello, in continua evoluzione e non sempre chiaro – che negli ultimi decenni ha avuto il compito di dare risposte alle molteplici e diverse criticità che la materia ambientale, da una parte, e il silenzio della pubblica amministrazione, dall'altra, presentavano.

Soffermandoci, almeno per il momento, sull'ambiente, oltre alla sua nota *politicità, dinamicità e tecnicità*, la peculiare *trasversalità* della materia ambientale, e quindi la sua capacità d'incidere su una molteplicità d'interessi, secondo il principio d'integrazione, ha posto, innanzi tutto, il problema della definizione di una nozione giuridica di ambiente e la sua individuazione come materia, configurando, persino, una vera e propria "questione ambientale".

È noto che autorevole dottrina, negli anni in cui ebbe inizio una prima riflessione sistematica e dogmatica su tale tematica, escludeva che

*legge 8 agosto 1985, n. 431, in Le nuove leggi civili commentate, n. 5-6/1986; ID., Commento all'art. 1-ter, in M. LIBERTINI (a cura di), Tutela dell'ambiente: legge 8 agosto 1985, n. 431, in Le nuove leggi civili commentate, n. 5/6/1986; ID., Commento all'art. 1-quinquies, in M. LIBERTINI (a cura di), Tutela dell'ambiente: legge 8 agosto 1985, n. 431, in Le nuove leggi civili commentate, n. 5-6/1986; ID., Commento all'art. 2, in M. LIBERTINI (a cura di), Tutela dell'ambiente: legge 8 agosto 1985, n. 431, in Le nuove leggi civili commentate, n. 5-6/1986; ID., Dal decreto Galasso alla legge 241 del 1985: la tutela del paesaggio tra Stato e regioni, in Riv. giur. urb., 1985.*

<sup>2</sup> Il tema del silenzio è oggetto di una costante ricerca scientifica. Si rinvia a M.A. SANDULLI, *Silenzio assenso e inesauribilità del potere*, intervento del 1 aprile 2022, in corso di pubblicazione; ID., *Gli effetti novità in tema di s.c.i.a, silenzio-assenso e autotutela*, in *www.federalismi.it*, 2015, 17, 1 ss.; ID., *Le novità in tema di silenzio*, in *Il libro dell'anno del diritto 2013*, Roma, 2013, 1 ss.; F. DE LEONARDIS, *Il silenzio-assenso in materia ambientale: considerazioni critiche all'art. 17 bis introdotto dalla cd. Riforma Madia*, in *www.federalismi.it*, 2015, 20, 1 ss.; A. COLAVECCHIO, *L'obbligo di provvedere tempestivamente*, Torino, 2013; E. ZAMPETTI, *Contributo allo studio del comportamento amministrativo*, Torino, 2012; E. BOSCOLO, *Il perimetro del silenzio-assenso tra generalizzazioni, eccezioni per materia e norme previgenti*, in *Urb. app.*, 2009, 457 ss.; V. PARISIO, *I silenzi della pubblica amministrazione*, Milano, 1996; ID., *Silenzio della pubblica amministrazione*, in *Diz. dir. pubbl.*, VI, Milano, 2006, 5557; ID., *Silenzio assenso e richiesta di nulla osta per interventi all'interno del parco alla luce dell'art. 13 della legge 6 dicembre 1991, n. 394*, in *Riv. giur. edil.*, 1992, 2.3, 61 ss.; ID., *Silenzio e procedimento amministrativo in Europa: una comparazione tra diverse esperienze*, Milano, 2006; F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1970; A.M. SANDULLI, *Questioni recenti in tema di silenzio della Pubblica Amministrazione*, in *Foro it.*, 1949, III.

l'ambiente fosse configurabile come una materia e che si potesse pensare a una concezione giuridica unitaria di ambiente, riducendone così la tutela, e la considerava piuttosto "una somma di pluralità di profili giuridicamente rilevanti", evidenziando la stretta correlazione tra l'ambiente e altri interessi di tipo naturalistico, quali il paesaggio e i beni culturali, per fare solo due esempi; ovvero ancora l'ambiente era riconducibile alle diverse forme d'inquinamento e alle tematiche urbanistiche o del territorio in generale.

Nello stesso solco si è mossa la prima giurisprudenza, la quale, pur sostenendo il valore ambientale e la sua rilevanza giuridica a tal punto da farlo diventare da interesse a situazione giuridica soggettiva meritevole di tutela, ha dedotto la garanzia dell'ambiente da quella di altri interessi che già ricevevano tutela da parte dell'ordinamento.

È il caso della prima sentenza in materia ambientale della Corte di Giustizia, 20 febbraio 1979, in causa C - 120/78, la quale "individua una serie di esigenze imperative che possono giustificare restrizioni alla libera circolazione delle merci e fra queste la protezione della salute pubblica".

Così, allo stesso tempo, in ambito nazionale, la tutela dell'ambiente è stata in un primo tempo indirettamente garantita dalla tutela di altri diritti, quali la proprietà e la salute, per poi iniziare a profilarsi come una tutela autonoma con la sentenza della Corte di Cassazione, Sez. Un., 6 ottobre 1979, n. 5172, la quale, sulla base dell'art. 32 Cost., ha sostenuto un vero e proprio diritto alla salubrità dell'ambiente.

Dagli anni '80 in poi l'ambiente ha acquistato sempre più i connotati di una materia, "intesa come insieme omogeneo di competenze giuridiche, di poteri amministrativi, di centri d'imputazione giuridica e di situazioni giuridiche tutelabili" e questo percorso evolutivo è stato il frutto di un contributo articolato e costante proveniente dal diritto internazionale, dal diritto europeo e, non ultimo, dal diritto nazionale.

A quest'ultimo proposito sono rilevanti tre momenti per la definizione della materia ambiente: l'istituzione del Ministero dell'ambiente con la l. n. 349/1986, la cui organizzazione ha dato una sistematicità a quella che prima era una mera sommatoria di interessi; la riforma del Titolo V della Costituzione, ad opera della l. cost. n. 3/2001<sup>3</sup>, che ha

<sup>3</sup> Cfr. M. IMMORDINO, *L'autonomia regionale alla luce del regionalismo differenziato*

esplicitamente inserito l'ambiente nell'ambito della competenza legislativa esclusiva dello Stato e quella concorrente Stato-Regioni, rispettivamente all'art. 117, c. 2, lett. s) e art. 117, c. 3, Cost., e, infine, il d.lgs. n. 152/2006, il cd. Codice dell'ambiente (d'ora in avanti 'Codice'), che ha avuto il merito di tentare di ricondurre a sistema, in specifici settori, una materia la cui frammentazione normativa multilivello costituisce, tuttora, un profilo di forte criticità, come sottolineato in dottrina, sempre oggetto di molteplici direttive e di regolamenti comunitari di settore, di leggi d'attuazione, di decreti ministeriali, di delibere e di circolari interpretative.

Si pensi, a titolo esemplificativo, tra i più recenti e i più rilevanti, al d.lgs. 16 giugno 2017, n. 104, Attuazione della direttiva 2014/52/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, 16 aprile 2014, che modifica la direttiva 2011/92/UE, concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati, ai sensi degli artt. 1 e 14 della l. 9 luglio 2015, n. 114<sup>4</sup>.

Nell'evoluzione della disciplina ambientale<sup>5</sup>, è stato particolarmente importante il contributo, nel cd. diritto costituzionale vivente, della

*nel pensiero di Luciano Vandelli, in Istituzioni del Federalismo, Numero Speciale 2019 • ANNO XL, La scomparsa di un maestro e la sua eredità. In memoria di Luciano Vandelli; R. FERRARA, La 'materia ambiente' nel testo della riforma del Titolo V, in AA.VV., Problemi del federalismo, Milano, 2001, 191 ss.; P. MADDALENA, L'interpretazione dell'art. 117 e dell'art. 118 della Costituzione secondo la recente giurisprudenza costituzionale in tema di tutela e di fruizione dell'ambiente, in Riv. giur. amb., 2011, 6, 735 ss.; ID., L'ambiente: prolegomeni per una sua tutela giuridica, ivi, 2008, 3-4, 523 ss.; G. CORDINI, Principi costituzionali in tema di ambiente e giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, in Riv. giur. amb., 2009, 5, 611 ss.; P. MANTINI, Per una nozione costituzionalmente rilevante di ambiente, ivi, 2006, 2, 207 ss..*

<sup>4</sup> Sul Decreto VIA, cfr. *Impatto ambientale e bilanciamento di interessi. La nuova disciplina della Valutazione di impatto ambientale*, a cura di, R. DIPACE, A. RALLO, A. SCOGNAMIGLIO, Napoli, 2018, *passim*.

<sup>5</sup> M.A. SANDULLI, *Premessa: la crescente attenzione europea per l'ambiente e per lo sviluppo sostenibile (gli esempi dei contratti pubblici e dell'energia)*, in *Impatto ambientale e bilanciamento degli interessi*, a cura di, R. DIPACE, A. RALLO, A. SCOGNAMIGLIO, cit., 11 ss., afferma che "la tutela dell'ambiente, come diritto fondamentale della persona, e l'attenzione per uno sviluppo sostenibile assumono una rilevanza sempre maggiore nel contesto giuridico, sociale ed economico del terzo millennio. Ne è prova tangibile l'inserimento del ciclo di vita tra i criteri di valutazione delle offerte nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici".

Corte costituzionale che, dalla sentenza 28 maggio 1987, n. 210, ha configurato per la prima volta il diritto all'ambiente salubre come diritto della persona e quale interesse di una collettività che incide su un bene unitario comprensivo di tutte le risorse naturali.

La Corte ha, così, osservato che “l'ambiente rappresenta un bene immateriale unitario sebbene abbia varie componenti ciascuna delle quali può costituire, isolatamente e separatamente, oggetto di cura e di tutela, ma tutte nell'insieme riconducibili ad unità”.

Per la Corte, *primarietà del valore costituzionale e ambiente* significa che gli interessi ambientali devono sempre essere presi in considerazione con una rappresentazione compiuta ed esplicita.

Premesso tutto ciò, pare opportuno sottolineare fin da ora, per dare un'indicazione di metodo, che tutti i profili critici attinenti alla materia ambientale non saranno oggetto di questo contributo, il quale, invece, si pone, il precipuo obiettivo di proporre qualche riflessione sull'applicazione legislativa dell'istituto del silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche e tra amministrazioni pubbliche e gestori di beni o servizi pubblici alla tutela dell'interesse ambientale per verificarne la compatibilità con i principi europei e nazionali a tutela dell'ambiente.

Il riferimento è all'art. 17 *bis*, l. 7 agosto 1990, n. 241, *Legge sul procedimento amministrativo e il diritto di accesso ai documenti amministrativi* (d'ora in avanti LPA), inserito dall'art. 3, l. 7 agosto 2015, n. 124, cd. Legge Madia, nel Capo IV della l. n. 241 dedicato alla *Semplificazione dell'azione amministrativa*, il quale ha introdotto quale istituto generale il *silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche e tra amministrazioni pubbliche e gestori di beni o servizi pubblici*<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Per un commento all'art. 17 *bis*, l. n. 241/1990, si rinvia a G. MARI, *Il silenzio assenso tra amministrazioni e tra amministrazioni e gestori di beni o servizi pubblici*, in M.A. SANDULLI, a cura di, *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 853 ss.; P. MARZARO, *Leale collaborazione e raccordo tra amministrazioni; su un principio del sistema a margine delle 'riforme Madia'*, in *Dir e proc. amm.*, 2018, 3, 897 ss.; L. DI GIOVANNI, *Il nuovo silenzio assenso interamministrativo fra esigenze di semplificazione e risvolti applicativi di complessità*, *ivi*, 645 ss.; M. D'ARIENZO, *La parabola della semplificazione procedimentale in materia ambientale*, in *Dir. e proc. amm.*, 2017, 1, 267 ss.; F. APERIO BELLA, *Il silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni*, Relazione al Convegno *I rimedi contro la cattiva amministrazione*, Napoli, 2017; R. DIPACE, *La resistenza degli interessi sensibili nella nuova disciplina della conferenza di servizi*, in *www.federalismi.it*, 2016; M. BOMBARDELLI, *Il silenzio assenso tra amministrazioni e il rischio di eccesso di velocità nelle accelera-*

L'art. 17 *bis*, c. 1 e 2, LPA, dispone che “nei casi in cui è prevista l'acquisizione di assensi, concerti, nulla osta comunque denominati di amministrazioni pubbliche e di gestori di beni o servizi pubblici, per l'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi di competenza di altre amministrazioni pubbliche, le amministrazioni o i gestori competenti comunicano il proprio assenso, concerto o nulla osta entro trenta giorni dal ricevimento dello schema di provvedimento, correlato della relativa documentazione, da parte dell'amministrazione precedente”. Trascorso il termine previsto “senza che sia stato comunicato l'assenso, il concerto o il nulla osta, lo stesso si intende acquisito”<sup>7</sup>.

L'art. 17 *bis*, LPA, si spinge, poi, oltre e al c. 3 prevede che “le disposizioni dei commi 1 e 2 si applicano anche ai casi in cui è prevista l'acquisizione di assensi, concerti o nulla osta comunque denominati di amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini (...)”.

*zioni procedimentali*, in *Urb. e app.*, 2016, 765; G. MANFREDI, *Il tempo è tiranno: l'autotutela nella legge Madia*, *ivi*, 2016, 1, 5 ss.; P. MARZARO, *Silenzio assenso tra Amministrazioni; dimensioni e contenuti di una nuova figura di coordinamento 'orizzontale' all'interno della 'nuova amministrazione' disegnata dal Consiglio di Stato*, in *www.federalismi.it*; E. SCOTTI, *Il silenzio assenso tra amministrazioni*, in A. ROMANO, a cura di, *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 566 ss.; F. DE LEONARDIS, *Il silenzio assenso in materia ambientale*, cit.; M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della l. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche*, cit.; ID., *Postilla editoriale*, cit.; A. BERTI SUMAN, *Il nuovo silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni (art. 17 bis, legge n. 241/1990) doveri di istruttoria e poteri di autotutela*, in *Foro amm.*, 2016, 1657 ss.; G. SCIULLO, *Legge Madia e amministrazione del patrimonio culturale: una prima lettura*, in *www.aedon.it*, 2015, 3.

<sup>7</sup> Sull'art. 17 *bis* si è espresso il Consiglio di Stato, Comm. Spec., parere 13 luglio 2016, n. 1640, sul quale torneremo nel corso della ricerca. Su tale parere, v. C. VITALE, *Il silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni: il parere del Consiglio di Stato*, in *Gior. dir. amm.*, 2017, 1, 95 ss.; P. MARZARO, *Silenzio assenso tra amministrazioni: dimensione e contenuto di una nuova figura di coordinamento orizzontale all'interno della nuova amministrazione disegnata dal Consiglio di Stato*, in *www.federalismi.it*, 2016, 19, 9 ss., in cui si riflette sull'assenza di richiami nell'ambito del parere del Consiglio di Stato alla necessità di intervenire adeguatamente anche sulla organizzazione della pubblica amministrazione, allo scopo di assicurare l'esercizio espresso delle funzioni. In questi termini, v. F. DE LEONARDIS, *Il silenzio assenso in materia ambientale: considerazioni critiche sull'art 17 bis introdotto dalla cd. riforma Madia*, in *www.federalismi.it*, 2015, 15, 1 ss.; critico per la mancata differenziazione degli interessi R. FERRARA, *Lo Stato di diritto fa bene all'economia. Alcune note in margine alla cd. legge Madia in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, 2014, 4.

Gli unici segni di rallentamento della corsa verso la semplificazione dei procedimenti amministrativi ambientali sono rappresentati dal termine entro il quale si forma il silenzio assenso che è esteso dal c. 3 a 90 giorni, ritenuto dalla stessa Corte costituzionale già di per sé elemento a tutela dell'ambiente, e dall'esclusione del silenzio assenso in materia ambientale qualora "disposizioni del diritto dell'Unione europea richiedano l'adozione di provvedimenti espressi".

A queste previsioni si deve, poi, aggiungere quanto disposto, in tema di conferenza di servizi, dal d.lgs. 30 giugno 2016, n. 127, recante *Norme per il riordino della disciplina in materia di conferenza di servizi, in attuazione dell'articolo 2 della legge 7 agosto 2016 n. 124*, che ha modificato gli artt. 14, 14 bis, 14 ter, 14 quater, 14 quinquies, LPA, anche in questo caso con un impatto sulla materia ambientale che verrà analizzato, prevedendo forme di silenzio e di superamento del dissenso provenienti dalle amministrazioni preposte alla tutela dell'interesse ambientale<sup>8</sup>.

In questo modo, la cd. Riforma Madia<sup>9</sup> ha superato il limite oltre il

<sup>8</sup> Si rinvia a G. PAGLIARI, *La conferenza di servizi*, in M.A. SANDULLI, a cura di, *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 704 ss.; G. VESPERINI, *La nuova conferenza di servizi*, in *Gior. dir. amm.*, 2016, 578 ss.; S. BATTINI, a cura di, *La nuova disciplina della conferenza di servizi*, Roma, 2016; L. DE LUCIA, *La conferenza di servizi nel d.lgs. 30 giugno 2016, n. 127*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, 12 ss..

<sup>8</sup> Cfr. M. RAMAJOLI, *A proposito di codificazione e modernizzazione del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2/2016, 347 ss.. L'A. rileva, fra le contraddizioni che contribuiscono al fallimento del progetto di modernizzazione del diritto amministrativo, la circostanza che se da un lato l'ordinamento s'ingegna di accrescere il catalogo degli strumenti giuridici a tutela del singolo contro il silenzio della pubblica amministrazione, dall'altro lato detti strumenti "generano innumerevoli problemi che rendono più tranquillizzante per il privato ricorrere al tradizionale modello provvedimentale espresso". Sull'argomento, con specifica attenzione alle incertezze sul piano processuale, A. ROMEO, *Brevi note in tema di silenzio della p.a. e obbligo di provvedere*, in *Foro amm. - CdS*, 11/2003, 3481 ss..

<sup>9</sup> Per un inquadramento generale della cd. Riforma Madia, v. B.G. MATTARELLA, *Il contesto e gli obiettivi della riforma. La riforma della Pubblica Amministrazione (legge 7 agosto 2015, n. 124)*, in *Gior. dir. amm.*, 2015, 5, 621 ss.; E. FOLLIERI, *La riforma della pubblica amministrazione nella L. 7 agosto 2015, n. 124 ed il ruolo della dottrina*, in *www.giustamm.it*, 11/2015; M. SAVINO, *Le riforme amministrative: la parabola della modernizzazione dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2/2015, 641; M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della legge 7 agosto 2015, n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di*

quale il processo di semplificazione dei procedimenti amministrativi non si era mai spinto, facendo ‘incontrare’ in modo significativo e generalizzato, nel nome di una semplificazione amministrativa funzionale che implica inevitabili *rischi* sotto il profilo dell’impatto sull’ambiente, l’istituto del silenzio assenso e la tutela dell’interesse ambientale. In tal senso, sono state persino introdotte tecniche di superamento semplificato degli ostacoli frapposti da tale interesse nell’ambito di strumenti di coordinamento tradizionalmente impiegati nella materia ambientale, come, appunto, la conferenza di servizi.

Così, nella consolidata tensione procedimentale tra garanzia e pluralismo, da una parte, ed efficienza e celerità, dall’altra, le più recenti norme di riforma del procedimento amministrativo hanno ritenuto prioritaria l’efficienza e il risultato ad ogni costo, in una pericolosa dimensione sempre più economica dei modelli amministrativi, nei quali la semplificazione assume un valore in sé e viene attribuito al fattore tempo un *valore ordinamentale fondamentale*, anche in relazione ai cd. inte-

*s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, in *www.federalismi.it*, 17/2015; D.U. GALETTA, *La trasparenza per un nuovo rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione: un’analisi storico-evolutiva in una prospettiva di diritto comparato ed europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 1019 ss.; F. DE LEONARDIS, *I principi generali dell’azione amministrativa*, in ALB. ROMANO, a cura di, *L’azione amministrativa*, Torino 2016, 2 ss.; S. FOÀ, *La nuova trasparenza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2017, 65 ss..

Secondo una parte della dottrina, con la Riforma Madia, il legislatore ha introdotto i rimedi sbagliati per affrontare l’inefficienza dalla pubblica amministrazione, la quale richiederebbe maggiori responsabilità e più controlli, e non la riduzione del potere discrezionale attraverso l’inserimento di automatismi “sia nella organizzazione (vedi rotazione obbligatoria dei dirigenti e del personale) che nel processo decisionale (come il valore endo e eso-procedimentale del silenzio, reso equivalente all’assenso o alla stessa determinazione finale)”.

In questi termini, v. M. CAMMELLI, *Pubblica amministrazione: domande forti, risposte deboli*, in *Astrid Rassegna* – n. 5/2017, secondo il quale “l’idea di “amministrare senza amministrazione” può concretizzarsi o attraverso la sostituzione del legislatore alla PA, con misure concrete adottate in veste legislativa (leggi provvedimento) o con dispositivi autoapplicativi, la cui operatività cioè è affidata ad automatismi (zero discrezionalità amministrativa) o spostata direttamente all’esterno e alle condotte dei destinatari delle misure o attraverso la banalizzazione degli apparati in chiave difensiva, in base al tacito ma inequivocabile principio secondo il quale se proprio non si può evitare la PA, si deve cercare almeno di renderla innocua”.

Favorevole alla *Riforma* E. GIARDINO, *L’individuazione, la semplificazione e l’accelerazione dei procedimenti*, in *Gior. dir. amm.*, 1/2017.

ressi sensibili, tra cui l'ambiente, quale bene a protezione costituzionale necessaria.

Semplificando gli strumenti di coordinamento, emerge in tutta la sua criticità il tema della compressione della tutela ambientale e, più in generale, il limite oltre il quale non dovrebbe mai spingersi la semplificazione procedimentale, la quale, da *mezzo* quale è, diventa *fine* solo per mal celare dietro a forme di silenzio assenso o dietro a istituti di 'pseudoliberalizzazione' la ormai fisiologica complessità e inefficienza dell'organizzazione amministrativa<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> Sul tema, v. M. IMMORDINO, *Codificazione, semplificazione, qualità delle regole e certezza del diritto*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Atti del Convegno di Roma, su "Codificazione, semplificazione e qualità delle regole"*, Milano, 2005; M. RENNA, *Semplificazione e ambiente*, in *Riv. giur. edil.*, 2008, I, 37 ss.; ID., *Le semplificazioni amministrative (nel decreto legislativo n. 152 del 2006)*, in *Riv. giur. amb.*, 2009, 5, 649 ss..

Sul tema già da tempo E. CASSETTA, *Le difficoltà di semplificare*, in *Dir. amm.*, 1998, 3-4, 335 ss., affermava che "non tutti gli interessi tollerano una disciplina procedimentale semplificata, non potendosi rinunciare a una corretta ponderazione di valori in relazione a interessi quali l'ambiente, il paesaggio, il territorio, la salute ecc.

Cfr., altresì, M. IMMORDINO, *La difficile attuazione degli istituti di semplificazione documentale. Il caso dell'autocertificazione*, in *Nuove Autonomie*, numero monografico sul tema "*Semplificazione normativa e amministrativa*", n. 3/2008; P. LAZZARA, *Il principio di semplificazione del procedimento*, in M. RENNA, F. SAITTA, a cura di, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 533 ss.; M. CALABRÒ, *Semplificazione procedimentale e esigenze di tutela dell'ambiente: l'autorizzazione integrata ambientale*, in *Riv. giur. edil.*, 2010, 239 ss.; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2002; M.A. SANDULLI, *Semplificazione e garanzia: due strade talvolta confliggenti*, in *Scritti in onore di E. Casetta*, Napoli, 2001, II, 588 ss.; R. FERRARA, *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla 'libertà dall'amministrazione' alla libertà dell'amministrazione?*, in *Dir. e soc.*, 2000, 101 ss.; ID., *Le complicazioni della semplificazione amministrativa: verso un'amministrazione senza qualità?*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 323 ss..

Inoltre, v. F. MERUSI, *La semplificazione: problema legislativo o amministrativo?*, in *Nuove autonomie*, 2008, 3-4, 335 ss.; M.R. SPASIANO, *La semplificazione amministrativa e le garanzie di effettività dell'esercizio del potere pubblico*, in *Foro amm.-TAR*, 2010, 3041 ss., il quale in modo del tutto condivisibile osserva che "il processo di semplificazione non si deve esprimere in termini di mera accelerazione delle procedure, ma puntare invece alla implementazione delle stesse in uno schema di incentivazione dell'amministrazione al conseguimento responsabile del risultato giuridico. Siffatta operazione, pertanto, non implica tagli di garanzie in ragione e in vista della maggiore agilità delle procedure, quanto predisposizione di regole semplici e chiare e strumenti efficaci, la cui applicazione abbia luogo in tempi certi, pena la sanzione (reale e certa)

Con la conseguenza di correre il *rischio amministrativo* che, nell'intento di accelerare i tempi di conclusione dei procedimenti e di superare gli effetti paralizzanti delle inerzie delle amministrazioni a cui sia stato chiesto un assenso comunque denominato, si sacrificano, in modo del tutto ingiustificato e irragionevole, i contributi istruttori e l'esame dei dati fattuali nell'ambito di procedimenti amministrativi a tutela di interessi a rilevanza costituzionale.

Orbene, partendo da questa premessa, dall'analisi delle norme e sulla base delle prime posizioni della dottrina e in attesa di significativi arresti giurisprudenziali, pare di poter sollevare alcune questioni sulle quali vanno a impattare le nuove previsioni legislative.

Ci si domanda, innanzi tutto, se l'art. 17 *bis*, LPA, sia conforme all'ordinamento europeo e ai suoi consolidati principi in materia ambientale che troviamo codificati agli artt. 191 ss. del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, d'ora in avanti 'TFUE', (principi di prevenzione, di precauzione, del bilanciamento, dell'integrazione, dello sviluppo sostenibile, del 'chi inquina paga', della correzione dei danni alla fonte, della partecipazione e dell'informazione) e agli artt. 3 *bis* e seguenti del Codice. Ci si domanda, ancora, se l'art. 17 *bis* sia conforme all'ordinamento nazionale e ai suoi principi costituzionali e non (principi dell'imparzialità e del buon andamento, della doverosità e della solidarietà, dell'uguaglianza, della ragionevolezza e della proporzionalità, della responsabilità e della unicità, della competenza e della leale collaborazione) e, più in generale, se esso sia compatibile con i principi dell'etica pubblica, come pare emergere anche dall'art. 3 *quater*, c. 3, del Codice.

dell'amministrazione inadempiente (...). Né, sotto altro profilo, il sacrificio invece della garanzia dell'effettività dell'esercizio dell'azione amministrativa, 'immolata' in nome di una non corretta interpretazione della esigenza di semplificazione, può ritenersi compensata dagli inadeguati e persino ingiustificati meccanismi risarcitori, in ordine ai quali appare davvero difficile discostarsi da un profondo sentimento di inappagamento in termini di tutela sostanziale degli interessi. Pertanto, la semplificazione non è un fine, bensì un mezzo, uno strumento attraverso il quale garantire una più agevole tutela delle pretese del cittadino in una loro soddisfazione giuridica (che non necessariamente implica quella materiale".

Ci si domanda, ancora, se l'art. 17 *bis*, LPA, sia coerente con i principi espressi in materia ambientale dalla Corte di Giustizia UE, dalla CEDU e dalla nostra Corte costituzionale, le quali, in modo ormai pacifico, pur non escludendo a priori specifiche e ben definite forme di silenzio assenso in materia ambientale, hanno comunque sottolineato l'importanza di adottare provvedimenti espressi nei procedimenti amministrativi ambientali, spesso complessi o compositi a tutela dell'ambiente, caratterizzati da un'adeguata e completa istruttoria e conclusi con provvedimenti adeguatamente motivati in punto di fatto e di diritto, come emerge dalla stessa previsione dell'art. 17 *bis*, c. 4, LPA. Sul tema si tornerà in seguito, ma pare opportuno sottolineare fin da ora come sia il giudice europeo, sia la Corte costituzionale abbiano ritenuto necessaria l'adozione di provvedimenti espressi a tutela dell'interesse ambientale, non escludendo, allo stesso tempo, l'utilizzo del silenzio assenso come strumento di semplificazione "in riferimento ad attività amministrative nelle quali sia pressoché assente il tasso di discrezionalità", circostanza, invero, del tutto residuale in materia ambientale. È bene, tuttavia, precisare che sia la giurisprudenza europea, sia quella nazionale hanno fatto riferimento alla formazione del silenzio assenso, per lo più escludendolo, nei procedimenti amministrativi caratterizzati da un rapporto procedimentale che vede come parti necessarie l'amministrazione e il privato, ai sensi dell'art. 20, c. 4, LPA, senza avere mai a oggetto l'applicazione del silenzio assenso nei rapporti tra amministrazioni pubbliche o tra amministrazioni e gestori di beni o servizi pubblici, come oggi disciplinato dall'art. 17 *bis*, LPA<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> Sul tema, tra le prime pronunce, v. Corte di Giustizia CE, 28 febbraio 1991, in causa C-360/87; Id., 6 novembre 2008, n. 381; Corte cost., 27 aprile 1993, n. 194; Id., 1 luglio 1992, n. 306; Id., 13 novembre 1992, n. 437, tutte in *www.giurcost.it*.

In dottrina, v. G. VESPERINI, *Celerità dell'azione amministrativa, tutela degli interessi ambientali e regole di utilizzazione del silenzio-assenso*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, 901 ss.; E. BOSCOLO, *Il perimetro del silenzio-assenso tra generalizzazioni, eccezioni per materia e norme previgenti*, in *Urb. app.*, 2009, 457ss.; L. CARBONE, L. LO MEO, *Ipotesi eccezionali dell'istituto del silenzio-assenso in materia ambientale*, in *Gior. dir. amm.*, 2009, 300 ss.; P. MADDALENA, *La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza costituzionale*, *ivi*, 2010, 307 ss.; ID., *La giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di tutela e fruizione dell'ambiente e le novità sul concetto di "materia", sul concorso di più competenze sullo stesso oggetto e sul concorso di materie*, in *Riv. giur. amb.*, 2010, 5, 685 ss..

Per la distinzione fra silenzio procedimentale e silenzio provvedimentale, B.E. TO-

Per questo motivo, ci si chiede se oggi sia legittima o non produca, invece, una disparità di trattamento, la diversa applicazione del silenzio assenso a seconda del tipo di rapporto amministrativo, verticale ovvero orizzontale, tra amministrazioni o tra amministrazione e privato, pur dovendo perseguire in entrambi i casi la migliore tutela dell'ambiente, obiettivo che prescinde dalla tipologia soggettiva delle parti procedurali, ed espressamente oggi inserita agli artt. 9 e 41 Cost., ad opera della l. cost. 11 febbraio 2022, n. 1<sup>12</sup>. Questo anche a seguito di un or-

NOLETTI, *Silenzio della Pubblica Amministrazione*, in *Dig. pubbl.*, 1999, 174. Più in generale sul silenzio assenso, *ex multis*, V. CERULLI IRELLI, *Modelli procedurali alternativi in tema di autorizzazioni*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 55 ss.; M. D'ORSOGNA, R. LOMBARDI, *Il silenzio assenso*, in M.A. SANDULLI, a cura di, *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2018, 801; L. GIANI, *Articolo 20*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO, a cura di, *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005, 411 ss.; W. GIULIETTI, *Silenzio-assenso*, in A. BARTOLINI, S. FANTINI, G. FERRARI, a cura di, *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma, 2010, 485; P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte. Dalla disciplina generale sul procedimento (l. 241/90) alla direttiva servizi (2006/123/CE)*, Napoli, 2008; M.A. SANDULLI, *L'istituto del silenzio assenso tra semplificazione e incertezza*, in *Nuove Autonomie*, 2012, 454; ID., *Gli effetti diretti della L. 7 agosto 2015, n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di scia, silenzio assenso e autotutela*, cit.; E. SCOTTI, *Silenzio assenso*, in ALB. ROMANO, a cura di, *L'azione amministrativa*, cit., 662; M. RENNA, *La semplificazione amministrativa (nel decreto legislativo 152/2006)*, in *Riv. giur. amb.*, 2009, 649; G. VESPERINI, *Celerità dell'azione amministrativa, tutela degli interessi ambientali e regole di utilizzazione del silenzio assenso*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, 901 ss..

In generale, sull'istituto del silenzio, M. RENNA, F. FIGORILLI, voce *Silenzio della pubblica amministrazione*, in *Enc. Giur.*, Agg., Roma, 2009; V. PARISIO, *I silenzi della pubblica amministrazione*, Milano, 1996; F.G. COCCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971.

<sup>12</sup> Sul tema v. F. DE LEONARDIS, *L'ambiente tra i principi fondamentali della Costituzione*, in *www.federalismi.it*, 2004; S. NESPOR, B. CARAVITA DI TORITTO, *Il diritto costituzionale dell'ambiente*, in *Codice dell'ambiente*, a cura di, S. NESPOR, A.L. DE CESARIS, Milano, 2009, 99 ss., Agg. 2011, e dottrina e giurisprudenza *ivi* citata.

Sulla recente riforma costituzionale, si rinvia a R. MONTALDO, *La tutela costituzionale dell'ambiente nella modifica degli artt. 9 e 41 Cost.: una riforma opportuna e necessaria?*, in *www.federalismi.it*, 5/2022; A. CIOFFI, R. FERRARA, *Ambiente e Costituzione*, in *www.giustiziainsieme.it*; L. CASSETTI, *Riformare l'art. 41 della Costituzione: alla ricerca di nuovi equilibri tra iniziativa economica privata e ambiente*, in *www.federalismi.it*; R. CABAZZI, *Dalla "contrapposizione" alla "armonizzazione"? Ambiente ed iniziativa economica nella riforma (della assiologia) costituzionale*, in *www.federalismi.it*, 3/2022; M. SCIASCIA, *Riforma in itinere degli artt. 9 e 41 della costituzione: l'habitat umano quale bene*

mai consolidato orientamento giurisprudenziale che tende alla oggettivizzazione della responsabilità per danno ambientale come prova della oggettiva superiorità valoriale della tutela dell'ambiente a prescindere da qualsiasi elemento soggettivo, sostituendo un sistema ambientale antropocentrico con uno ecocentrico. Il suddetto orientamento giurisprudenziale, che si ritiene di condividere, è stato da ultimo confermato dalla pronuncia del Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 23 ottobre 2019, n. 10, in tema di responsabilità e di obblighi di bonifica dei siti inquinati.

Ancora ci si domanda se l'art. 17 *bis*, LPA, sia coerente con le altre disposizioni della l. n. 241/1990 in materia ambientale, quali l'art. 16 in tema di pareri, l'art. 17 sulle valutazioni tecniche e l'art. 20, c. 4, in tema di silenzio assenso nei procedimenti ad istanza di parte e, più in generale, se il silenzio assenso sia compatibile con la doverosità, e relativa responsabilità, del provvedere mediante procedimenti e provvedimenti espressi quanto più elevata sia la discrezionalità, per lo più tecnica, dell'amministrazione nella tutela d'interessi che sono sensibili anche per la forte complessità delle conoscenze tecnico-scientifiche che li caratterizza, e non per una aprioristica e ideologica definizione costituzionale.

Ci si chiede, infine, quale impatto potrà avere l'art. 17 *bis*, LPA, con la generalizzazione del silenzio assenso tra amministrazioni anche in materia ambientale, su tutte le disposizioni del Codice, al cui interno si trovano, escluse le previsioni di conferenze di servizi obbligatorie, diverse previsioni di intese, di concerti e in generale di assensi comunque denominati tra amministrazioni, per lo più Ministeri, guidati dal principio della competenza e della leale collaborazione istituzionale, principi, tra l'altro, più volte citati dallo stesso Codice, e che l'art. 17 *bis*, LPA) pare avere automaticamente trasformato in silenzio assenso in caso d'inerzia, sostituendo così la *compatibilità* delle decisioni ambientali con la *conformità*.

Tanto più che l'art. 3 *ter* del Codice dispone che “la tutela dell'ambiente e degli ecosistemi naturali e del patrimonio culturale deve essere garantita da *tutti* gli enti pubblici (...)”.

L'impatto dell'art. 17 *bis*, LPA, è significativo sulle disposizioni del Codice, il quale, per limitarsi in questo momento alle finalità espresse e ai suoi principi ispiratori, dispone all'art. 2, c. 1, che il Codice "(...) ha come obiettivo primario la promozione dei livelli di qualità della vita umana, da realizzare attraverso la salvaguardia e il miglioramento delle condizioni dell'ambiente e l'utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali". Per tali finalità, c. 2, il medesimo Codice attua un coordinamento e una integrazione delle disposizioni in materia ambientale "(...) nel rispetto degli obblighi internazionali, dell'ordinamento comunitario, delle attribuzioni delle regioni e degli enti locali".

Proprio in riferimento all'ordinamento comunitario, ai sensi dell'art. 3 *ter* del Codice, "la tutela dell'ambiente e degli ecosistemi naturali e del patrimonio culturale deve essere garantita da tutti gli enti pubblici e privati e dalle risorse fisiche e giuridiche pubbliche o private, mediante *un'adeguata azione che sia informata ai principi della precauzione, dell'azione preventiva, della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché al principio 'chi inquina paga' che, ai sensi dell'art. 174, c. 2, Trattato delle unioni europee, regolano la politica in materia ambientale*" (corsivo nostro). Principi che, ai sensi dell'art. 3 *bis*, "costituiscono i principi generali in tema di tutela dell'ambiente, adottati in attuazione degli articoli 2, 3, 9, 32, 41, 42, 44, 117, c. 1 e 3 della Costituzione e nel rispetto degli obblighi internazionali e del diritto comunitario" e anche se modificati e derogati in modo espresso per legge, l'ordinamento nazionale deve pur sempre rispettare il diritto europeo, gli obblighi internazionali e le competenze delle regioni e degli enti locali.

In definitiva, da una prima lettura delle norme, per le decisioni amministrative in materia ambientale, la *compiuta ed esplicita rappresentazione* degli interessi primari nelle procedure decisionali necessita che, nello svolgimento del procedimento, questi interessi vengano acquisiti in sede istruttoria, valutando tutti gli elementi di fatto che li connotano, con una considerazione oggettiva di tutti gli interessi coinvolti.

Se partiamo da questo postulato, la doverosità della *compiuta ed esplicita rappresentazione* degli interessi in sede istruttoria si pone in contrasto con la previsione del silenzio assenso dell'art. 17 *bis*, che non può essere considerato equipollente ad una esplicita valutazione

dello *schema di provvedimento* da parte dell'amministrazione preposta alla cura dell'interesse sensibile.

Una doverosità che, allo stesso tempo e tradizionalmente, è garantita da altri istituti previsti dalla stessa l. n. 241/1990, come ad esempio i pareri (art. 16), le valutazioni tecniche (art. 17), la s.c.i.a. (art. 19) e il silenzio assenso nei procedimenti ad istanza di parte (art. 20). In questi casi si è deciso, opportunamente, di muoversi con cautela nel procedimento di accelerazione procedimentale, impedendo che l'inerzia delle amministrazioni, pur configurandosi come comportamento paralizzante l'azione amministrativa, possa comportare il sacrificio della ricchezza istruttoria delle procedure coinvolgenti interessi di rilievo costituzionale, quali gli interessi sensibili.

L'attualità delle questioni fin qui poste va anche contestualizzata in riferimento all'emergenza sanitaria in corso dovuta alla pandemia causata dal *Covid-19* (il cd. coronavirus), che dall'inizio dell'anno sta interessando, con effetti preoccupanti, tutto il mondo, e in modo particolare l'Italia. La necessità di far fronte alla massiccia epidemia ha reso impossibile garantire in molti casi anche i livelli minimi (non quelli essenziali) di prestazioni sociali la cui esigibilità era considerata ormai scontata e ha messo a dura prova i sistemi sanitari regionali, già resi più fragili dai tagli lineari degli ultimi anni.

L'emergenza ha messo in discussione e in tensione i processi decisionali pubblici, soprattutto in riferimento ai rapporti tra Stato e Regioni; ha inciso sull'assetto delle fonti, ponendo interrogativi tanto sul rapporto fra le misure emergenziali assunte e gli atti normativi che le hanno previste, quanto sulla definizione e sul mantenimento delle attribuzioni e delle competenze degli enti e degli organi che le hanno adottate e ciò, soprattutto, in relazione alle limitazioni di libertà fondamentali, nonché alla previsione di reati, come previsto dalla massiccia decretazione d'urgenza di queste ultime settimane.

Per altro verso, il bisogno di dare risposte immediate e di garantire continuità ha richiesto una riorganizzazione repentina di rilevanti servizi pubblici nazionali, *in primis* quello sanitario, ma anche settori, come ad esempio l'istruzione, che è stato improvvisamente costretto a fare ricorso alla cd. didattica a distanza. L'emergenza sanitaria determinata dal cd. coronavirus ha inciso in molti casi sulle modalità del rapporto fra strutture pubbliche e private, ha evidenzia-

to la imprescindibilità, ma anche la problematicità dell'uso della tecnologia, modificando il paradigma della relazione fra utenti ed erogatori; ha dato vita anche a forme inedite di solidarietà. Inoltre, l'impotenza e la drammaticità dell'epidemia e la sua progressiva e rapida diffusione in tutti i Paesi membri dell'UE ha messo in evidenza la lentezza, l'insufficienza e la farraginosità dell'intervento delle Istituzioni europee e della loro funzione di coordinamento.

In ultima analisi, l'emergenza pone interrogativi di fondo sulle deroghe alle regole ordinarie di funzionamento del sistema democratico, sulla loro misura e inevitabilità, sulla loro forza di mutamento di equilibri costituzionali, istituzionali e amministrativi ormai assestati e ci ha, altresì, costretti a riflettere sull'equilibrio tra diritti individuali e bisogni collettivi, in termini fino ad ora inusuali.

Orbene, in definitiva, la pandemia in atto, per restringere il nostro *focus*, solleva con maggiore forza i dubbi sull'adeguatezza di strumenti come il silenzio assenso nelle procedure decisionali a tutela degli interessi sensibili, tra cui si rinviene, oltre all'ambiente, anche il diritto alla salute. La tutela della salute, soprattutto in siffatte situazioni emergenziali e negli affanni di una scienza impreparata e incerta dinanzi a eventi del tutto inattesi e imprevedibili, non può che passare da provvedimenti espressi, adeguatamente ponderati e motivati, in relazione alle restrizioni che comportano significative ricadute sociali ed economiche.

Il presente saggio, muovendosi in tale contesto attuale, tenterà di dare, quindi, una risposta alle questioni sinora evidenziate e cercherà, altresì, di suggerire percorsi alternativi ritenuti maggiormente conformi ai principi europei e costituzionali nella strada della semplificazione ambientale. In riferimento alla tutela dell'ambiente, invero, la semplificazione costituisce un falso problema, o forse un problema solo mal posto. Ad avviso di chi scrive, è invece auspicabile, in questa materia, una preliminare e significativa semplificazione organizzativa, nel senso di una vera e propria riorganizzazione amministrativa, in luogo di quella meramente procedimentale e funzionale, i cui confini e limiti appaiono così incerti e astratti da farla apparire spesso solo un'alchimia.

Una tale riorganizzazione amministrativa e una nuova concezione dell'ambiente hanno richiesto, come da tempo sostenuto e solo di recente attuato, un quadro costituzionale modificato, che collocasse la materia della tutela ambientale, quantomeno insieme ai suoi principi

fondamentali di derivazione europea, già nelle disposizioni della Carta fondamentale, introducendo una *Costituzione ambientale*, sulla scia dell'esempio fornito da altre Costituzioni internazionali. In estrema sintesi, con la l. cost. n. 1/2022 è stato aggiunto un nuovo comma all'art. 9 che, nella versione attuale, fa menzione del paesaggio e del patrimonio storico-artistico senza citare espressamente l'ambiente. Con tale riforma, “*la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni*” viene inserita tra i principi fondamentali dalla Carta costituzionale. Inoltre, si rinvia al legislatore per stabilire i modi e le forme di tutela degli animali. Infine, in materia di iniziativa economica privata, la norma esistente (art. 41 Cost.) viene integrata prevedendo che tale attività non possa svolgersi in modo da recare danno alla salute e all'ambiente.

Tale riforma era auspicabile da tempo, perché si è sempre ritenuto, infatti, che se l'ambiente è diventato, già a partire dalla sentenza della Corte cost. n. 151/1986, da ‘materia’ a ‘valore’, sottolineandone la primarietà del valore costituzionale, allo stesso tempo, non poteva mancare, in questo approccio valoriale e non più solo materiale, in un rinnovato sistema ecocentrico e non più solo antropocentrico, un'articolata e ben definita previsione, tra i principi fondamentali della Costituzione, dei principi europei in materia ambientale – se pur riassunti nella previsione di una *tutela ambientale, della biodiversità e degli ecosistemi* - che fino a poco tempo fa trovavamo, invece, solo nelle previsioni di una fonte primaria, il d.lgs. n. 152/2006, artt. 3 *ter* e seguenti, o in modo meno formale, in un più ampio ordinamento costituzionale, ma non nella Costituzione formale.

Invece, a livello costituzionale, l'ambiente, pur dopo un percorso evolutivo di rilievo anche sotto il profilo della tutela, ha per troppo trovato un fondamento solo nelle poche norme, se pur apprezzabili nella novità e nell'intento, del Titolo V della Costituzione, come modificato dalla l. cost. n. 3/2001, punto di arrivo di uno sviluppo giurisprudenziale già molto ampio e consolidato; o ancora in via mediata e con non poche forzature, nell'ancoraggio dell'ambiente alla tutela di altri diritti, quali il paesaggio o la salute, per fare solo due esempi.

Questa lunga assenza pare abbia indebolito nel tempo un valore, per lo più di provenienza giurisprudenziale, e più nello specifico, costituzionale, come sintomo di una non accettabile rinuncia (politica) nel

prendere una posizione netta nei riguardi dell'ambiente, anche se parte della dottrina non ne ritiene la necessità e pare propendere invece per una legge organica di principi, in luogo di un inserimento formale in Costituzione.

Pur non escludendo l'esigenza di una legge organica di dettaglio sui principi ambientali, tuttavia, si è sempre ritenuto di condividere quanto affermato in dottrina, secondo la quale "ai valori bisogna prestare adesione, non osservanza, come alle regole. Adesione significa prendere una posizione politica e sociale nei confronti dei valori perché i valori ci costringono a fare delle scelte in alcune situazioni in cui essi si pongono e allora non è un caso che nella nostra Costituzione, anche se c'è un dibattito a livello della giurisprudenza costituzionale, non ci sia ancora una disposizione testualmente esplicita sul valore ambiente". Si è sempre ritenuto che l'assenza dei principi europei in materia ambientale nella Costituzione formale fosse il presupposto negativo della porosità di un sistema che lasciasse passare, così, interventi legislativi contrari ai principi introdotti proprio a tutela dell'ambiente, 'giustificati' dalla necessità di semplificare anche la materia ambientale per garantire il rispetto del principio costituzionale del buon andamento, *ex art. 97 Cost.*. Si anticipa di non condividere l'idea secondo la quale la semplificazione dell'azione amministrativa non può non riguardare anche i procedimenti amministrativi in materie sensibili. Si è ben consapevoli, infatti, che il dovere di semplificazione si fonda sul criterio di efficienza dell'attività dell'amministrazione, di cui all'art. 97 Cost.; ma si vuole, di contro, rappresentare che vi sia un vero e proprio *rischio di semplificazione*, che si finge di non valutare, ma che andrebbe invero ben valutato e ponderato prima di effettuare scelte legislative volte a superare schemi ordinari nella tutela dell'ambiente che traggono origine dall'esigenza di bilanciamento di tutti i principi europei e costituzionali *in subiecta materia* e che trovano solo nel procedimento amministrativo ambientale la *giusta* sede del loro bilanciamento.

Proprio perché si ritiene, in linea con un orientamento dottrinale più generale, che il diritto dell'ambiente sia sempre più un diritto 'liquido'<sup>13</sup>, per la continua evoluzione tecnico-scientifica e per la dinami-

<sup>13</sup> Z. BAUMAN, *Liquid life*, Cambridge, 2005, trad. it., M. CUPELLARO, Bari, 2008, 7 ss., afferma che "una società può essere definita 'liquido-moderna' se le situazioni in cui agiscono gli uomini si modificano prima che i loro modi di agire riescano a consolidarsi

tà intrinseca alla materia ambiente, e sia un diritto per principi che devono guidare a monte qualunque scelta di politica legislativa e devono ricondurre a sistema una materia sempre più complessa, frammentata e politicamente strumentalizzata, da questi principi, per lo più di deriva-

in abitudini e procedure. In una società liquido moderna gli individui non possono concretizzare i propri risultati in beni duraturi: in un attimo, infatti, le attività si traducono in passività e le capacità in incapacità. La vita liquida è, insomma, una vita precaria, vissuta in condizioni di continua incertezza. La vita nella società liquido-moderna non può mai fermarsi. Deve modernizzarsi (leggi: continuare a spogliarsi quotidianamente di attributi giunti alla propria data di scadenza e a smontare/togliere le identità di volta in volta montate/indossate) o perire”.

In dottrina, M.A. SANDULLI, *Introduzione. Il ruolo dei principi nel diritto amministrativo*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2015, 1 ss., ha sottolineato “l'importanza che assumono, nel nostro sistema di diritto amministrativo, i principi che informano la materia e la rilevanza, tanto sul piano teorico che sul piano pratico, del relativo approfondimento. A fronte di un quadro normativo estremamente complesso e mutevole, oltre che spesso oscuro e contraddittorio, i principi costituiscono un essenziale collante della legislazione di settore e un faro indispensabile per un logico e coerente orientamento tra le diverse disposizioni e per una consapevole ed efficace contestazione dei vizi che, a vario titolo, possono inficiare l'operato dei pubblici poteri e, a livello più alto, le stesse regole che dovrebbero disciplinarlo”.

P.L. PORTALURI, *Autorizzazioni ambientali: tipologie e principi*, in R. FERRARA, M.A. SANDULLI, *Trattato*, cit., Vol. II, S. GRASSI, M.A. SANDULLI, *I procedimenti amministrativi per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2014, 46, osserva che “dai principi di prevenzione e di precauzione discende il carattere espresso degli assenti ambientali, per i quali non è di regola ammessa la formazione per *silentium*”.

Cfr., inoltre, M. BROCCA, *Interessi ambientali e decisioni amministrative*, Torino, 2018, *passim*; L. PINESCHI, *I principi del diritto internazionale dell'ambiente: dal divieto di inquinamento transfrontaliero alla tutela dell'ambiente come common concern*, in *Le politiche ambientali, lo sviluppo sostenibile e il danno*, R. FERRARA, C.E. GALLO, a cura di, cit., 93 ss.; O. PORCHIA, *Le politiche dell'Unione europea in materia ambientale*, *ivi*, 153 ss.; M. RENNA, F. SAIITA, a cura di, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, cit., *passim*; R. FERRARA, *I principi comunitari della tutela dell'ambiente*, in *Dir. amm.*, 2005, 551; ID., a cura di, *La tutela dell'ambiente*, Torino, 2006, 32 ss.; D. AMIRANTE, *Diritto ambientale italiano e comparato. Principi*, Napoli, 2003, 20; ID., *I principi comunitari di “gestione dell'ambiente” e il diritto italiano: prime note per un dibattito*, in *Dir. gest. amb.*, 2001, 7 ss.; G. ACQUARONE, *I principi delle politiche pubbliche per la tutela dell'ambiente*, Torino, 2003, *passim*; F. FONDERICO, *La tutela dell'ambiente*, in S. CASSESE, a cura di, *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, II, Milano, 2003, 2015 ss.; M. CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2000, *passim*.

zione europea, si ritiene di dovere partire per contribuire a una riflessione più chiara ed esaustiva possibile. Essi sono fondamentali per l'interpretazione dell'intera materia ambientale e per fungere da freno nel superamento delle tradizionali categorie dell'ordinamento. La dimensione etica, la dimensione scientifica e la dimensione di corresponsabilità multilivello che caratterizzano il concetto relazionale di ambiente non possono non implicare l'individuazione di soluzioni e scelte di livello costituzionale, perché la complessità dei problemi si risolve con l'individuazione dei principi che devono guidare il metodo per affrontarli e le Costituzioni costituiscono la sede primaria in cui tali principi possono (e devono) essere recepiti e definiti.

## 2. *Riflessione critica sull'art. 17 bis, LPA*

Un maestro del diritto amministrativo, Feliciano Benvenuti, osservava che “il tema dell'ambiente è semplicemente affascinante se si voglia studiare il diritto non nella sua staticità, ma in quella dinamicità che ne costituisce l'essenza e il valore”<sup>14</sup>.

In effetti, il diritto dell'ambiente mette in discussione i capisaldi del nostro pensare giuridico e una ricerca in questa materia si presta a successivi e continui ‘spacchettamenti’ in un quadro normativo e giurisprudenziale che pare ancora un mosaico complesso e con i pezzi non del tutto in ordine, con una consequenziale tutela dell'interesse ambientale non sempre coerente e omogenea, costretta, oggi, a emergere e a districarsi, a fatica, tra procedimenti, dissensi e silenzi.

Per queste ragioni, le considerazioni che seguono, sia critiche che propositive, sono da considerarsi *non* conclusive, perché potranno essere ripensate e sottoposte a nuove riflessioni, per la dinamicità stessa della materia ambientale, per la continua stratificazione legislativa e normativa, sia europea che nazionale, e per gli orientamenti giurisprudenziali che nel tempo si andranno a consolidare, il tutto inserito in un costante e vivace dibattito dottrinale.

<sup>14</sup> F. BENVENUTI, *Studi dedicati all'ambiente*, in *Arc. giur.*, 1982, 3-6, 255.

Proprio in riferimento a questa dinamicità e fluidità della materia ambientale, a ulteriore prova di quanto appena detto, nel pieno della stesura di questa ricerca, il mondo è stato interessato da una improvvisa e drammatica emergenza pandemica sanitaria dovuta al Covid-19 che ha rimesso al centro dell'attenzione anche della dottrina giuridica, in tutte le sue declinazioni, da una parte, questioni di certo non nuove, quali l'incertezza scientifica, l'ignoto tecnologico e la consapevolezza dell'esistenza di una società del rischio e, dall'altra, ha posto il problema del ruolo e della capacità dell'organo politico, nella sua attività di indirizzo politico-amministrativo, e di quello dell'amministrazione, nella sua attività di gestione concreta dell'interesse pubblico, nell'emergenza. In tale contesto, sono emersi, con estrema e ulteriore evidenza, la pericolosità, il limite intrinseco e, in definitiva, l'inapplicabilità oggettiva di istituti, tra i quali il silenzio assenso, in una situazione emergenziale come quella in atto, mettendo ancora di più in crisi il principio di legalità. Ma anche a prescindere da una situazione emergenziale, la salute e l'ambiente, in modo particolare, s'interfacciano e, in qualche modo, convivono con il concetto di rischio e la nozione d'incertezza scientifica e questo fatto, già di per sé, proprio in applicazione dei principi di precauzione e di prevenzione, dovrebbe escludere, almeno in queste materie, qualunque forma generalizzata e tipizzata d'inerzia significativa che, in definitiva, diventa solo una scelta irresponsabile di non decidere.

Qui, a giudizio di chi scrive, si configura il grande valore della precauzione e della prevenzione, si potrebbe dire il grande valore culturale di questi principi: il diritto dell'ambiente deve essere condiviso dai soggetti pubblici e da quelli privati, con un'azione preventiva, tra tecnica e cooperazione, come principio generale e come approccio metodologico di sistema, prima che si realizzi un danno e prima che venga irrogata una sanzione, pena la sua ineffettività.

All'inizio di questo saggio, ci siamo posti una serie di domande. Ci siamo domandati, innanzi tutto, se l'art. 17 *bis*, LPA, fosse conforme all'ordinamento europeo e ai suoi consolidati principi in materia ambientale che troviamo, innanzi tutto, codificati agli artt. 191 e seguenti, TFUE, quali i principi di prevenzione, di precauzione, del bilanciamento, dell'integrazione, dello sviluppo sostenibile, della partecipazione e dell'informazione. Ci siamo domandati, ancora, se l'art. 17 *bis*, LPA, fosse conforme anche all'ordinamento nazionale e ai suoi principi costi-

tuzionali e non, quali i principi dell'imparzialità e del buon andamento, della doverosità e della solidarietà, dell'uguaglianza, della ragionevolezza e della proporzionalità, della responsabilità e della unicità, della competenza e della leale collaborazione istituzionale e, più in generale, ci siamo chiesti se esso fosse compatibile con i principi dell'etica pubblica, come pare emergere anche dall'art. 3 *quater*, c. 3, del Codice. Ci siamo domandati, ancora, se l'art. 17 *bis*, LPA, fosse coerente con i principi espressi in materia ambientale dalla Corte di Giustizia UE, dalla CEDU e dalla nostra Corte costituzionale, le quali, in un modo ormai pacifico, pur non escludendo a priori specifiche e ben definite forme di silenzio assenso in materia ambientale, hanno comunque sottolineato l'importanza di adottare provvedimenti espressi nei procedimenti amministrativi ambientali, spesso complessi a tutela dell'ambiente, caratterizzati da una istruttoria completa e conclusi con provvedimenti adeguatamente motivati in punto di fatto e di diritto, come emerge dalla stessa previsione dell'art. 17 *bis*, c. 4, LPA. Ancora, ci siamo domandati se l'art. 17 *bis*, LPA, fosse coerente, in una visione di sistema, con le altre disposizioni della l. n. 241/1990 in materia ambientale, quali l'art. 16, in tema di pareri, l'art. 17, sulle valutazioni tecniche, e l'art. 20, c. 4, in tema di silenzio assenso nei procedimenti ad istanza di parte e, più in generale, ci siamo domandati se il silenzio assenso fosse compatibile con la doverosità del provvedere, e la relativa responsabilità, mediante procedimenti e provvedimenti espressi, quanto più fosse elevata la discrezionalità, per lo più tecnica, dell'amministrazione nella tutela d'interessi. Questi ultimi sono sensibili anche per la forte complessità delle conoscenze tecnico-scientifiche che li caratterizza e non per una aprioristica definizione costituzionale. Ci siamo domandati, infine, quale impatto possa avere l'art. 17 *bis*, LPA, con la generalizzazione del silenzio assenso tra amministrazioni anche in materia ambientale su tutte le disposizioni del Codice dell'ambiente, al cui interno troviamo, escluse le previsioni di conferenze di servizi obbligatorie tra più amministrazioni, molteplici previsioni di concerti e in generale di assensi comunque denominati tra amministrazioni, per lo più Ministeri, guidati dal principio della competenza, della leale collaborazione istituzionale e della sussidiarietà. Tra l'altro, principi più volte citati dallo stesso Codice e che l'art. 17 *bis*, LPA, pare avere superato, avendo automaticamente trasformato in silenzio assenso tutti gli atti di assenso comunque denominati, in caso

d'inerzia dell'amministrazione preposta alla cura della tutela ambientale.

La risposta a queste domande, soprattutto in materia ambientale, ha avuto, come comune denominatore, un principio generale, espresso da autorevole dottrina e che si ritiene di condividere, secondo il quale "laddove, per assicurare effettività e concretezza alle previsioni comunitarie, è indispensabile un'espressa valutazione amministrativa, come un accertamento tecnico o una verifica, lì l'istituto del silenzio assenso non è praticabile".

Questo, a giudizio di chi scrive, è un principio fondamentale che deve guidare il dibattito sull'applicazione o meno del silenzio assenso tra amministrazioni nella specifica materia ambientale, superando ingiustificate e pericolose spinte in avanti verso semplificazioni rischiose, lineari e generalizzate, prive di qualunque fondamento europeo e costituzionale nella normalizzazione di tale istituto in luogo di specifiche previsioni.

Pare, a chi scrive, che i principi di prevenzione e di precauzione richiedano una particolare cautela nell'applicazione di istituti sostitutivi del provvedimento espresso dell'amministrazione, condividendo quanto affermato da altra autorevole dottrina secondo la quale "il rischio, data la presenza di un tasso ineliminabile di imprevedibilità delle dinamiche ambientali, da un lato, e di incertezza dei risultati della scienza e tecnica, dall'altro, è uno dei problemi centrali del diritto dell'ambiente, così che alla precauzione e alla prevenzione deve essere ispirato gran parte dell'intero strumentario del diritto dell'ambiente secondo tecniche e modalità che richiedono un continuo affinamento".

Questi principi sono parte integrante e fondamento stesso della *primarietà costituzionale* dell'ambiente, la quale, se pur impedisca un'aprioristica sovraordinazione degli interessi ambientali rispetto ad altri costituzionalmente garantiti, vede con sfavore meccanismi di semplificazione che implicano una inaccettabile fungibilità delle stime ambientali e un calcolo approssimativo e postumo dell'impatto delle decisioni nella medesima materia. La *primarietà costituzionale*, in altri termini, non crea gerarchie costituzionali precostituite, ma impone specifiche e precise metodologie di valutazione: gli interessi ambientali devono essere sempre presi in considerazione con una rappresentazione compiuta ed esplicita.

A questo si aggiunga un'altra criticità che pare conseguire all'applicazione del silenzio assenso anche nei casi di cui all'art. 17 *bis*, c. 3, LPA. Infatti, il legislatore non ha tenuto in debito conto che gli interessi sensibili, generalmente rappresentati da questa espressione di sintesi, in realtà siano profondamente diversi tra loro, caratterizzati da diverse tipologie di strumenti e di parametri nella definizione della discrezionalità tecnica insita in ciascuna di tali categorie. È evidente che esprimersi sulla verifica dell'interesse culturale di un bene sia cosa ben differente, per i dati e le metodologie che si andranno a utilizzare, da una valutazione del superamento o meno di una soglia d'inquinamento, per lo più rappresentata da dati numerici fissati a livello europeo e nazionale e altrettanto diversi saranno i parametri epidemiologici, i modelli matematici e gli algoritmi a tutela della salute, in caso di epidemie e di pandemie, come i fatti odierni stanno dimostrando.

Partendo da questa considerazione, si ritiene che solo il procedimento amministrativo, la sua istruttoria e la motivazione del provvedimento espresso siano in grado di far emergere i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno indotto a una decisione a tutela di un determinato interesse sensibile. Diversamente, il silenzio assenso pare 'appiattare' e 'omologare' una tutela, che di fatto non c'è, per indefiniti e generici interessi sensibili, trattando allo stesso modo, con il solo effetto dell'inerzia, fattispecie profondamente diverse tra loro, la cui tutela deve passare da specifici procedimenti e quindi da valutazioni differenti, accomunati solo dai principi ambientali europei, quali *regole del procedere*, più che del decidere. Queste regole si confrontano con l'incertezza e fanno da impulso alla costruzione di apparati e di procedimenti giuridici volti a un continuo apprendimento istituzionale, alla raccolta e al perfezionamento d'informazioni ambientali e che fungono da guida per le norme tecniche e da *trait d'union* tra l'oggetto dell'azione pubblica e gli strumenti e le modalità d'azione dei pubblici poteri in questa materia. Infatti, i principi ambientali europei, dal punto di vista dell'oggetto, dovranno dire che cosa sia l'ambiente e, quindi, che cosa si tutela; allo stesso tempo, in riferimento agli strumenti, dovranno indicare, agli organi decisori, il metodo della tutela.

Se, pertanto, si condividono queste considerazioni, il silenzio assenso tra amministrazioni non dovrebbe trovare una previsione tipizzata nella materia ambientale, e in generale in tutti i procedimenti a tutela

degli interessi sensibili di cui all'art. 20, c. 4, LPA, perché proprio questa materia è sempre connotata da una complessità tecnica che richiede il coinvolgimento di più amministrazioni con competenze specifiche e non surrogabili con forme di silenzio assenso. La materia ambientale richiede altresì, al contempo, un'ampia istruttoria che coinvolga tutti i soggetti titolari d'interessi, a vario titolo parti necessarie nei procedimenti amministrativi ambientali, e sui quali insiste il *dovere* di esercitare una funzione mediante un'azione attiva. Una doverosità della funzione e della decisione ambientale espressa che si ritiene pluristrutturata, nel senso che deve riguardare *tutte* le amministrazioni coinvolte in una procedura a tutela dell'interesse ambientale, e, quindi, che deve riguardare, pensando alle previsioni dell'art. 17 *bis*, LPA, non solo l'amministrazione procedente, ma anche l'amministrazione, con competenze ambientali, a cui sia stato chiesto un assenso comunque denominato. Immaginare una dinamica differente implicherebbe una non condivisibile differenza gerarchica tra amministrazioni, con una superiorità, anche solo formale, dell'amministrazione procedente rispetto ad *altre* amministrazioni, una superiorità priva di qualunque fondamento. Da qui, a giudizio di chi scrive, si potrebbero sollevare dubbi sulla legittimità costituzionale dell'art. 17 *bis*, LPA, non solo per la violazione dei principi europei e internazionali a tutela dell'ambiente, tramite l'art. 117, c. 1, Cost., che il silenzio assenso pare non rispettare, ma anche per la violazione dei principi costituzionali della competenza (art. 97, c. 3, Cost.), della sussidiarietà e della leale collaborazione tra amministrazioni (art. 120 Cost., c. 2), quali corollari del più ampio principio d'imparzialità (art. 97, c. 2, Cost.) e, di certo, da ultimo in riferimento agli artt. 9 e 41 come modificati dalla l. cost. 1/2022 cit..

Si vuole, così, sostenere che il principio del *giusto procedimento ambientale* sia l'unico strumento, salvo previsioni specifiche, in grado di garantire il giusto equilibrio tra i principi di legalità, d'imparzialità e del buon andamento, e relativi corollari, e tra la tempestività dell'azione e la responsabilità di chi decide, applicato da un'amministrazione ben organizzata, criticità reale e concreta per una effettiva semplificazione e vero limite, inoltre, per l'attuazione del principio d'integrazione.

Allo stesso tempo, mi pare che si debba superare la soluzione prospettata di un'applicazione minima del silenzio assenso tra amministra-

zioni in materia ambientale, limitando l'applicazione di tale istituto solo ai casi di provvedimenti vincolati o a basso tasso di discrezionalità o non conformativi, o quantomeno, in generale, a procedimenti non complessi. Si ritiene questo, innanzi tutto, per una complessità che nella materia ambientale è generalmente *in re ipsa* ed è anche una complessità di difficile graduazione, e poi perché tale scelta, in assenza, a monte, di una previsione legislativa chiara e certa, sposta ancora una volta l'onere di tale graduazione, caso per caso, sul giudice amministrativo.

Pertanto, le semplificazioni operate dalla Riforma Madia e riguardanti gli interessi sensibili non sembrano in grado d'intervenire sulle procedure, nel rispetto del principio di proporzionalità, assicurando una ragionevole garanzia di tutela di tutti gli interessi. Si potrebbe dire, invece, che simili semplificazioni, in un quadro generale assiologico di evidente necessità di un sistema meno complesso, soprattutto a beneficio degli operatori economici, nazionali e stranieri, se mal poste, portano con sé dei rischi più pericolosi e diseconomici della complessità stessa e si riducono, così, a mere chimere e a pericolosi *slogan* legislativi. Nel fare questo si superano i continui appelli e le chiare indicazioni di un'attenta dottrina giuridica amministrativa in riferimento alla certezza del diritto e dei suoi strumenti. Si sottovalutano, altresì, i possibili rischi di una semplificazione non ponderata e i pericolosi effetti derivanti dalla tipizzazione di istituti che nascono come stretta deroga a modelli decisionali tradizionali e maggiormente ispirati ai principi costituzionali e a quelli che regolano il procedimento amministrativo. Pertanto, in riferimento agli interessi primari e alla loro disciplina, ad esempio nell'ambito della conferenza di servizi, se il bilanciamento deve esserci, è necessario che la disciplina del procedimento assicuri un percorso decisionale idoneo alla produzione di decisioni tempestive, ma anche ragionate e congruenti rispetto ai dati sostanziali del problema amministrativo affrontato. Non si possono accettare automatismi, come il silenzio assenso, o l'equiparazione ad assensi di dissensi *imperfetti* o, ancora, l'attribuzione di posizioni di supremazia all'amministrazione procedente, definita sulla base di un criterio formale e non per una posizione di legittimazione sostanziale. La semplificazione non può lasciare la propria natura strumentale, ma deve essere intesa come azione amministrativa proporzionata alle sue finalità, costruendo il procedimento sugli interessi coinvolti e, in caso di interessi primari, sul loro fondamento costituzionale e sulle garanzie minime che danno so-

stanza all'attributo della primarietà. Tra queste garanzie minime, soprattutto in riferimento alla tutela degli interessi sensibili, ci sono degli elementi ritenuti essenziali per il procedimento stesso, che sono quelli dell'inizio del procedimento e della decisione finale, che costituiscono l'*alfa* e l'*omega* del procedimento amministrativo, nei confronti dei quali la semplificazione deve intervenire con molta prudenza, o addirittura deve essere esclusa perché il vincolo tra le parti essenziali del procedimento dovrebbe impedire qualunque forma di semplificazione.

Detto questo, si potrebbe anche andare oltre queste affermazioni, immaginando di fare approvare alle singole amministrazioni un vero e proprio *Codice etico ambientale*, come un codice di condotta di matrice privatistica, con conseguenze disciplinari in caso di inadempimento, per garantire sempre un livello essenziale minimo di protezione ambientale. Un codice in grado di definire e di guidare il potere stesso delle amministrazioni, garantendo delle regole minime ambientali per impedire qualunque forma di riduzione della tutela dell'interesse ambientale. Tra i profili irrinunciabili del *Codice etico ambientale*, come è già emerso nel corso della ricerca e sui quali la dottrina è pressoché unanimemente favorevole, si dovrà dare spazio all'istruttoria ambientale, quale sede di verifica dei dati tecnici e scientifici disponibili per settore e in un dato momento e con la consapevolezza di dover monitorare nel tempo i medesimi dati con la possibilità di dover modificare decisioni precedenti. Sarà all'uopo necessario un momento partecipativo, anche in forma di contraddittorio ovvero di dibattito pubblico, tra l'amministrazione procedente e i privati, in grado d'introdurre nuovi elementi ambientali all'istruttoria procedimentale; sarà necessario esaltare la più ampia diffusione possibile delle informazioni ambientali, sia come strumento per indurre a una partecipazione procedimentale, sia per incentivare i cittadini a un più ampio controllo dell'azione amministrativa, nello specifico delle tematiche ambientali. Infine, si deve dare la giusta rilevanza alla motivazione, anche per gli atti a contenuto generale, quale forma dell'istruttoria, non solo in riferimento ai dati tecnici emersi nel corso della medesima, ma anche in riferimento all'analisi dei costi-benefici che un'amministrazione deve effettuare in un'operazione di bilanciamento d'interessi.

Orbene, in definitiva, l'abrogazione dell'art. 17 *bis*, c. 3, LPA, pare orientata ai principi ambientali del TFUE, così come ai principi costitu-

zionali, nonché ai principi ispiratori della giurisprudenza sia della Corte di Giustizia UE, che della Corte costituzionale; di conseguenza, si vuole confermare quanto già previsto dagli artt. 16, 17 e 20, c. 4, LPA, con le relative deroghe ambientali, anche nei rapporti tra amministrazioni e tra queste e i gestori di pubblici servizi, e nei confronti dei quali, l'art. 17 *bis*, LPA, pare completamente disallineato in una prospettiva di sistema. Verrebbe, così, soddisfatta l'esigenza di certezza del diritto e di attuazione dei principi europei e costituzionali a tutela dell'ambiente, verrebbero rispettate le specifiche competenze che il Codice dell'ambiente attribuisce alle differenti amministrazioni, verrebbe garantita la sussidiarietà e la leale collaborazione tra enti, come forma di partecipazione preventiva istituzionale, e verrebbero altresì ridotte le diverse tipologie di silenzio assenso disciplinati dalla legge sul procedimento e da altre norme di settore in un quadro complessivo ambientale già troppo variegato e frammentario<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> Nel corso dell'emergenza sanitaria, l'istituto del silenzio assenso 'orizzontale' viene rafforzato dal d.l. 19 maggio 2020, n. 34, in *G.U.* n. 128 del 19 maggio 2020 – S.O. n. 21, (il cd. decreto rilancio), "Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19". Infatti, all'art. 264, c. 1, lett. *e*), si afferma che "nelle ipotesi di cui all'art. 17 *bis*, c. 2, ovvero di cui all'art. 14 *bis*, c. 4 e 5, 14 *ter*, c. 7, della legge 7 agosto 1990 n. 241, il responsabile del procedimento è tenuto ad adottare il provvedimento conclusivo entro 30 giorni dal formarsi del silenzio assenso".

Nella *Relazione illustrativa* si afferma che "la lett. *e*) dice esplicitamente cosa deve succedere dopo la formazione del silenzio endoprocedimentale, tra amministrazioni, per sottolineare la doverosità di andare avanti e adottare il provvedimento conclusivo. Nella prassi accade di frequente che la formazione del silenzio non 'sblocchi' il procedimento, ma si attenda ugualmente l'assunzione di un atto da parte dell'amministrazione coinvolta. Inoltre consente di applicare la norma sulla concettazione interistituzionale tra pubbliche amministrazioni anche alle ipotesi in cui la necessità di una pluralità di titoli abbia comportato l'avvalimento del SUAP o del SUE. In tal modo si riesce a dare la più ampia latitudibbe applicativa possibile alla misura di semplificazione, come peraltro suggerito anche dall'ufficio legislativo del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo in sede di diramazione di indirizzi interpretativi e applicativi antecedenti il parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato n. 1640 del 13 luglio 2016 (circolare 27158 del 10 novembre 2015)".

Proprio il concetto di certezza/incertezza scientifica pare, poi, assumere un ruolo decisivo in riferimento a quanto si è appena sostenuto. Quello che viene perso in termini di certezza scientifica, inteso come controllabilità delle scelte, e questo pare un elemento ineludibile e ampiamente dimostrato dall'attuale pandemia, dovrebbe essere recuperato in termini di certezza decisionale, una certezza che solo il procedimento amministrativo può garantire. Una certezza procedimentale non tanto da definirsi in riferimento all'oggetto, l'ambiente e le decisioni ambientali, di per sé mutevoli e quindi non facilmente 'domabili', ma da rinvenirsi nel metodo adattivo alle incertezze ambientali. Infatti, solo il procedimento amministrativo sembra essere lo strumento più idoneo nella maturazione della consapevolezza di dover considerare l'indagine scientifica ambientale come un percorso soggetto a continue revisioni e ripensamenti. Quindi, nella scelta, a monte legislativa, degli strumenti decisionali, bisogna considerare la loro capacità di convivere con questa dinamicità e mutevolezza, mentre pare un dato incontrovertibile la staticità e l'immobilismo di una decisione nella forma del silenzio assenso, che, in definitiva, pone solo rimedio a una riconosciuta situazione patologica dell'azione amministrativa, per la permanente difficoltà di garantire l'effettività del dovere di provvedere. Si ritiene la questione di estrema rilevanza e, anche in una prospettiva di tutela delle generazioni future, in materia ambientale non può esistere una rigida decisione predittiva, o ancora peggio un comportamento predittivo, in grado di definire con certezza, in un dato momento, la bontà di una scelta anche per il futuro. Di contro, è necessario uno strumento in grado di rivedere con flessibilità gli obiettivi e i metodi prescelti, capace di prendere consapevolezza degli errori di valutazione eventualmente compiuti e, quindi, di adattarsi al mutamento delle circostanze fattuali e anche tecnologiche.

Di conseguenza, se solo il procedimento amministrativo presenta questa capacità adattiva e se, quindi, il diritto al procedimento diventa un principio assiologico del diritto ambientale, l'art. 17 *bis*, LPA, introducendo l'istituto del silenzio assenso nella materia ambientale tra amministrazioni e tra amministrazioni pubbliche e gestori di beni o servizi pubblici, mal coniugando la tempestività delle procedure con la responsabilità di chi decide, rappresenta, come già si diceva, una irresponsabile volontà di non decidere e, quindi, uno strumento per legittimare la

deresponsabilizzazione dei dipendenti pubblici, che spesso non sanno come provvedere, per una oggettiva ipertrofia normativa ambientale, mentre, altre volte, non vogliono decidere; l'art. 17 *bis*, LPA, rappresenta, inoltre, un pericoloso strumento legislativo di transito, per poi potenzialmente ampliare, il legislatore, in un secondo momento, l'applicazione del silenzio assenso ad altre fattispecie in materia ambientale. Così facendo verrebbe meno un antropocentrismo del dovere, inteso come responsabilità dell'uomo verso l'ambiente, sarebbe dimostrata almeno la sua fragilità e verrebbero esternalizzati i doveri dell'amministrazione, anziché internalizzarli, facendo ricadere all'esterno, sulla collettività, i costi dei possibili danni all'ambiente. In questo modo, anziché sanzionare e commissariare chi viene meno alla doverosità della consumazione del potere e alla doverosità dell'assunzione delle decisioni, si 'sanziona' solo la collettività e l'interesse pubblico sottostante, in termini di riduzione di tutela ambientale. E la stessa 'esternalizzazione' pubblica dei costi ambientali, nell'ampliamento della rinuncia di provvedere, si pone in controtendenza, persino, rispetto agli strumenti di mercato che, allo stesso tempo, il legislatore incentiva per accrescere la responsabilità sociale d'impresa, in un tentativo di internalizzare i costi dei possibili danni all'ambiente a seguito di un'attività d'impresa.

In definitiva, la pubblica amministrazione non fa ciò che, invece, il legislatore, in un certo senso, impone, se pur spesso implicitamente, alle imprese, le quali, se vogliono operare nel mercato, dovranno necessariamente assumere dei comportamenti e fare delle scelte ecocompatibili.

Se, pertanto, non si vuole neutralizzare, o quantomeno indebolire, anche in una prospettiva di tutela delle generazioni future, quello che spesso oggi è considerato il 'convitato di pietra' in procedimenti amministrativi complessi, sarà opportuno ripensare e riorganizzare nel profondo la materia ambientale. Un ripensamento che, innanzi tutto, dia all'ambiente la giusta portata valoriale, in ossequio alla risalente e consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale, superando un approccio ambientale 'materiale' che si limiti a mere dinamiche definitive, riparatorie e risarcitorie, in un'ottica di un antropocentrismo del dovere, palesemente in crisi, e che mette in relazione l'uomo e l'ambiente, ed esaltando, invece, una visione ecocentrica, ecologica ed ecosistemica, in parte già presente all'art. 117, c. 3, Cost.. Un approccio che deve, se si vuole perseguire una tutela dell'interesse ambientale rea-

le, concreta ed effettiva, andare oltre i tentativi di definire formalmente la nozione di ambiente e deve andare oltre il tentativo d'individuare, spesso caso per caso, il rapporto tra l'ambiente e altri interessi, per stabilire quando l'ambiente prevalga o quando l'ambiente sia soccombente. Così facendo, a giudizio di chi scrive, si svaluta la profonda portata valoriale e culturale dell'ambiente e si creano i presupposti per interventi legislativi volti a superare il 'problema ambiente' ovvero a risolvere la 'questione ambientale', nella misura in cui si presenti come ostacolo e freno nei riguardi di interessi che spesso hanno un impatto di sistema, anche economico, più significativo. La ricostruzione, invece, dell'ambiente come valore costituzionale deve, innanzi tutto, ripartire dai princìpi europei in materia ambientale, e poi da quelli costituzionali e da quelli del procedimento amministrativo, di cui all'art. 1, LPA, che danno sostanza e contenuto alla nozione stessa di ambiente e come regole del procedere diventano criteri di azione, modello e metodo giuridico in grado di dare sostanza e prevalenza alle decisioni ambientali, definendo sempre il livello minimo di protezione ambientale.

### 3. *Riflessione propositiva in materia ambientale*

Per perseguire tale obiettivo, si è sempre ritenuto di primaria necessità l'inserimento dei princìpi di precauzione, di prevenzione, dello sviluppo sostenibile, dell'integrazione e dell'informazione tra i princìpi fondamentali della nostra Costituzione, come solo di recente si è fatto, se pur non citandoli espressamente. Infatti, se è da condividere l'orientamento, pressoché unanime della dottrina costituzionalista, sulla presenza, comunque, di tali princìpi europei nell'ordinamento costituzionale, tramite innanzi tutto l'art. 117, c. 1, Cost., – e lo stesso art. 1, c. 1, LPA, rinvia ai princìpi europei, oltre alla giurisprudenza costituzionale – è sempre parso altrettanto importante sottolineare che solo una loro presenza nell'ambito della Costituzione formale fosse in grado di dare all'ambiente una forza valoriale che attualmente sembra essere indebolita, favorendo una pericolosa porosità di un sistema amministrativo in cui 'penetrano', *ex lege*, istituti che si ritengono contrari alla tutela dell'interesse ambientale.

I tempi erano decisamente maturi per andare oltre il riconoscimento della *primarietà costituzionale dell'ambiente*, per lo più tramite la giurisprudenza costituzionale, e, quindi, la l. cost. n. 1/2022 ha disegnato una vera e propria *Costituzione ambientale*, seguendo un diffuso modello di Carte internazionali, e che può risultare importante anche nel rapporto spesso non semplice con l'ordinamento comunitario<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> In dottrina, per uno studio comparato delle Costituzioni internazionali, con particolare riferimento all'ambiente, si rinvia a A.S. BRUNO, L. CASSETTI, *La tutela dell'ambiente tra incertezze globali e valore prescrittivo delle Costituzioni nazionali*, in *www.federalismi.it*, 2018; F. FRACCHIA, *Il diritto ambientale comparato*, *ivi*, 2017; A. STERPA, *Le riforme costituzionali e legislative del 2014: quale futuro per la multilevel governance dell'ambiente?*, *ivi*, 2014; G. CORDINI, *Diritto ambientale comparato*, in P. DELL'ANNO, E. PICOZZA (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, cit., I, 101; J. MORAND-DEVILLER, *Vers une démocratie administrative délibérative. Consultation, concertation, participation*, in *Foro amm.-TAR*, 2011, 12, 4179; F. FRACCHIA, M. ALLENA, *Globalization, environment and sustainable development, in global, European and Italian perspectives*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2011, 3.4, 781; E. TANZARELLA, *L'ambiente nella nuova Costituzione ecuadoregna*, in *Riv. giur. amb.*, 2009, 229; ID., *La concezione eticamente orientata dell'ambiente nella nuova Costituzione boliviana*, *ivi*, 2009, 1089; M.P. CHITI, *Ambiente e 'Costituzione europea': alcuni nodi problematici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998, 6, 1417; G. GARZIA, *Costituzione europea e tutela dell'ambiente: riflessioni e problemi aperti*, in *www.giuristiambientali.it*.

Scorrendo le principali Carte internazionali, individuando le disposizioni più significative dedicate all'ambiente, possiamo così sintetizzare:

*Costituzione spagnola*, art. 45: "1. Tutti hanno il diritto di utilizzare un ambiente idoneo allo sviluppo della persona, così come il dovere di conservarlo. 2. I poteri pubblici veglieranno sulla utilizzazione razionale di tutte le risorse naturali al fine di proteggere e migliorare la qualità di vita, difendere e ripristinare l'ambiente, appoggiandosi all'indispensabile solidarietà collettiva. 3. Per coloro che violino quanto disposto nel comma precedente, nei termini fissati dalla legge si stabiliranno sanzioni penali o, se del caso, amministrative, così come l'obbligo di riparare il danno causato".

*Costituzione portoghese*, art. 66: (*Ambiente e qualità di vita*) 1. Tutti hanno il diritto ad un ambiente di vita umano, sano ed ecologicamente equilibrato e hanno il dovere di difenderlo. 2. Per assicurare il diritto all'ambiente, nel quadro di uno sviluppo sostenibile, spetta allo Stato, per mezzo di propri organismi e con il coinvolgimento e la partecipazione dei cittadini: a) Prevenire e controllare l'inquinamento e i suoi effetti e le forme pregiudizievoli di erosione; b) Ordinare e promuovere l'ordinamento del territorio, mirando a una corretta localizzazione delle attività, a un equilibrato sviluppo socio-economico e alla valorizzazione del paesaggio; c) Istituire e sviluppare riserve e parchi naturali e di ricreazione, nonché classificare e proteggere paesaggi e luoghi, al fine di garantire la conservazione della natura e la preservazione dei valori culturali di interesse

Si sono, quindi, superate le limitate e generiche previsioni di princi-

storico o artistico; *d*) Promuovere lo sfruttamento razionale delle risorse naturali, salvaguardando le loro capacità di rinnovamento e la stabilità ecologica, nel rispetto del principio di solidarietà tra generazioni; *e*) Promuovere, in collaborazione con le autorità locali, la qualità ambientale delle popolazioni e della vita urbana, particolarmente sul piano architettonico e nella protezione delle zone storiche; *f*) Promuovere l'integrazione degli obiettivi ambientali nelle varie politiche di ambito settoriale; *g*) Promuovere l'educazione ambientale e il rispetto per i valori dell'ambiente; *h*) Assicurare che la politica fiscale renda compatibile lo sviluppo con la protezione dell'ambiente e la qualità della vita.

*Costituzione della Repubblica Polacca*, art. 5: La Repubblica Polacca custodisce l'indipendenza e l'inviolabilità del proprio territorio, garantisce la libertà e i diritti umani e civili nonché la sicurezza dei cittadini, custodisce l'eredità nazionale e garantisce la difesa dell'ambiente, mossa dal principio di un equilibrato progresso. Art. 74: 1. Le autorità pubbliche conducono una politica volta a garantire la sicurezza ecologica delle generazioni presenti e future. 2. Le autorità pubbliche hanno l'obbligo della tutela dell'ambiente. 3. Ciascuno ha diritto all'informazione sullo stato e la difesa dell'ambiente. 4. Le autorità pubbliche appoggiano l'attività dei cittadini volta alla difesa e al miglioramento dell'ambiente.

*Costituzione della Federazione russa*, art. 42, c. 3: L'occultamento, da parte di funzionari pubblici, di fatti e circostanze, che costituiscono una minaccia per la vita e la salute delle persone, è per essi fonte di responsabilità, secondo la legge federale. Ognuno ha diritto ad un ambiente naturale idoneo, a informazioni affidabili sull'ambiente e al risarcimento del danno, alla salute o alle cose, prodotto da illeciti ambientali.

*Costituzione slovena*, art. 72 (*Sano ambiente vitale*): In conformità alla legge ad ognuno spetta il diritto di un sano ambiente vitale. Lo stato provvede ad un sano ambiente vitale. A tale scopo la legge stabilisce le condizioni e i modi di svolgimento di attività economiche ed altre. La legge stabilisce le condizioni e l'ammontare del risarcimento al quale è obbligato colui che causa danni all'ambiente vitale. La legge regola la protezione degli animali dalle torture. Art. 73: Tutela del patrimonio naturale e culturale): Ognuno è tenuto in conformità alla legge a tutelare le bellezze naturali, le rarità e i monumenti culturali. Lo Stato e le Comunità locali provvedono alla conservazione del patrimonio naturale e culturale.

*Costituzione ungherese*, art. P: Le risorse naturali, in particolare il terreno agricolo, i boschi e le riserve idriche, la biodiversità e in particolare le piante e gli animali autoctoni, come pure i valori culturali, formano l'eredità comune della nazione, della cui tutela, sostentamento e custodia per le generazioni future è fatto obbligo allo Stato e a ogni persona. Art. XXI: 1. L'Ungheria riconosce e fa valere il diritto di ciascuno all'ambiente sano. 2. L'autore di danni all'ambiente è tenuto, a norma della legge, a riparare il danno oppure a sostenere le spese della riparazione. 3. È vietata l'importazione in Ungheria di rifiuti inquinanti a scopo di deposito.

pio, se pur importanti, di cui all'art. 117, c. 2 e 3, Cost., che nulla di più aggiungono all'essenza della nozione di ambiente, e si può così 'affrancare' una volta per tutte l'ambiente da altri interessi costituzionali, a

*Costituzione Lituana*, art. 54: Lo Stato provvede alla protezione dell'ambiente naturale, del mondo animale e vegetale, di certi oggetti di natura e terreni di grande importanza, realizza il controllo con lo scopo d'utilizzazione, cura nonché ripristino ed aumento di risorse naturali.

È proibito dalla legge impoverire il terreno, le sue viscere, le acque, inquinare le acque ed aria, esercitare l'influsso di radiazione all'ambiente, nonché impoverire del mondo animale e vegetale.

*Costituzione della Repubblica popolare cinese*, art. 9: Tutte le risorse minerali, acque, foreste, montagne, pascoli, terreni, spiagge e altre risorse naturali sono di proprietà dello Stato, cioè di tutto il popolo, con l'eccezione delle foreste, montagne, pascoli, terreni e spiagge che sono di proprietà di collettivi in conformità con la legge. Lo Stato assicura l'uso razionale delle risorse naturali e protegge gli animali rari e piante. Appropriazione o danneggiamento di risorse naturali da qualsiasi organizzazione o individuo con qualsiasi mezzo è vietata.

*Costituzione argentina*, art. 41: Tutti gli abitanti godono del diritto a un ambiente sano, equilibrato, adatto allo sviluppo umano e a che le attività produttive soddisfino le esigenze del presente senza compromettere le necessità delle generazioni future, con il dovere di tutelarle. Il danno ambientale genererà in primis l'obbligo di ripristinare la situazione precedente, nel rispetto della legge. Le autorità provvederanno alla tutela di tale diritto, all'utilizzo razionale delle risorse naturali, alla conservazione del patrimonio naturale e culturale e della diversità biologica, oltre che all'informazione e all'educazione ambientali.

Compete alla Nazione dettare norme che contengano i presupposti minimi di tutela e alle province dettare quelle di dettaglio, senza modificare le giurisdizioni locali. È vietato l'ingresso nel territorio nazionale di residui realmente o potenzialmente pericolosi e di scorie radioattive.

Altri Paesi hanno scelto una disciplina di dettaglio della materia ambientale, come la Francia, approvando la *Charte Constitutionnel de l'Environment (loi constitutionnelle n. 2005-205)*, allegata alla Costituzione francese; così la Costituzione della *Confederazione elvetica*, nel 2000, ha introdotto un'intera sezione, composta da 8 articoli, dedicata all'ambiente e alla pianificazione del territorio; altri ancora, invece, in linea con la Costituzione italiana, hanno inserito la materia ambientale in Costituzione solo in riferimento al riparto di competenze tra enti centrali ed enti periferici. È il caso della Costituzione austriaca, artt. 10, c. 12, 11, c. 7, 102, c. 2, e di quella tedesca, artt. 74 e 75. La Costituzione belga, invece, menziona, all'art. 23, c. 4, tra i diritti dell'individuo, "il diritto alla tutela di un ambiente salubre"; il *National Environmental Act* degli USA, 1969, dispone che "il Congresso riconosce a ciascun individuo il diritto ad un ambiente sano", mentre la Costituzione del Regno dei Paesi Bassi, artt. 197-200, disciplina "Il servizio delle acque (waterstaat) e gli enti speciali aventi potere esecutivo".

partire dalla tutela del patrimonio culturale, *ex* 9 Cost., per fare solo un esempio, a cui l'ambiente si è sempre ancorato per legittimarne un fondamento costituzionale e che l'art. 3 *quater*, c. 2, del Codice, disciplina in modo congiunto, come se fossero due interessi ancora oggi non separabili.

Inoltre, l'inserimento della *tutela ambientale, della biodiversità e degli ecosistemi* all'art. 9 Cost. ha avuto il significato profondo di una precisa assunzione di responsabilità, anche politica, utile per impedire il fenomeno della deresponsabilizzazione, a giudizio di chi scrive, insito nell'art. 17 *bis*, LPA. Il legislatore ha, anzi, con la recente riforma costituzionale, inteso apertamente riscrivere il rapporto tra ambiente, proprietà privata e libertà di impresa e ha al contempo posto le basi per un ripensamento dell'organizzazione politico-amministrativa del nostro Paese, assegnando una rinnovata centralità alle questioni ambientali.

Si condivide, pertanto, il pensiero di autorevole dottrina secondo la quale "ai valori bisogna prestare adesione, non osservanza, come alle regole. Adesione significa prendere una posizione politica e sociale nei confronti dei valori perché i valori ci costringono a fare delle scelte in alcune situazioni in cui essi si pongono e allora non è un caso che nella nostra Costituzione, anche se c'è un dibattito a livello della giurisprudenza costituzionale, non ci sia ancora una disposizione testualmente esplicita sul valore ambiente".

Se si condivide questo pensiero, si potrà, forse, anche capire quale sia stato fino adesso il disegno costituzionale e legislativo complessivo in cui si colloca o da cui deriva oggi anche l'art. 17 *bis*, LPA, svilendo qualunque altro dibattito e speculazione giuridica e filosofica in materia ambientale. Dobbiamo anche ricordare come i principi europei ambientali siano stati inseriti solo in un secondo momento nel nostro ordinamento, a seguito dei decreti correttivi del 2008 e del 2010, agli artt. 3 *bis* e seguenti del Codice dell'ambiente.

Eppure, come si diceva, i principi ambientali europei danno sostanza alla nozione stessa di ambiente e alle decisioni ambientali e definiscono i metodi per attuare l'integrazione delle esigenze ambientali nei processi decisionali, aiutando a elaborare provvedimenti tecnicamente e scientificamente informati e comunque adottati sulla base di dibattiti trasparenti e democratici. Per questo motivo, si ritiene, che in aggiunta all'inserimento di tali principi in Costituzione, sia necessaria una legge

dei principi di livello costituzionale in grado di definire il contenuto di questi principi per l'azione a tutela dell'ambiente, come necessario strumento di semplificazione legislativa e per una necessaria risistemazione complessiva del diritto ambientale e criterio metodologico di razionalizzazione.

Questa direzione è stata presa efficacemente dall'ordinamento francese, che ha approvato, accanto al *Code de l'Environnement*, anche la fondamentale *Charte Constitutionnel de l'Environnement (loi constitutionnelle n. 2005-205)*.

Una legge di principi che pare necessaria anche perché i valori costituzionali, pur traendo fondamento dalla Costituzione o pur inseriti formalmente in Costituzione, in questa sede non trovano la precostituzione dei modi e dei contenuti della loro tutela, che, invece, è rimessa a interventi legislativi d'interpretazione e di bilanciamento, spesso ampiamente discrezionali, anche se vincolati ai principi di ragionevolezza e di proporzionalità.

Seguendo questa riflessione, solo attraverso una legge costituzionale sui principi ambientali nella loro interazione, quali criteri euristici per fronteggiare la complessità ambientale, si potrebbe ottenere un risultato anche in termini di corretta individuazione delle risorse e degli equilibri ambientali che occorre salvaguardare. Si potrebbero, altresì, individuare i principi trasversali ai vari settori della disciplina ambientale, così fornire criteri di riparto di competenze e di forme di coordinamento tra i diversi livelli istituzionali a specificazione di quanto già disposto, in modo non così chiaro, dal Titolo V della Costituzione. Con la legge di principi sarebbe, così, possibile orientare l'azione di razionalizzazione della normativa ambientale vigente, sulla base di un quadro ben definito, fissando in modo stabile i punti di riferimento intorno ai quali costruire anche la normativa successiva e concentrando la disciplina degli istituti a carattere trasversale, in un tentativo anche di razionalizzazione della normativa ambientale attualmente vigente. Una legge costituzionale dei principi ambientali che permette anche di non 'ingabbiare' la nozione di ambiente nella rigidità della Costituzione, da cui, comunque, non possiamo trarne né la forma né la misura. L'ambiente, infatti, come si diceva all'inizio di queste considerazioni conclusive, ha in sé una dinamicità che si riflette sul processo continuo di conoscenze e di bilanciamento con altri valori costituzionali. È, pertanto, un valore non definibile in

modo aprioristico, ma deve essere continuamente valutato e bilanciato, prima ancora che definito, in tutti i processi decisionali e la sua primarietà costituzionale vieta che vi sia una forma di un suo annichilimento in tutte le comparazioni procedimentali con altri interessi, come, invece, pare proprio fare l'art. 17 *bis*, LPA.

L'inserimento della tutela dell'ambiente tra i principi fondamentali della Costituzione inciderebbe necessariamente anche sugli equilibri tra lo Stato e le Regioni, definiti nel tempo dalle sentenze della Corte costituzionale in un contenzioso tra questi soggetti mai cessato dalla riforma del Titolo V del 2001 in poi, da cui non è mai emerso in modo chiaro, il riparto delle competenze legislative in materia ambientale. Inoltre, più in generale, una *Costituzione ambientale* inciderebbe, positivamente, sul problema della complessità strutturale dell'organizzazione ambientale, sulla frammentazione delle competenze in una materia a struttura complessa, con una tradizionale ricaduta immediata sulla complessità normativa, sia statale che regionale.

In sintesi, si ritiene che non si può ambire a una 'pseudosemplificazione' funzionale in materia ambientale, come sembra avviata dalla Riforma Madia, se, a monte, non ci si occupa prima di una razionalizzazione normativa e di una semplificazione strutturale della complessa organizzazione ambientale multilivello. È di estrema urgenza, anche per le ricadute in termini di effettività della tutela ambientale, un chiaro riparto delle competenze normative e una razionalizzazione delle molteplici funzioni amministrative, spesso allocate senza logica, ragionevolezza e non coordinate tra loro. Si pensi, a titolo esemplificativo, alle molteplici funzioni di pianificazione e a quelle per l'imposizione di vincoli ambientali, oggetto di una pluralità di fonti non armonizzate, che spesso si sovrappongono tra loro, creando incertezze di sistema e un contenzioso tra i soggetti interessati. Ovvero, basta solo scorrere gli articoli del Codice dell'ambiente per rendersi conto di come le competenze in materia ambientale siano distribuite in modo disorganico tra le diverse strutture che compongono le amministrazioni. In modo particolare, rimanendo in ambito statale, è di tutta evidenza la disomogeneità delle diverse competenze dei ministeri che interagiscono con il Ministero dell'ambiente, quali, a titolo esemplificativo, il Ministero dei beni culturali, quello della salute, dello sviluppo economico, delle Infrastrutture e così via. L'art. 17 *bis*, LPA, come si diceva, è intervenuto in queste relazioni,

sostituendo i concerti e gli atti di assenso comunque denominati con il silenzio assenso, bypassando così la complessità dei rapporti ministeriali. In realtà, una riforma strutturale dovrebbe, nell'ambito delle competenze statali ministeriali, dotare il Ministero dell'ambiente di tutte le competenze necessarie interne per l'esercizio delle funzioni di sua competenza, rendendolo autonomo rispetto a decisioni altrui, in attuazione del principio di unicità e di responsabilità. La complessità procedimentale è in parte *in re ipsa* per la forte tecnicità della materia, senza trascurare i profili economici, sociali, a volte persino psicologici (si pensi al tema dell'insediamento di una nuova discarica e alla sindrome 'Nimby'), ma in buona parte è anche conseguenza immediata della complessità funzionale e della frammentazione organizzativa. Se questo è vero, semplificando l'organizzazione, si inizierebbero a semplificare, forse quasi automaticamente, anche una parte dei procedimenti, sotto il profilo della tempestività, rendendo anche meno rilevanti le esigenze di coordinamento per contenere e per gestire la frammentazione e la complessità. Esigenza di coordinamento che è in buona parte fallita, almeno in materia ambientale, con la previsione del silenzio assenso nell'ambito della conferenza di servizi, in riferimento agli interessi sensibili.

Le norme costituzionali ambientali dovrebbero, quindi, costruire una *governance* che consenta un'applicazione sempre più ampia del principio di sussidiarietà, invertendo la tendenza attuale di un accentramento rigido delle competenze in materia ambientale, per riaprire a un metodo di collaborazione e di coordinamento tra i diversi livelli di governo. Lo Stato definirà gli obiettivi e i livelli di qualità da raggiungere in modo uniforme su tutto il territorio nazionale, secondo poteri generali di indirizzo e di fissazione di limiti prudenziali, mentre le Regioni e gli enti locali, e in via sussidiaria i privati, potranno intervenire – con margini di flessibilità coerente con la complessità degli obiettivi da perseguire – per ottenere risultati più rigorosi nel rispetto dei limiti ambientali e comunque più adeguati alle singole realtà locali e sociali.

In questa azione di decentramento della tutela ambientale, in un nuovo ruolo che, a giudizio di chi scrive, dovrebbero assumere le regioni, maggiormente adeguate rispetto a enti minori, *ex art. 118, c 1, Cost.*, e *art. 7, c. 1, l. n. 131/2003*, come ad esempio, i comuni, in attuazione dei principi di unicità, di responsabilità e di omogeneità, già previsti dall'*art. 4, c. 3, l. n. 59/1997*, si potrebbe immaginare l'istituzione di ve-

re e proprie *Sovrintendenze ambientali regionali*. L'obiettivo è quello di attribuire a un unico soggetto funzioni che tra loro sono necessariamente connesse, con ricadute anche in riferimento ai principi di efficienza ed economicità, di cui all'art. 1, LPA. Le *Sovrintendenze ambientali regionali* si configurerebbero, seguendo il modello strutturale della conferenza di servizi, ma permanenti, come strumenti di unificazione di diverse funzioni e di competenze tecniche e specialistiche (ambiente, salute, patrimonio culturale, governo del territorio) che, a vario titolo, interagiscono con la materia ambiente e come primario strumento di attuazione dei principi ambientali europei, con i quali s'instaura una necessaria corrispondenza biunivoca. In altri termini, l'auspicato inserimento tra i principi fondamentali della *Costituzione ambientale* dei principi ambientali europei richiede una profonda riorganizzazione strutturale ambientale, la quale, a sua volta, sarà necessaria per dare attuazione ai medesimi principi, che altrimenti rimarrebbero auspici astratti. In fondo, le amministrazioni sono, o dovrebbero essere, le gambe sulle quali i principi ambientali dovranno camminare. Poi, è lo stesso principio d'integrazione, quale conseguenza della trasversalità della materia ambientale, a richiedere un ripensamento dell'organizzazione degli enti normativi e delle pubbliche amministrazioni. Una riorganizzazione complessiva della struttura ambientale, in termini di unicità delle competenze e delle funzioni, che è necessaria in funzione dell'unicità dei processi decisionali nella tutela dell'ambiente. Sia l'unicità delle competenze, sia quella procedimentale costituiscono il giusto approccio metodologico per una reale semplificazione della materia ambientale, in luogo di un silenzio assenso, *ex art. 17 bis*, LPA, che in realtà è solo un *escamotage* e una via di fuga per legittimare l'incapacità (o la mancanza di volontà) politica-legislativa nell'avviare e portare a termine una reale semplificazione strutturale in materia ambientale che implichi anche un'assunzione di responsabilità per le decisioni ambientali prese.

Una semplificazione strutturale, in termini di unificazione, che pare necessaria nell'ambito di una più generale tendenza alla concentrazione dei procedimenti amministrativi ambientali, come dimostrato, da ultimo dal d.lgs. n. 104/2017, di modifica del Codice dell'ambiente. È ciò che è accaduto con l'Autorizzazione integrata ambientale (AIA), con l'Autorizzazione unica ambientale (AUA), con la Valutazione d'impatto ambientale (VIA) e la Valutazione ambientale strategica (VAS).

I procedimenti vengono concentrati per unificare un sistema amministrativo complesso e frammentario, ma, in questo, a differenza di quanto si prospetta con l'istituzione delle *Sovrintendenze ambientali regionali*, senza incidere sugli assetti normativi delle competenze e sui livelli di tutela. Di fatto, in questi casi, la complessità si ricompone momentaneamente in relazione a una specifica e concreta azione che si conclude con un atto integrato, mentre le *Sovrintendenze ambientali regionali*, nell'ambito di un nuovo quadro costituzionale che pare comunque necessario, potrebbero avere il beneficio di 'costituzionalizzare' e di rendere ordinaria l'unificazione delle competenze e delle funzioni, le quali consentirebbero di gestire le interconnessioni delle diverse matrici ambientali, ma anche le fisiologiche interconnessioni tra interessi diversi da quello ambientale, superando, in questo modo, la necessità di intese, concerti o di assensi comunque denominati da acquisire all'*esterno* rispetto all'amministrazione procedente, con il rischio di una inerzia che poi va gestita. Una unicità delle competenze e delle funzioni nelle *Sovrintendenze ambientali regionali* che pare avere altri aspetti positivi. Innanzi tutto, riprendendo quanto detto sopra in riferimento alla necessaria flessibilità di strumenti decisionali per adattarsi alle incertezze ambientali, si potrebbe anche sostenere che tali soggetti permettono di superare la presunzione di anticipare, pianificare e programmare *dal centro* cambiamenti ambientali, in un'amministrazione del rischio, in tutte le variabili, scientifiche, tecnologiche, naturali e culturali. Si ritiene che, per evitare uno vero e proprio scollamento tra il piano del diritto positivo e quello concreto delle reali e quotidiane problematiche ambientali, siano necessari nuovi apparati pubblici, permanenti, decentrati, incardinati a livello regionale, in grado di superare il principio di differenziazione nell'attribuzione delle competenze, e quindi più versatili e maggiormente pronti ad adeguarsi, in modo flessibile e per territori circoscritti, al progredire degli eventi ambientali, pur operando nell'ambito di una cornice generale, in attuazione dei livelli essenziali minimi di protezione ambientale, dettati in sede legislativa dalla legislazione nazionale e in sede amministrativa dal Ministero dell'ambiente. Sarebbero, quindi, apparati pubblici, di natura tecnico-politica, affiancati da organismi tecnici puri, e le Università potrebbero in questo affiancare le Agenzie regionali a protezione dell'ambiente. Le *Sovrintendenze ambientali regionali* dovranno poi essere in grado di ricondurre a sistema, anche me-

dianche contestuali scelte 'politiche' d'indirizzo, per certi versi discrezionali pure, i diversi interessi, nei quali quello ambientale si integra, mediante un continuo apprendimento istituzionale, nonché mediante la raccolta e l'affinamento di informazioni disseminate alle varie scale, o ancora ampliando la vigilanza tecnica e scientifica e indentificando nuove conoscenze, e, infine, organizzando, a livello locale, un costante dibattito sociale in merito a ciò che è auspicabile fare in materia ambientale. Così, le *Sovrintendenze ambientali regionali*, dal punto di vista organizzativo, si muoverebbero sulla stessa linea dell'unicità dei procedimenti integrati, dal punto di vista funzionale. In entrambi i casi, prendendo atto della fisiologica disorganicità della materia ambientale, sia per la multisetorialità interna, sia per le molteplici interazioni esterne, si cerca di dominare e ricondurre a sistema tale disorganicità e complessità, mentre l'art. 17 *bis*, LPA, pare solo uno strumento per ignorarla, per superarla e per intervenire in modo puntiforme su una 'pseudosemplificazione' procedimentale, priva di una qualunque visione di sistema.

In questo nuovo modello organizzativo, su base regionale, di certo da meditare ulteriormente, riemergerebbe con tutta la sua forza, la nozione di amministrazione di risultato, sostituendo, però, il profilo quantitativo che, invece, persegue l'art. 17 *bis*, LPA, mediante la mera tempestività delle procedure, con il profilo qualitativo dell'azione ambientale, un'azione al *servizio* dell'ambiente, da cui segue la doverosità antropocentrica, e non che vuole dominare o bypassare l'ambiente, frutto anche di una più efficiente allocazione delle funzioni e delle risorse ambientali da cui allo stato attuale siamo ben lontani.

Dinanzi a possibili ed eventuali obiezioni nel considerare questi soggetti un'altra occasione per far sorgere nuovi 'veti burocratici', anche sulla base dell'esperienza delle consolidate Sovrintendenze per la tutela dei beni culturali, forse si potrebbe rilevare che i 'veti burocratici' e gli inadempimenti non si superano con i silenzi, ma con un adeguato ed effettivo sistema sanzionatorio, con il commissariamento, con l'esercizio di poteri di controllo e quelli sostitutivi che rimarrebbero in capo al Ministero dell'ambiente e dando, altresì, piena attuazione agli strumenti offerti dalla l. n. 241/1990 a tutela del rispetto dei termini procedimentali.

In sintesi e in conclusione, si ritiene che una *Costituzione ambientale*, una semplificazione legislativa, anche attraverso una legge costitu-

zionale dei principi ambientali, con una razionalizzazione e una risistemazione delle fonti normative, frutto, nel tempo, di un'incessante stratificazione europea, nazionale e regionale, senza contare le innumerevoli fonti subprimarie, spesso di tipo tecnico, impiegate nei diversi settori ambientali, che il Codice dell'ambiente non ha saputo/voluto gestire; così, l'affermazione della centralità e dell'esclusività del procedimento amministrativo nella tutela dell'ambiente, con tutti i suoi corollari, l'unificazione dei procedimenti ambientali, l'adozione di un *Codice etico ambientale* delle amministrazioni, per garantire un livello essenziale minimo di protezione dell'ambiente; così, ancora, una profonda ristrutturazione dell'organizzazione ambientale, in termini di riparto di competenze tra lo Stato e le regioni e di unicità delle funzioni e di responsabilità, anche attraverso le *Sovrintendenze ambientali regionali*, siano gli elementi base da cui almeno partire per una risistemazione generale e profonda della materia ambientale e del suo diritto.

PAOLO PROVENZANO

## SPIGOLATURE IN TEMA DI CRITERI AMBIENTALI MINIMI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I Criteri Ambientali Minimi. – 3. Il mancato rispetto dei CAM e il rischio della loro subitanea obsolescenza. – 4. Conclusioni.

### 1. Introduzione

Com'è noto, la disciplina dei Criteri ambientali minimi (d'ora in poi anche CAM) trova il suo primigenio fondamento nella legge finanziaria del 2007<sup>1</sup>. Com'è parimenti noto, detta disciplina s'iscrive nell'ambito di quelle riconducibili al più ampio tema degli “appalti verdi”, ossia del c.d. *Green Public Procurement*<sup>2</sup>. Locuzione, quest'ultima, con la quale si fa riferimento al complesso di strumenti sia di fonte europea<sup>3</sup>, sia di fon-

<sup>1</sup> Cfr. art. 1, co. 1126, della L. n. 296/2006.

<sup>2</sup> Con riferimento al *Green Public Procurement* si vedano *ex multis*: R. CARANTA - S. MARRONCELLI, *Gli appalti pubblici tra mitigazione e resilienza: il contributo del GPP alla lotta contro i cambiamenti climatici*, in *Riv. giur. amb.*, n. 1/2021, 83 ss.; M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Dir. Pubbl.*, n. 1/2007, 219 ss.; F. DE LEONARDIS, *Criteri di sostenibilità energetica e ambientale*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, Milano, 2019, 167 ss.; A. DI GIOVANNI, *L'ambiente sostenibile nel nuovo Codice degli appalti: green public procurement e certificazioni ambientali*, in *Dir. econ.*, n. 1/2018, 157 ss.; C. FELIZIANI, *I “nuovi” appalti verdi: un primo passo verso un'economia circolare?*, in *Dir. econ.*, n. 2/2017, 349 ss.; F. FRACCHIA - S. VERNILE, *I contratti pubblici come strumento dello sviluppo ambientale*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, n. 2/2020, 4 ss.; I. A. NICOTRA - C. SAGONE, *Green Public Procurement: a look into the past to meet future challenges*, in *federalismi.it*, n. 6/2022; S. ROSSA, *Sviluppo sostenibile e appalti pubblici. Sul ruolo degli appalti innovativi come strumento di sostenibilità*, in *CERIDAP*, n. 4/20221; S. VILLAMENA, *Codice dei contratti pubblici 2016. Nuovo lessico ambientale, clausole ecologiche, sostenibilità, economicità*, in *Riv. giur. edilizia*, n. 3/2017, 101 ss.

<sup>3</sup> A livello europeo il tutto ebbe inizio con la Comunicazione della Commissione del 27 novembre 1996 intitolata “*Libro verde. Gli appalti pubblici nell'Unione europea. Spunti di riflessione per il futuro*”, cui fecero seguito altre comunicazioni, l'ultima delle quali è

te nazionale, che trovano la loro ragion d'essere nella convinzione che la tutela dell'ambiente possa (o meglio debba) essere perseguita anche mediante un «*uso strategico*» della *contrattazione pubblica*»<sup>4</sup> e, quindi, imponendo agli operatori economici di tenere conto nelle offerte presentate nelle procedure di gara di talune accortezze volte in ultima istanza a rendere gli acquisti delle pubbliche amministrazioni più sostenibili.

Rendendo più sostenibili gli acquisti delle pubbliche amministrazioni e, comunque, i contratti di cui esse sono committenti si finisce, inevitabilmente, per «colorare di verde» una fetta importate del totale delle contrattazioni, avendo i contratti pubblici un'incidenza pari al più del 13 % del PIL U.E.<sup>5</sup>.

Da qui l'idea che i contratti pubblici possano strategicamente fungere da «lievito» per l'espansione delle politiche ambientali e per stimolare, anche al di fuori del settore pubblico, la domanda di prodotti e servizi «verdi»<sup>6</sup>.

Nel diritto nazionale, in cui com'è stato osservato si è attribuita agli «appalti verdi» maggiore rilevanza rispetto a quella ad essi attribuita nel diritto U.E.<sup>7</sup>, la pertinente disciplina si rinviene sia nel Codice

quella del 2 dicembre 2015 rubricata «*Piano d'azione europea per l'economia circolare*». Al *Green Public Procurement* fanno riferimento, altresì, i considerando nn. 37, 92 e 95 della Direttiva 2014/24/UE.

<sup>4</sup> Così F. DE LEONARDIS, *Criteri di sostenibilità energetica e ambientale*, cit., 169, il quale osserva che in virtù tale convinzione può dirsi «aumentata la componente pubblicistica nella materia della contrattazione pubblica dal momento che il contratto non risponde più solo all'ottica privatistica della provvista di beni ma anche a quella pubblicistica del conseguimento di interessi di carattere generale» (*Ibidem*, 170).

<sup>5</sup> Cfr. Commissione Europea, comunicazione del 16 marzo 2023, dal titolo «Appalti pubblici: uno spazio di dati per migliorare la spesa pubblica, promuovere l'elaborazione delle politiche basata sui dati e migliorare l'accesso delle PMI alle gare d'appalto».

<sup>6</sup> Relativamente alla funzione sociale degli appalti si rinvia, in generale, a E. CARUSO, *La funzione sociale dei contratti pubblici. Oltre il primato della concorrenza?*, Napoli, 2021.

<sup>7</sup> Così F. DE LEONARDIS, *Criteri di sostenibilità energetica e ambientale*, cit., 171, ove si legge che «l'allineamento tra diritto europeo e nazionale non è totale dal momento che singolarmente (e meritoriamente) il secondo si è spinto più in avanti del primo: il diritto europeo afferma, ancora, l'obbligatorietà solo con riferimento a categorie merceologiche particolari, mentre il diritto nazionale è già pervenuto a richiedere in generale l'obbligatorietà della contrattazione verde».

dell'Ambiente (il quale impone, ad esempio, alle amministrazioni di coprire almeno il 30% del fabbisogno annuale di manufatti e beni tramite prodotti ottenuti da materiale riciclato), sia (e soprattutto) nei vari Codici dei contratti pubblici, via via, succedutisi nel tempo, nei quali, per quanto qui rileva, vi sono, tra l'altro, puntuali previsioni relative ai già richiamati Criteri Ambientali Minimi.

## 2. I Criteri Ambientali Minimi

L'art. 34 del Codice del 2016 (titolato «Criteri di sostenibilità energetica e ambientale») e (a ruota) l'art. 57 del Codice del 2023 (rubricato, a sua volta, «Clausole sociali del bando di gara e degli avvisi e criteri di sostenibilità energetica e ambientale») pongono in capo alle stazioni appaltanti l'obbligo di tenere conto nella stesura della disciplina di gara delle «specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi adottati con decreto del Ministero dell'ambiente».

Compiendo un passo indietro occorre sottolineare che le predette norme hanno al riguardo sostanzialmente riproposto lo schema elaborato dalla già citata legge finanziaria del 2007. Schema che ruota intorno a due atti amministrativi: il Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione (il c.d. Piano d'azione nazionale sul GPP<sup>8</sup>) e i Decreti Ministeriali sui Criteri Ambientali Minimi (i c.d. Decreti CAM)<sup>9</sup>.

Il Piano d'azione nazionale sul GPP (noto anche con l'acronimo PAN GPP – si tratta di uno dei rarissimi casi di acronimo che non svilisce, ma nobilita) costituisce il programma di azione generale e ha, quale funzione, quella di massimizzare la diffusione degli appalti verdi. I Decreti CAM hanno, invece, la funzione di fissare, nel dettaglio, i requisiti ambientali da seguire nelle gare bandite per l'affidamento di specifiche

<sup>8</sup> Il primo Piano d'azione nazionale sul GPP è stato adottato con Decreto Ministeriale dell'11 aprile 2008.

<sup>9</sup> Con riferimento ai Decreti CAM si rinvia a T. CELLURA, *L'applicazione dei criteri ambientali minimi negli appalti pubblici*, Santarcangelo di Romagna, 2016.

categorie di lavori, servizi e forniture (illuminazione pubblica, rifiuti urbani, ristorazione collettiva, verde pubblico ecc. ecc.).

I vari Decreti CAM, ad oggi ne sono stati adottati diciannove<sup>10</sup>, contengono, per ciascun settore cui essi si riferiscono, puntuali e specifiche indicazioni di dettaglio volte, sostanzialmente, a individuare soluzioni progettuali ecosostenibili e a scegliere il prodotto o il servizio migliore sotto il profilo ambientale.

A far tempo dall'entrata in vigore del c.d. correttivo del 2017<sup>11</sup> al codice dei contratti pubblici del 2016<sup>12</sup>, le previsioni contenute nei Decreti CAM sono divenute vincolanti per le stazioni appaltanti<sup>13</sup> e trovano applicazione tanto negli affidamenti soprasoglia, quanto in quelli sottosoglia.

Dette previsioni, da un lato, indicano le caratteristiche tecniche o le specifiche tecniche che devono essere possedute da un dato bene o servizio per poter essere preso in considerazione dalle stazioni appaltanti.

<sup>10</sup> Sul sito del Ministero si trova l'elenco completo di detti D.M. (<https://gpp.mite.gov.it/Home/Cam#CamInVigore>).

<sup>11</sup> Si tratta del D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56.

<sup>12</sup> Com'è stato osservato in dottrina, fino al "correttivo" del 2017 «per le amministrazioni concludere contratti "verdi" era una scelta facoltativa». A seguito della modifica all'art. 34 del Codice del 2016, operata dal suddetto "correttivo" sussiste «un vero e proprio obbligo generale delle amministrazioni di concludere contratti "verdi" o, comunque, di usare lo strumento contrattuale in modo strategico». Per tali ragioni detta medesima dottrina ha osservato che quella operata nel 2017 costituisce una «modifica storica che trova le sue premesse in atti normativi di vari livelli che [tale svolta epocale hanno preceduto]: le direttive europee sui contratti e le concessioni del 2014; il collegato ambientale del 2015 e il codice dei contratti pubblici del 2016» (F. DE LEONARDIS, *Criteri di sostenibilità energetica e ambientale*, cit., 167-168).

<sup>13</sup> Al riguardo è stato a più riprese giudicato che le previsioni contenute nei Decreti CAM «non hanno natura meramente programmatica, ma costituiscono obblighi immediatamente cogenti per le Stazioni appaltanti» (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 4 ottobre 2022, n. 2178). Ed è stato parimenti giudicato che «la *ratio* dell'obbligatorietà dei criteri ambientali minimi nell'esigenza di garantire che la politica nazionale in materia di appalti pubblici verdi sia incisiva non solo nell'obiettivo di ridurre gli impatti ambientali, ma nell'obiettivo di promuovere modelli di produzione e consumo più sostenibili, "circolari" e nel diffondere l'occupazione "verde"» (Cons. Stato, sez. III, 14 ottobre 2022, n. 8733).

D'altro lato, fissano i requisiti premiali che devono essere valorizzati nella fase di valutazione delle diverse offerte.

Alla luce di quanto detto, si può in estrema sintesi dire che i Decreti *de quibus*, che – lo si ripete – hanno quali destinatari le stazioni appaltanti, contengano prescrizioni che operano sia nella fase ad evidenza pubblica, sia in quella di esecuzione dei contratti. Più precisamente, i vari Decreti CAM contengono indicazioni su cosa l'amministrazione deve "comprare", su quali caratteristiche deve avere il soggetto da cui l'amministrazione può "comprare" e, ultimo ma non ultimo, sui criteri da applicare per giungere all'individuazione del contraente<sup>14</sup>.

### 3. Il mancato rispetto dei CAM e il rischio della loro subitanea obsolescenza

La vincolatività delle prescrizioni contenute nei Decreti CAM suscitò la "levata di scudi" della Conferenza delle Regioni, che era più incline a rendere facoltative (e, quindi, non obbligatorie) le prescrizioni in essi contemplate<sup>15</sup>.

Anche dopo che sono assurti al rango di canoni obbligatori<sup>16</sup>, è inutile nascondere che comunque ha continuato a registrarsi (e continua tutt'ora a registrarsi) una certa ritrosia da parte delle stazioni appaltanti a conformare la disciplina di gara al contenuto di detti Decreti.

<sup>14</sup> Così F. DE LEONARDIS, *Criteri di sostenibilità energetica e ambientale*, cit., 181-182.

<sup>15</sup> Del che dà atto F. DE LEONARDIS, *Criteri di sostenibilità energetica e ambientale*, cit., 189. Il quale osserva che «la stessa conferenza delle Regioni in sede di discussione parlamentare si era espressa in modo negativo [in merito alla obbligatorietà dei CAM] ritenendo "pericoloso" inserire i CAM nei documenti di gara". La conferenza delle Regioni, in particolare, suggeriva di "sostituire (...) la previsione di un obbligo con una mera indicazione».

<sup>16</sup> Prima di tale momento, e quindi quando i criteri CAM erano ancora facoltativi, si era evidenziato in dottrina che le «stazioni appaltanti sono tradizionalmente restie a mutare il loro *modus procedendi* se non imposto direttamente da una norma, soprattutto laddove si richieda (...) un approccio ancora di più attento e complesso a livello tecnico» (S. VILLAMENA, *Codice dei contratti pubblici 2016. Nuovo lessico ambientale, clausole ecologiche, sostenibilità, economicità*, cit., 101).

Due paiono essere essenzialmente le ragioni di tale resistenza.

La prima ragione è che il rispetto dei CAM molto spesso incide, incrementandola, sulla base d'asta e, quindi, (in ultima istanza) sul bilancio delle stazioni appaltanti. Ne deriva, dunque, che una disciplina di gara allineata ai criteri CAM potrebbe imporre (quantomeno nel breve periodo) maggiori esborsi per le stazioni appalti, rispetto ad una disciplina di gara non del tutto conforme agli stessi.

La seconda ragione è da rinvenirsi nella circostanza che l'attuazione dei CAM impone talora alle stazioni appaltanti taluni adempimenti propedeutici alla predisposizione della disciplina di gara. Si pensi, ad esempio, che l'attuazione dei CAM in materia di manutenzione del verde pubblico è condizionata alla previa effettuazione del c.d. censimento del verde, di cui, a quanto consta, molti Comuni sono tutt'ora sprovvisti<sup>17</sup>.

Per tali salienti ragioni si può metaforicamente dire dei CAM quello che si dice di alcuni studenti, ossia che sono intelligenti (l'idea su cui si fondano è, infatti, un'ottima idea), ma che purtroppo non si applicano o meglio che molto spesso non si applicano come dovrebbero.

Allo stato non sembrano purtroppo registrarsi efficaci strumenti de-

<sup>17</sup> Più precisamente il Decreto Ministeriale 10 marzo 2020, titolato «Criteri ambientali minimi per il servizio di gestione del verde pubblico e la fornitura di prodotti per la cura del verde», stabilisce, alla lettera B, che «per garantire l'approccio strategico di medio-lungo periodo, è essenziale che le stazioni appaltanti, in particolare le amministrazioni comunali, siano in possesso e applichino concretamente strumenti di gestione del verde pubblico come il censimento del verde, il piano del verde, il regolamento del verde pubblico e privato e il bilancio arboreo che rappresentano la base per una corretta gestione sostenibile del verde urbano. Il censimento del verde, in particolare, rappresenta lo strumento fondamentale per la corretta pianificazione di nuove aree verdi, per la programmazione del servizio di manutenzione del verde, per la progettazione degli interventi di riqualificazione del patrimonio esistente, e per la stima degli investimenti economici necessari al mantenimento e potenziamento della funzionalità del patrimonio verde. Tale strumento deve essere supportato dalla costituzione di una banca dati di conoscenze e informazioni (geo referenziate), senza la quale risulta difficile predisporre interventi efficaci di pianificazione e gestione del verde urbano. Per tali motivi, l'amministrazione qualora non ne sia ancora dotata, deve prevedere la realizzazione di un censimento minimo di livello 1 (si veda la scheda B presente nel documento) prima di procedere all'affidamento del servizio di gestione e manutenzione».

terreni che inducano *ob torto collo* le stazioni appaltanti a correggere tale stortura.

Scarsa (per non dire scarsissima) è anzitutto l'efficacia deterrente delle impugnative degli operatori economici, che, di regola, costituisce – e questo sarebbe ovvio, se non fosse talora dimenticato<sup>18</sup> – lo strumento più efficace per indurre le amministrazioni a conformare la propria azione al paradigma legislativo.

Le violazioni dei CAM da parte delle stazioni appaltanti nella predisposizione della disciplina di gara, infatti, non pare essere, come si desume dalla poca giurisprudenza in materia<sup>19</sup>, una violazione rispetto alla quale gli operatori economici sono particolarmente sensibili e rispetto alla quale sono, di conseguenza, propensi a proporre ricorsi. Il che verosimilmente si spiega se sol si considerano, per un verso, le conseguenze che di regola derivano dall'eventuale accoglimento di consimili censure (*id est* l'annullamento dell'intera gara e non già lo scorrimento della graduatoria<sup>20</sup>), e, per altro verso, la circostanza che molto spesso sono gli stessi operatori economici a preferire gare meno fedeli al contenuto dei Decreti CAM, non essendo, a loro volta, pronti a conformarsi alle sofisticate soluzioni imposte da essi.

In materia non si rinvergono neppure impugnative proposte dalle associazioni ambientaliste.

I ricorsi delle associazioni ambientaliste, pur essendo a mio modo di vedere astrattamente ammissibili (il rispetto dei CAM, data la loro

<sup>18</sup> Com'è stato osservato in dottrina, «l'effettività della tutela [è] strumento indispensabile affinché gli operatori possano riacquistare fiducia e l'economia possa andare avanti ("lo Stato di diritto fa bene all'economia")» (così M. A. SANDULLI, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, in *www.federalismi.it*, n. 15/2016, 4).

<sup>19</sup> Basti al riguardo considerare che operando una ricerca sul sito istituzionale della Giustizia Amministrativa usando quali parole chiave "criteri ambientali minimi" vengono fuori appena 555 provvedimenti, a fronte, ad esempio, dei 5117 provvedimenti che contengono la locuzione "verifica di congruità".

<sup>20</sup> Com'è stato a più riprese giudicato, «la conseguenza dell'accoglimento di (...) [una] censura [volta a contestare la legittimità di un'aggiudicazione viziata dal mancato inserimento dei criteri ambientali minimi nella legge di gara] è la caducazione dell'intera gara e l'integrale riedizione della stessa, emendata dal vizio in questione» (Cons. Stato, sez. III, 14 ottobre 2022, n. 8773)

funzione, sembra a tutti gli effetti costituire un “interesse diffuso”<sup>21</sup>), si scontra, all’atto pratico, con l’eccessivo costo dell’accesso alla giustizia in materia di contratti pubblici. Del resto, il contenzioso in materia di contratti pubblici, dato l’ingentissimo (e francamente abnorme<sup>22</sup>) importo del contributo unificato, è, com’è stato sarcasticamente fatto notare, accessibile a tutti come il celebre hotel Ritz di Parigi<sup>23</sup>.

Togliendo le impugnative da parte degli operatori economici e i ricorsi da parte delle associazioni ambientaliste, in assenza di un apposito potere sanzionatorio, l’unico strumento “deterrente” che rimane (almeno sulla carta) è la legittimazione speciale dell’ANAC<sup>24</sup>, che tutta-

<sup>21</sup> Se è vero, infatti, che i Decreti CAM hanno quale finalità ultima quella di tutelare l’ambiente; non può che essere allora parimenti vero che il loro rispetto costituisce un “interesse diffuso”, ossia, per dirla con l’Adunanza Plenaria, un «interesse sostanziale che eccede la sfera dei singoli per assumere una connotazione condivisa e non esclusiva, quale interesse di “tutti” in relazione ad un bene dal cui godimento individuale nessuno può essere escluso, ed il cui godimento non esclude quello di tutti gli altri» (così Const. Stato, Ad. Plen., 20 febbraio 2020, n. 6). Sul punto si rinvia a M. CALABRÒ, *Sui presupposti della legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste*, in *Foro amm. TAR*, n. 2/2003, 412 ss.; S. FRANCA, *Il “doppio binario” di legittimazione alla prova dell’Adunanza Plenaria. Quale spazio per la legittimazione soggettiva degli enti esponenziali di interessi collettivi?*, in *Dir. Proc. Amm.*, n. 4/2020, 1029 ss.; G. MANNUCCI, *La legittimazione a ricorrere delle associazioni: fuga in avanti o ritorno al passato?*, in *Gior. Dir. Amm.*, n. 4/2020, 520; S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere delle associazioni di consumatori tra “generalità” e “specialità”*, in *Gior. Dir. Amm.*, n. 4/2020, 520.

<sup>22</sup> Com’è noto, ai sensi e per gli effetti dell’art. 13, co. 6-bis, del D.P.R. n. 115/2002, in caso di impugnazione degli atti di gara il contributo unificato varia da un minimo di duemila euro a un massimo di seimila euro. Sul punto cfr. R. FUSCO, *Prove di compatibilità della disciplina impositiva sul contributo unificato in materia di contratti pubblici con i principi europei di effettività della tutela e di non discriminazione degli operatori economici*, in *www.giustamm.it* e A. MIRABILE, *Un nuovo capitolo nella «guerra» al contributo unificato in materia di appalti: il T.R.G.A. di Trento sospende l’invito al pagamento*, in *www.giustamm.it*.

<sup>23</sup> Cfr. le conclusioni dell’Avv. Gen. N. Jääskinen in data 7 maggio 2015 in causa C-61/14, ove si legge che «si dice che il giudice del XIX secolo Sir James Matthew abbia affermato che “in Inghilterra la giustizia è aperta a tutti, come l’Hotel Ritz”. La causa in esame fornisce alla Corte l’opportunità di considerare se lo stesso valga per i procedimenti giurisdizionali relativi all’aggiudicazione di appalti pubblici in Italia disciplinati dal diritto dell’Unione sugli appalti pubblici».

<sup>24</sup> Sul punto si veda ancora F. DE LEONARDIS, *Criteri di sostenibilità energetica e*

via, oltre a riguardare i soli «contratti di rilevante impatto»<sup>25</sup>, è stata sin qui utilizzata con estrema parsimonia<sup>26</sup>.

Un ulteriore aspetto critico della disciplina dei CAM consiste poi nell'eccessiva lungaggine del processo di adozione dei relativi Decreti Ministeriali. I quali rischiano di essere obsoleti già quando vedono la luce.

Com'è stato osservato, infatti, «non vi è settore nel quale si manifesta la necessità di un continuo aggiornamento più di quello ambientale data la rapida e continua evoluzione della tecnologia»<sup>27</sup>.

A ciò si aggiunge che non esiste né nel codice del 2016, né in quello del 2023 alcuna norma che espressamente consenta di allineare i contratti già in essere ai sopravvenuti parametri fissati dagli eventuali Decreti CAM sopraggiunti rispetto alla sottoscrizione dei contratti.

#### 4. Conclusioni

La disciplina relativa ai Criteri ambientali minimi contenuta nel nuovo Codice dei contratti pubblici si pone, come si è detto, nel solco di quella contenuta nel Codice del 2016. *In subiecta materia* non si rinviene, dunque, nell'ordito del D.Lgs. n. 36/2023 alcuna disposizione innovativa e, quindi, nessuna previsione volta a ovviare alle problematiche di cui si è detto.

Sotto tale profilo pare pertanto doversi ritenere che il legislatore, chiamato (forse con eccessiva fretta) a rimettere mano alla disciplina dei contratti pubblici, abbia (almeno per il momento) perso un'importante occasione.

*ambientale*, cit., 191.

<sup>25</sup> Così art. 211, co. 1-*bis*, D.Lgs. n. 50/2016 e art. 220, co. 2, D.Lgs. n. 50/2016.

<sup>26</sup> Sulla legittimazione straordinaria dell'A.N.A.C. si rinvia a W. GIULIETTI, *La vigilanza dell'A.N.A.C. in materia di contratti pubblici tra potere ispettivo e speciale legittimazione ad agire in giudizio*, in *Riv. Giur. Ed.*, n. 2/2022, 99 ss. e a M. RAMAJOLI, *Brevi note sui rimedi di precontenzioso dell'ANAC tra legalità processuale e termine di decadenza*, in *Dir. Proc. Amm.*, n. 1/2020, 174 ss.

<sup>27</sup> Così F. DE LEONARDIS, *Criteri di sostenibilità energetica e ambientale*, cit., 185.

Si auspica, però, che si possa tentare di rimediare agli aspetti critici sopra denunciati con i “correttivi” che verosimilmente verranno apportati, strada facendo, al nuovo codice<sup>28</sup>.

In particolare, per tentare di ovviare al problema relativo all’assenza di conseguenze derivanti dalla violazione dei Decreti CAM si potrebbe, ad esempio, per un verso, introdurre un’apposita potestà sanzionatoria in capo al Ministero dell’ambiente e della sicurezza energetica e, per altro verso, esonerare dal pagamento del contributo unificato le associazioni ambientaliste che impugnino la disciplina di gara facendo valere le violazioni dei decreti CAM<sup>29</sup>. Per cercare di risolvere, invece, la problematica relativa alla attuale impermeabilità dei contratti sottoscritti agli eventuali criteri CAM *medio tempore* sopravvenuti si potrebbe introdurre una nuova ipotesi di revisione dei contratti, volti, ovviamente entro i limiti consentiti dal diritto U.E.<sup>30</sup>, ad allineare gli stessi ai nuovi criteri ambientali.

Si tratta di lievi modifiche, peraltro a costo zero, che consentirebbero di rendere ancor più verdi i contratti affidati dai soggetti tenuti all’osservanza del codice dei contratti pubblici.

<sup>28</sup> Il D.Lgs. n. 36/2023, prima ancora di acquisire efficacia, ha già subito delle modifiche. Col D.L. n. 57/2023, infatti, è stato novellato l’art. 108 del D.Lgs. n. 36/2023, imponendo che il raggiungimento della parità di genere deve essere «comprovata dal possesso della certificazione della parità di genere» e non più tramite autocertificazione com’era previsto dalla originaria versione dell’art. 108.

<sup>29</sup> Che rispetto alle questioni di rilevanza ambientale vi possa essere una disciplina meno stringente in materia di contributo unificato non costituirebbe, del resto, una novità assoluta. Basti pensare, infatti, che, ai sensi dell’art. 13, co. 6-*bis*, lett. a), del D.P.R. n. 115/2002 «non è dovuto alcun contributo per i ricorsi previsti dall’articolo 25 della citata legge n. 241 del 1990 avverso il diniego di accesso alle informazioni di cui al decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 195, di attuazione della direttiva 2003/4/CE sull’accesso del pubblico all’informazione ambientale». Il tutto in linea con la giurisprudenza della Corte di giustizia, secondo cui i procedimenti giurisdizionali in cui vengono fatte valere le violazioni delle previsioni in materia ambientale non devono essere «eccessivamente onerosi» (Corte di giust., sez. I, 15 marzo 2018, in causa C-470/16).

<sup>30</sup> Com’è noto, le Direttive del 2014 consentono le modifiche ai contratti di appalto e di concessioni a condizione che le stesse non siano sostanziali.

FRANCESCO DE LEONARDIS

CONCLUSIONI ALLA IV SESSIONE  
“SVILUPPO SOSTENIBILE E TRANSIZIONE ECOLOGICA”

Costituisce ormai un dato pacifico, lo affermano praticamente tutti i report e i documenti ufficiali sia internazionali che europei, che il nostro Pianeta sia gravemente malato e che sia, purtroppo, continuamente sottoposto ad uno stress insostenibile per il suo equilibrio.

Da una parte, i cambiamenti climatici i cui effetti sono sotto gli occhi di tutti e, dall'altra, il consumo delle risorse che un'economia dissipativa e lineare da tempo va realizzando, stanno avvitando il futuro di tutti noi in una spirale perversa.

Tale circolo vizioso rischia di compromettere non più solo il “benessere” di ciascuno ma anche l’“essere”, l’“esistenza” dell'umanità e degli ecosistemi che di tale benessere costituisce fondamento.

Le stesse espressioni che ricorrono spesso nei dibattiti pubblici e scientifici di “climate change” e di “consumo delle risorse naturali” appaiono ormai talmente abusate da essersi svuotate del loro significato originario.

Da una parte, il termine “cambiamenti climatici” non avendo una connotazione precisa in senso negativo comporta una sottostima del problema gigantesco a cui si riferisce; dall'altra il termine “consumo delle risorse” non dà la dimensione reale di ciò che sta avvenendo (non indica, ad esempio, in modo chiaro che stiamo consumando le risorse di tre Pianeti).

Sarebbe forse preferibile utilizzare al riguardo i termini di “collasso”, di “catastrofe”, di “crisi” o di “emergenza globale” anche se ben presto anch'essi verrebbero metabolizzati e assorbiti dal linguaggio comune privandoli della loro capacità di *warning*.

La nostra esistenza è, infatti, fondata su un determinato modello climatico e la modifica di questo produce impatti sulla produzione alimentare, sulla potabilità dell'acqua, sulla biodiversità, sugli equilibri ecosistemici, sulla salute e, in generale, su tutte le componenti di un sistema complesso come è quello in cui viviamo.

Nello stesso tempo i beni e i servizi che quotidianamente utilizziamo

vengono realizzati a partire da risorse naturali che non sono certamente infinite e non appare irragionevole chiedersi cosa succederà quando esse non saranno più disponibili.

Le crisi che sta attraversando il nostro Pianeta sono antropogeniche, sono create dall'azione di tutti noi: da una parte, si tratta di una brutta notizia perché siamo noi gli autori di questi sconvolgimenti; dall'altra si tratta di una buona notizia perché con la nostra azione, volendo, siamo in grado di modificare il corso delle cose.

Non si tratta di compito facile innanzitutto perché le crisi ambientali, a differenza di quelle economiche, finanziarie, geopolitiche, sanitarie, sono silenziose, non gridano, non graffiano, non si avvertono nell'immediato.

E dunque il primo passaggio non scontato è quello di prenderne consapevolezza.

Ma immediatamente dopo tale presa di consapevolezza viene l'interrogativo fondamentale: cosa fare in concreto per ridare al Pianeta una traiettoria di sopravvivenza?

Le relazioni che si sono susseguite in questa giornata ci hanno fornito importanti spunti al riguardo.

Nicola Gullo è partito dal riferimento all'Agenda 2030 ricordandoci che qualunque azione si metterà in campo dovrà essere intrapresa e attuata con approccio sistemico e non settoriale.

L'Agenda 2030 che contiene gli obiettivi di sviluppo globale non è infatti solo una strategia di carattere ambientale dal momento che i suoi obiettivi sono anche relativi ad aspetti sociali, economici e istituzionali.

Maurizio Cellura ci ha ricordato il ruolo insostituibile dell'Università e dell'educazione a tutti i livelli per la presa di consapevolezza della crisi attuale e per la definizione di politiche di attuazione degli obiettivi dell'Agenda 2030.

Marcella Gola si è soffermata sulle due grandi aree della produzione, quella industriale e quella agricola, evidenziando che spesso il ruolo di questa seconda viene messo in ombra.

Anche dal suo intervento emerge la necessità di un approccio integrato delle varie politiche pubbliche.

L'agricoltura, la terra, peraltro, ci spingono a considerare orizzonti temporali diversi, assai più lunghi di quelli brevi cui siamo abituati (il cd. *short terminism* dovrebbe lasciare il posto al *long terminism*).

Francesco Vetrò ha ricostruito in modo completo le possibili cause della crisi energetica che stiamo attraversando.

Vera Karam de Chueiri ha ricordato che nessun processo di transizione può lasciare indietro i più poveri e più deboli.

Viviana Molaschi si è soffermata sull'importanza della prevenzione, che è principio cardine di tutta la tutela ambientale.

Valentina Giomi ha evidenziato il ruolo del bene acqua e della sua gestione in qualsiasi politica di transizione.

Paolo Provenzano ha sottolineato l'importanza dell'uso strategico della contrattazione pubblica per realizzare i fini ambientali.

Roberto Leonardi ha sviluppato le connessioni tra tutela dell'ambiente e disciplina del procedimento amministrativo.

Un fatto è certo: il Pianeta sta subendo cambiamenti di tipo epocale e questi possono mettere in pericolo la sua sopravvivenza che costituisce la precondizione di ogni diritto dell'uomo che lo abita.

Si tratta di un contesto di sommovimento totalmente nuovo, di un nuovo quadro, in cui gli istituti e le categorie giuridiche che siamo abituati ad utilizzare sono inevitabilmente destinati a cambiare.

Il processo è già in corso e riguarda tutti i settori del diritto.

Sul versante del diritto costituzionale sono numerose le Costituzioni che non si limitano più ad inserire la tutela dell'ambiente tra i principi fondamentali ma che iniziano a contemplarla nella parte della Costituzione economica.

Per quel che riguarda il diritto dell'Unione europea la stessa Unione europea ha intrapreso un processo di cambiamento radicale come emerge dal Green Deal che potrebbe portare a rivedere gli stessi Trattati.

Questi erano stati pensati in un momento storico diverso da quello attuale in cui i riferimenti all'ambiente erano inesistenti, poi, pian piano, grazie alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, agli atti di programmazione e al diritto derivato, tale tutela è “entrata dalla finestra” trovando collocazione in una parte speciale del TUE e del TFUE.

Il passaggio successivo potrebbe essere quello di spostare la tutela dell'ambiente tra i principi fondamentali dei Trattati e di trarne una serie di conseguenze in tema di concorrenza, di aiuti di stato, etc.

In tal modo la tutela dell'ambiente non sarebbe più un qualcosa di aggiunto ex post ad una struttura costituzionale che già esisteva ma un vero e proprio “formante” di un nuovo modello di Europa.

Per quel che riguarda il diritto amministrativo e pubblico in generale in molti hanno messo in evidenza negli ultimi tempi il fatto che la tutela dell'ambiente potrebbe comportare un'accentuazione del ruolo del potere pubblico rispetto al privato: la crescita della programmazione, della politica industriale, dei poteri di regolazione.

Allo stesso tempo è altresì chiaro che in questo nuovo quadro anche le imprese e i consumatori da soggetti passivi della normativa ambientale diventeranno sempre più protagonisti anche attraverso i nuovi strumenti della responsabilità estesa del produttore e dell'applicazione dei principi di concorrenza delle politiche ambientali stesse.

La disciplina dei procedimenti amministrativi in una prospettiva in cui devono essere conseguiti obiettivi di carattere ambientale in tempi rapidi (si pensi all'implementazione delle rinnovabili) già da tempo è sottoposta ad un'opera di riforma in questa direzione (anche se non sempre l'inseguire la rapidità a tutti i costi porta ai risultati sperati).

Le amministrazioni dovranno adeguare le loro organizzazioni e il loro personale alla necessità sempre più avvertita di un approccio integrato.

Mentre si dovrà procedere ad un reclutamento di qualità, ad un aggiornamento del personale si dovranno probabilmente, per raggiungere gli obiettivi in tempi ristretti, utilizzare in maniera più ampia i commissari straordinari.

Dovranno cambiare i principi: è significativo che ai tradizionali principi del diritto ambientale, chi inquina paga, correzione alla fonte, prevenzione e precauzione, se ne siano aggiunti altri come quello di integrazione, quello di responsabilità estesa del produttore, quello DNSH.

Ma sono incisi anche il diritto privato, il diritto del lavoro, il diritto delle imprese: le stesse categorie giuridiche tradizionali, si pensi al diritto di proprietà, da tempo sono in fibrillazione a fronte, ad esempio, della responsabilità estesa del produttore e dei fenomeni, favoriti dallo sviluppo digitale, della *sharing economy*, etc.

Dovranno cambiare gli orizzonti temporali di intervento dal breve periodo al lungo periodo; dovrà cambiare il ruolo delle imprese (si pensi alla proposta di direttiva due diligence che costituisce un rafforzamento importante della responsabilità sociale dell'impresa); dovrà cambiare la concezione di sviluppo sostenibile che da una nozione debole

propria della cd. *shallow economy* inevitabilmente, per questioni di sopravvivenza, dovrà essere inteso in modo forte (cd. *deep ecology*).

Ma il punto centrale, ancor prima del cambiamento degli istituti è il cambiamento di mentalità ed è quello più difficile.

Non sono state sufficienti quattro crisi sistemiche, quella del 2001 delle torri gemelle (crisi geopolitica), quella del 2008 dei mutui sub prime (crisi finanziaria), quella pandemica del 2020 (crisi sanitaria), quella della guerra russo-ucraina del 2022 (crisi bellica) a farci cambiare il nostro modo di vivere o di pensare.

Tutto è rimasto come prima.

Il punto vero è passare dall'ego, dall'individualismo, dal profitto, al noi, all'oikos, al tutti, alla relazione, agli altri, riuscire a costruire ponti, reti, interconnessioni invece di steccati, compartimenti stagni, castelli.

Non è facile, ma il fatto stesso che siamo qui a ragionare di queste tematiche rappresenta un primo e significativo elemento di speranza.



PROSPETTIVE E CRITICITÀ  
DELLA *GREEN ECONOMY*



DIANA-URANIA GALETTA\*

“NATURE BASED SOLUTIONS” E PIANIFICAZIONE URBANA,  
A SALVAGUARDIA DELLA RESILIENZA DELLE NOSTRE CITTÀ.  
QUALCHE RIFLESSIONE E TALUNI SPUNTI DI RICERCA

SOMMARIO: 1. I servizi Ecosistemici: nozione e rilevanza. – 2. “*Nature based solutions*” ed “infrastrutture verdi”. – 3. *Segue*: “*Nature Based Solutions*” e pianificazione urbana: utilizzare infrastrutture verdi per combattere il c.d. effetto “isola di calore urbano” (un esempio concreto). – 4. “*Nature based Solution*”, efficientamento energetico e pianificazione urbana all’epoca delle TIC: riflessioni e proposte. – 5. Brevi conclusioni.

1. *I servizi Ecosistemici: nozione e rilevanza*

Prima di focalizzare l’attenzione sul tema delle “*Nature based solutions*” e del loro nesso con la pianificazione urbanistica, è necessario partire dalla premessa che, negli anni più recenti, l’Unione Europea ha fatto ricorso alla nozione di “Servizi Ecosistemici” (SE) in numerosi suoi atti normativi, oltre che in varie Comunicazioni della Commissione<sup>1</sup>.

\* Desidero rivolgere un particolare ringraziamento al Dott. Leonardo SCUTO, dottorando di ricerca in diritto amministrativo presso l’Università degli studi di Milano, per l’aiuto prestatomi nella stesura del par. 3 e delle note di cui è stato corredato il testo, che qui si pubblica, della relazione da me presentata al V Convegno dell’Associazione Italo-Brasiliana dei professori di Diritto Amministrativo e Costituzionale (AIBDAC), svoltosi a Palermo il 15-16 settembre 2022.

<sup>1</sup> Si vedano, in particolare: la Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, COM(2013) 249 *final*, avente ad oggetto “*Infrastrutture verdi – Rafforzare il capitale naturale in Europa*”, la Relazione della Commissione, al Consiglio e al Parlamento Europeo, COM (2015) 219 *final*, avente ad oggetto “Lo stato della natura nell’Unione europea. Relazione sullo stato e sulle tendenze dei tipi di habitat e delle specie contemplati dalla direttiva Uccelli e dalla direttiva Habitat per il periodo 2007-2012, come richiesto a norma dell’articolo 17 della direttiva Habitat e dell’articolo 12 della direttiva Uccelli”; la Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, COM(2017) 198

A questo riguardo occorre anzitutto precisare come le politiche messe in campo dall'UE in materia di ecosistemi e biodiversità, soprattutto con riferimento alla "Strategia dell'UE sulla biodiversità fino al 2020", avessero l'importante obiettivo, *inter alia*, di integrare le diverse e innumerevoli esigenze dettate dalla biodiversità nell'ambito della definizione, e attuazione, delle diverse politiche settoriali<sup>2</sup>. Sicché il legislatore UE, nel corso del tempo, ha più volte focalizzato la propria attenzione proprio sull'individuazione della nozione di "Servizi Ecosistemici"; nozione che è stata anzitutto utilizzata per enucleare la complessa normativa multilivello incentrata sulla protezione e conservazione degli habitat naturali e, in particolare, della flora e della fauna<sup>3</sup>.

*final*, avente ad oggetto "Un piano d'azione per la natura, i cittadini e l'economia". V. anche la Relazione della Commissione, al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, COM (2019) 236 *final*, avente ad oggetto il "Riesame dei progressi compiuti nell'attuazione della strategia dell'UE per le infrastrutture verdi"; la Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, COM(2020) 380 *final*, avente ad oggetto "Strategia dell'UE sulla biodiversità per il 2030 – Riportare la natura nella nostra vita" e, infine, la Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, COM (2011) 244 *final*, recante "La nostra assicurazione sulla vita, il nostro capitale naturale: strategia dell'UE sulla biodiversità fino al 2020".

<sup>2</sup> Per approfondimenti si rinvia a [https://environment.ec.europa.eu/strategy/biodiversity-strategy-2030\\_en](https://environment.ec.europa.eu/strategy/biodiversity-strategy-2030_en).

<sup>3</sup> Sul punto v. *inter alia*, la Direttiva 1992/43/CEE del Consiglio del 21 maggio 1992 relativa "alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche" e modifiche successive (la c.d. Direttiva Habitat), la Direttiva 2009/147/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 30 novembre 2009 concernente la "conservazione degli uccelli selvatici" e modifiche successive (la c.d. Direttiva Uccelli), e, infine, la Direttiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004 sulla "responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale". Con particolare riferimento all'implementazione della Direttiva Habitat, si consideri che (i) gli Allegati I e II contengono le tipologie di habitat e di specie la cui conservazione richiede la designazione, oltretutto l'individuazione, delle c.d. zone speciali di conservazione; e che (ii) l'Allegato III è volto ad elencare i criteri secondo i quali i singoli Stati membri sono chiamati a selezionare i siti che rispondono ai requisiti delle c.d. zone di importanza comunitaria e che, dunque, possono essere qualificate alla stregua di zone speciali di conservazione. Ciò posto, gli Stati membri sono stati successivamente chiamati ad introdurre, all'interno dei propri ordinamenti nazionali, obiettivi e misure di conservazione appropriati per garantire la conservazione degli ha-

Come ci insegna la letteratura di settore<sup>4</sup>, per funzionare bene un ecosistema deve essere costituito dall'insieme di tutti gli organismi che ne fanno parte e che si relazionano tra loro. Le relazioni fra le innumerevoli parti di un ecosistema costituiscono i processi che generano le diverse funzioni ecologiche<sup>5</sup>; e l'alterazione degli ecosistemi determina

bitat e delle relative zone designate, al fine di evitare il deterioramento delle suddette zone e i possibili danni arrecabili alle specie ed ai relativi ecosistemi. In secondo luogo, il Regolamento 2020/852/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 giugno 2020 relativo “all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili e recante modifica del regolamento (UE) 2019/2088” fornisce una definizione puntuale della nozione in oggetto, secondo cui si tratta dei “contributi diretti e indiretti degli ecosistemi ai benefici economici, sociali, culturali e di altro tipo che le persone traggono da tali ecosistemi”. Nello stesso verso, si segnalano, *inter alia*, il Regolamento Delegato 2014/531/UE della Commissione del 24 novembre 2014 che “integra il regolamento (UE) n. 508/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio stabilendo i costi ammissibili al sostegno del Fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca al fine di migliorare le condizioni di igiene, salute, sicurezza e lavoro dei pescatori, proteggere e ripristinare la biodiversità e gli ecosistemi marini, mitigare i cambiamenti climatici e aumentare l'efficienza energetica dei pescherecci”, le Decisioni 2018/813/UE e 2018/62/2018 della Commissione del 14 maggio 2018 relativa al “documento di riferimento settoriale sulle migliori pratiche di gestione ambientale, sugli indicatori di prestazione ambientale settoriale e sugli esempi di eccellenza per il settore dell'agricoltura a norma del regolamento (CE) n. 1221/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio sull'adesione volontaria delle organizzazioni a un sistema comunitario di ecogestione e audit (EMAS)”, il Regolamento 2021/2115/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 2 dicembre 2021 recante “norme sul sostegno ai piani strategici che gli Stati membri devono redigere nell'ambito della politica agricola comune (piani strategici della PAC) e finanziati dal Fondo europeo agricolo di garanzia (FEAGA) e dal Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale (FEASR) e che abroga i regolamenti (UE) n. 1305/2013 e (UE) n. 1307/2013”, il Regolamento di Esecuzione 2022/1475/UE della commissione del 6 settembre 2022 recante “norme dettagliate di applicazione del regolamento (UE) 2021/2115 del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda la valutazione dei piani strategici della PAC e la fornitura di informazioni per il monitoraggio e la valutazione”, e da ultimo il Regolamento 2022/2472/UE della Commissione del 14 dicembre 2022 che “dichiara compatibili con il mercato interno, in applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'unione europea, alcune categorie di aiuti nei settori agricolo e forestale e nelle zone rurali”.

<sup>4</sup> Sul punto, si veda L. DELONG, W. SHUYAO, L. LAIBAO, Z. YATONG, L. SHUANG-CHENG, *Vulnerability of the global terrestrial ecosystems to climate change*, in *Global Change Biology*, Vol. 24, 4095 ss.

<sup>5</sup> Per una spiegazione dettagliata della c.d. funzioni ecologiche, e più in generale dei

una modificazione della loro funzionalità e spesso una progressiva distrofia, intesa come perdita di funzioni.

Non a caso, infatti, il primo obiettivo della “Strategia italiana sulla biodiversità”<sup>6</sup> – quella la cui elaborazione si collocava nell’ambito degli impegni assunti dall’Italia con la ratifica della Convenzione sulla Diversità Biologica di Rio de Janeiro del 1992<sup>7</sup> – riguardava proprio la necessità di garantire, entro il 2020, la conservazione della biodiversità e assicurare la salvaguardia e il ripristino dei Servizi Ecosistemici, al fine di garantirne il ruolo chiave per la vita sulla Terra e per il benessere umano<sup>8</sup>.

servizi ecosistemici, cfr., *inter alia*, C. A. KULL, X. ARNAULD DE SARTRE, M. CASTRO-LARRAÑAGA, *The political ecology of ecosystem services*, in *Geoforum*, Vol. 61, 2015, 122 ss. Gli Autori, con riferimento all’evoluzione del concetto dei SE, spiegano che “the idea of ES took wings in the late 1990s with emblematic publications by high-profile ecologists and economists. Costanza et al. (1997b, p. 254) wrote in *Nature* that “Ecosystem goods (such as food) and services (such as waste assimilation) represent the benefits human populations derive, directly or indirectly, from ecosystem functions”, while Vitousek et al. (1997, p. 499) argued in *Science* that “Our activities are causing rapid, novel, and substantial changes to Earth’s ecosystems. Maintaining populations, species, and ecosystems in the face of those changes, and maintaining the flow of goods and services they provide humanity, will require active management for the foreseeable future (...)”. Si veda anche K. HAVADI-NAGY, A. USAI, *Cultural functions of ecosystem services in national and regional policies towards an integrated and sustainable management of rural landscape*, in *Scienze del Territorio*, 55, 2020, 138 ss.

<sup>6</sup> A tal proposito, è interessante osservare come la *Strategia italiana sulla Biodiversità 2020* abbia adottato una serie di indicatori volti al conseguimento degli obiettivi sottesi alla Strategia medesima e precisato che, per valutarne l’efficacia, “sarà opportuno definire un sistema di monitoraggio periodico, basato su un insieme di indicatori di risultato e di impatto, che consentano di stimare l’efficacia delle politiche intraprese, il raggiungimento degli obiettivi specifici attraverso le priorità di intervento per il conseguimento della vision e degli obiettivi strategici”. Il relativo testo è reperibile in <https://www.mase.gov.it/>.

<sup>7</sup> Sul versante europeo cfr. invece la Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, COM (2011) 244 *final*, relativa alla “nostra assicurazione sulla vita, il nostro capitale naturale: strategia dell’UE sulla biodiversità fino al 2020” e la recente Risoluzione del Parlamento europeo del 9 giugno 2021 sulla strategia dell’UE sulla “biodiversità per il 2030 - Ripartire la natura nella nostra vita (2020/2273(INI))”.

<sup>8</sup> Nel 2021 l’allora Ministero della Transizione Ecologica aveva avviato un processo di consultazione al fine di definire la nuova Strategia Nazionale per la Biodiversità al 2030, in coerenza con il medesimo documento di indirizzo dell’Unione Europea per la

## 2. “Nature based solutions” ed “infrastrutture verdi”

Più di recente, alla nozione di Servizi Ecosistemici si è affiancata quella di “Nature Based Solutions”<sup>9</sup>.

Con questa espressione ci si riferisce a soluzioni innovative che, traendo ispirazione dalle strategie di adattamento proprie degli ecosistemi naturali, intendono produrre benefici per gli esseri umani e, al contempo, per l’ambiente<sup>10</sup>.

Nel novero delle soluzioni innovative ricomprese nel concetto di “Nature Based Solutions” si colloca la nozione di “infrastrutture verdi”.

Biodiversità al 2030 (di cui in [https://environment.ec.europa.eu/strategy/biodiversity-strategy-2030\\_en](https://environment.ec.europa.eu/strategy/biodiversity-strategy-2030_en)). Al fine di garantire un’ampia partecipazione alla redazione del predetto documento sono state chiamate a partecipare diverse amministrazioni, enti e portatori d’interesse (i cd *stakeholders*). Recentemente, sono stati pubblicati i primi esiti della consultazione pubblica, nonché il testo aggiornato della Strategia Nazionale Biodiversità 2030, ulteriormente integrato a seguito del parere della Conferenza Stato Regioni. V in [https://www.mase.gov.it/sites/default/files/archivio/allegati/biodiversita/2\\_SNB\\_2030\\_03-23.pdf](https://www.mase.gov.it/sites/default/files/archivio/allegati/biodiversita/2_SNB_2030_03-23.pdf).

<sup>9</sup> Cfr. *inter alia*, D.J. ABSON, H. VON WEHRDEN, S. BAUMGÄRTNER, J. FISCHER, J. HANSPACH, W. HÄRDITL, H. HEINRICHS, A.M. KLEIN, D.J. LANG, P. MARTENS, D. WALMSLEY, *Ecosystem services as a boundary object for sustainability*, in *Ecological Economics*, Vol. 103, 2014, 29-37.

<sup>10</sup> Al riguardo è utile fare riferimento alla documentazione pubblicata dall’*International Union for Conservation of Nature* (IUCN) – *Nature-based Solutions for cities* (in <https://www.iucn.org/our-work/topic/nature-based-solutions-cities>) che, in particolare, analizza la pressione che l’urbanizzazione sta esercitando sull’ecosfera, cogliendo le sfide che oggi giorno, in tema di pianificazione urbanistica, il legislatore statale e regionale sono chiamati ad affrontare, tra cui, appunto, la possibilità di adottare “soluzioni basate sulla natura” per supportare le città nel perseguimento del principio dello sviluppo sostenibile. Su quest’ultimo aspetto, si veda, *inter alia*, F. FRACCHIA, F. MATTOSOGLIO, *Lo sviluppo sostenibile alla prova: la disciplina di via e vas alla luce del D.Lgs. No. 152/2006*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1, 2008, 121 ss.; F. FRACCHIA, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Riv. Quadr. Dir. Amb.*, 2010, 13 ss.; E. CUSA, *Sviluppo sostenibile, cittadinanza attiva e comunità energetiche*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2020, 432 ss.; E. SCOTTI, *Poteri pubblici, sviluppo sostenibile e economia circolare*, in *Il diritto dell’Economia*, 2019, 497 ss.; L. SCUTO, *The development of a new model of urban regeneration in light of the digitalisation of public administration*, in *CERIDAP*, 2022/3, 67 ss.

L'espressione, adottata a più riprese anche dal legislatore comunitario, si riferisce ad una rete di aree naturali, pianificate strategicamente, e concepite al fine di ottenere una vasta serie di Servizi Ecosistemici.

Le infrastrutture verdi<sup>11</sup> risultano essere uno strumento efficace per ottenere benefici ecologici, economici e sociali, ricorrendo a soluzioni cosiddette "naturali" all'interno degli ambienti urbani. Queste si basano infatti sul principio, che l'esigenza di proteggere la natura debba venire integrata nella pianificazione e nello sviluppo territoriali, non limitandone lo sviluppo, bensì con l'intento di favorirne le soluzioni basate sulla natura.

Le soluzioni basate su queste tipologie di infrastrutture rivestono un ruolo importante soprattutto negli ambiti urbani. Introdurre elementi di infrastrutture verdi nelle città può infatti comportare un vantaggio concreto per la salute (e.g. migliore qualità dell'aria).

### 3. Segue: "Nature Based Solutions" e pianificazione urbana: utilizzare infrastrutture verdi per combattere il c.d. effetto "isola di calore urbano" (un esempio concreto)

Dalla prospettiva del giurista risultano in effetti particolarmente interessanti gli esperimenti avviati di recente, con la finalità specifica di operare un'integrazione di "Nature Based Solutions" nella pianificazione urbana<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Risulta per il vero complesso fornire una definizione univoca di "infrastrutture verdi". In tal senso, la Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, COM (2013) 249 *final*, recante "Infrastrutture verdi – Rafforzare il capitale naturale in Europa", ha provato a illustrarne il concetto identificandole come "una rete di aree naturali e seminaturali pianificata a livello strategico con altri elementi ambientali, progettata e gestita in maniera da fornire un ampio spettro di servizi ecosistemici. Ne fanno parte gli spazi verdi (o blu, nel caso degli ecosistemi acquatici) e altri elementi fisici in aree sulla terraferma (incluse le aree costiere) e marine. Sulla terraferma, le infrastrutture verdi sono presenti in un contesto rurale e urbano".

<sup>12</sup> Sul punto cfr. J. AHERN, *Urban landscape sustainability and resilience: the promise and challenges of integrating ecology with urban planning and design*, in *Landscape Ecol.*, 28, 2013, 1203 ss.; E. BRINK, T. AALDERS, D. ÁDAM, R. FELLER, Y. HENSELEK, A. HOFFMANN, K. IBE, A. MATTHEY-DORET, M. MEYER, N. LUCIAN NEGRUT, A. RAU, B.

L’obiettivo finale è di rendere le città più resilienti, anche e soprattutto a fronte delle sfide che pongono, in particolare, i cambiamenti climatici<sup>13</sup>.

Un esempio concreto di come l’integrazione di infrastrutture verdi nella pianificazione urbana possa rappresentare un passaggio cruciale nella protezione dell’ambiente e, al contempo, nella protezione della salute dei cittadini è legato alle più recenti sperimentazioni di soluzioni volte a contrastare il c.d. effetto “isola di calore urbano”. Si tratta, in poche parole, di cercare gli strumenti per tentare di mitigare le molte e assai negative conseguenze che attualmente derivano dalle temperature assai torride che, a causa dei ben noti cambiamenti climatici, interessano le nostre città, soprattutto nei periodi estivi.

In presenza di ripetute ondate di calore è messa infatti fortemente a rischio la salute, in particolare di quei gruppi della popolazione specialmente vulnerabili, come ad esempio le persone con patologie croniche o gli anziani; e l’utilizzo massiccio di impianti di aria condizionata per mitigarne gli effetti, oltre a comportare una spesa ingente (e non sostenibile) in termini di consumo di energia elettrica, contribuisce ad alimentare il relativo circolo vizioso: poiché costituisce, a sua volta, uno dei fattori di inquinamento dell’aria delle città.

Di fatto è ormai noto che, oltre alla presenza di asfalto scuro e superfici cementate che assorbono maggiormente l’energia solare, una del-

RIEWERTS, L. VON SCHUCKMANN, S. TÖRNROS, H. VON WEHRDEN, D. ABSON, C. WAMSLER, *Cascades of green: A review of ecosystem-based adaptation in urban areas*, in *Global Environmental Change*, Vol. 36, 2016, 111 ss.; S. HAGAN, *Ecological Urbanism: The Nature of the City*, Routledge – Taylor & Francis Group, London, 2015; N. KABISCH, N. FRANTZESKAKI, S. PAULEIT, S. NAUMANN, M. DAVIS, M. ARTMANN, D. HAASE, S. KNAPP, H. KORN, J. STADLER, K. ZAUNBERGER, A. BONN, *Nature-based solutions to climate change mitigation and adaptation in urban areas: perspectives on indicators, knowledge gaps, barriers, and opportunities for action*, in *Ecology and Society*, 21/2, 2016, 39 ss.; e J. BUSHA, A. DOYONB, *Building urban resilience with nature-based solutions: How can urban planning contribute?*, in *Cities*, Vol. 95, 2019, 483 ss.

<sup>13</sup> Sul punto cfr. N. KAZA, *Tyranny of the Median and Costly Consent: A Reflection on the Justification for Participatory Urban Planning Processes*, in *Planning Theory*, 5/3, 2006, 255 ss. V. inoltre, *inter alia*, T. MCPHEARSON, E. ANDERSSON, T. ELMQVIST, N. FRANTZESKAKI, *Resilience of and through urban ecosystem services*, in *Ecosystem Services*, Vol. 12, 2015, 152 ss.; S. MEEROWAND, J. NEWEL, *Urban resilience for whom, what, when, where, and why?*, in *Urban Geography*, Vol. 3/40, 2019, 309 ss.

le principali ragioni per cui nelle città si registrano spesso temperature più elevate di diversi gradi rispetto all'ambiente circostante è la presenza di un minor tasso di umidità, causato dall'assenza di vegetazione. Al fine, dunque, di attenuare l'effetto "isola di calore urbano" si dovrebbe tentare di ricreare il giusto tenore di umidità dell'aria nelle città: e si potrebbe farlo o in modo artificiale, ricorrendo all'elettricità per fare evaporare l'acqua<sup>14</sup> (soluzione questa costosa in vari sensi); oppure immaginando investimenti per creare infrastrutture verdi negli ambienti urbani: parchi ricchi in termini di biodiversità, spazi verdi e corridoi di aria fresca<sup>15</sup>.

A questo riguardo si segnala, come esempio concreto, un recente ed interessante progetto introdotto in via sperimentale dal Comune di Milano nel quartiere Città Studi, adiacente al Politecnico di Milano. Si tratta del "Sistema di Drenaggio Urbano Sostenibile"<sup>16</sup>, che rappresenta un esempio degno di nota circa la concreta possibilità di impiego di in-

<sup>14</sup> Si tratta del c.d. raffrescamento evaporativo, noto anche come adiabatico. V. in <https://www.usgs.gov/special-topics/water-science-school/science/il-ciclo-dellacqua-water-cycle-italian>.

<sup>15</sup> A proposito dei principi che guidano la promozione di infrastrutture verdi a supporto dei processi di rigenerazione dei contesti antropizzati, cfr. l'interessante studio sul ruolo strategico che le reti ecologiche assumono nell'ambito delle suddette infrastrutture di R. DE MARTINO, R. FRANCHINO, C. FRATTOLOSO, *Sistemi di reti e connettività nei processi di rigenerazione dei contesti antropizzati*, in *Techne*, 11, 2016, 209 ss. Si veda infine la Decisione di Esecuzione (UE) 2018/210 della Commissione del 12 febbraio 2018, "sull'adozione del programma di lavoro pluriennale LIFE per il periodo 2018-2020" che si pone l'obiettivo di sviluppare e dare attuazione ai "piani e delle azioni a favore delle infrastrutture verdi che migliorano le condizioni degli ecosistemi e dei servizi che forniscono e/o la connettività tra i siti Natura 2000 e/o altre aree protette". A tal proposito, cfr. M. FLORIS, C. ZOPPI, *Ecosystem services and spatial planning: a study on the relationship between carbon sequestration and land-taking processes*, in *Archivio di Studi Urbani e Regionali*, 27 (suppl.), 2020, 1971-18519; C. PATRIZIO, *La rigenerazione urbana: una disciplina progettuale da fondare*, in *Ri-Vista*, 2, 2015, 133ss.; E. MARANGONI, S. TROIANO, E. NASSIVERA, M. CSMINA, G. GALLENTE, *La valutazione monetaria dei servizi ecosistemici marini: un'indagine sulle trezze nell'Alto Adriatico e i Millennials*, in *Aestimum*, 72, 2018, 61-79; e D. POLI (a cura di), *I servizi ecosistemici nella pianificazione bioregionale*, Firenze University Press, 2020, Firenze.

<sup>16</sup> V. per informazioni generali al riguardo: <https://www.comune.milano.it/ambiente.-conclusi-i-lavori-in-via-pacini-un-nuovo-asse-verde-e-un-opera-idraulica-innovativa-a-disposizione-del-quartiere>.

frustrature verdi nella pianificazione di spazi comuni all'interno della città<sup>17</sup>.

#### 4. “Nature based Solution”, efficientamento energetico e pianificazione urbana all'epoca delle TIC: riflessioni e proposte

A proposito di “Nature based Solution” e pianificazione urbana vi è, infine, un ulteriore spunto di ricerca che ho immaginato e che vorrei, dunque, sottoporre qui ad esame e riflessione.

Sulla scia di quanto ho rapidamente illustrato nei paragrafi precedenti mi pare, infatti, che sarebbe possibile immaginare, per il futuro, un'implementazione intelligente<sup>18</sup>, nelle nostre città, di “Nature Based Solutions” usufruendo anche del supporto dei più moderni sistemi di monitoraggio integrati, grazie agli strumenti che ci mettono oggi a disposizione le TIC, le Tecnologie dell'Informazione e Comunicazione<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Il sistema può essere così riassunto: (i) il sistema delle caditoie stradali (volgarmente “tombini”) convoglia le acque di prima pioggia, per loro natura più cariche di inquinanti, direttamente in fognatura, (ii) le acque di seconda pioggia sono indirizzate invece verso una nuova infrastruttura verde di accumulo, trattamento e infiltrazione nel terreno delle acque (si consideri che normalmente, tutte le acque di pioggia erano convogliate direttamente in fognatura), sfruttando così la superficie del parterre alberato creato ad hoc (il cd “bacino di bioretensione”). Così facendo, la nuova infrastruttura verde ha un effetto benefico in termini di riduzione del rischio idraulico, di aumento della biodiversità, di ricarica della falda e di mitigazione delle temperature, oltre che costituire un elemento di arredo urbano. Le aree verdi così create sono state suddivise in tre zone ecologiche in base al livello di disponibilità idrica, grazie all'impiego di specie vegetali diverse e adatte a ciascuna zona.

<sup>18</sup> A proposito del concetto di “implementazione intelligente”, v. D. ANTROBUS, *Smart green cities: from modernization to resilience?*, in *Urban Research & Practice*, 4/2, 2011, 207 ss.

<sup>19</sup> In generale, con riferimento alle sfide e potenzialità che comportano l'utilizzo delle TIC, mi sia permesso di rinviare a D.U. GALETTA, R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020, ed in particolare ai capitoli di G. CARULLO, *Dati, banche dati, blockchain e interoperabilità dei sistemi informatici nel settore pubblico* e F. DI PORTO, *La regolazione di fronte alle sfide dell'ICT e dell'intelligenza artificiale*. V. anche D.U. GALETTA, *Open-Government, open-data e azione amministrativa*, in *Istituzioni del Federalismo*, 3, 2019, 663-683; G. CARULLO, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'Amministrazione*, Giappichelli Editore, Torino, 2017.

Per comprendere le possibili correlazioni tra l'utilizzo delle TIC ed un'implementazione c.d. "intelligente" delle città (e del loro sviluppo), anche alla luce del già menzionato principio del "Nature Based Solutions, si consideri, ad esempio, il tema relativo al monitoraggio "intelligente" del costo dell'energia<sup>20</sup>.

Oltre all'evidente necessità di transitare verso l'uso di c.d. energie rinnovabili<sup>21</sup>, attraverso l'uso di dispositivi intelligenti si potrebbe essere in grado di monitorare costantemente il costo dell'energia utilizzata in tempo reale, al fine di favorire una partecipazione consapevole dei consumatori e orientare la domanda nel mercato elettrico in un'ottica di maggiore efficienza del sistema.

<sup>20</sup> Cfr. A. LORENZONI, *La produzione elettrica con fonti rinnovabili per la sostenibilità e la competitività dell'economia italiana*, in *L'industria*, 1, 2008, 126 ss.; G. DE MAIO, *Cambiamento climatico ed energia rinnovabile decentrata: il ruolo dei governi locali*, in *Federalismi.it*, 8, 2019, 2 ss.

<sup>21</sup> Sul rapporto tra TIC ed efficientamento energetico cfr. M. FALCIONE, *Demand response: risparmio energetico dal lato della domanda. Il contributo volontario degli utenti finali alla flessibilità del consumo elettrico*, in L. CARBONE, G. NAPOLITANO, A. ZOPPINI (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia. Politiche pubbliche e disciplina dell'efficienza energetica*, il Mulino, Bologna, 2016, 385 ss.; R. LEAL-ARCAS, F. LESNIEWSKA, F. PROEDROU, *Prosumers and New Energy Actors*, in M. MPHULO, D. STEUERWALD, T. KUKERA, *Africa-EU Renewable Energy Research and Innovation Symposium*, Springer Proceedings in Energy, 2018. Gli Autori osservano che "one way to increase participation is through the promotion of demand response measures amongst consumers. Demand response «is a tariff or programme established to incentivise changes in electric consumption patterns by end-use consumers from their normal consumption patterns in response to changes in the price of electricity over time, or to incentivise payments designed to induce lower electricity use at times of high market prices or when system reliability is jeopardized»". Si vedano poi anche: E. MENGELKAMP, B. NOTHEISEN, C. BEER, D. DAUER, C. WEINHARDT, *A blockchain-based smart grid: towards sustainable local energy markets*, in *Computer Science – Research and Development*, 33, 2018, 207 ss.; V. CAPPELLI, "Blockchain" e fornitura di energia. *Riflessioni in materia di responsabilità tra decentralizzazione e tutela dei consumatori*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2019, 335 ss.; V. PALMISANO, *Il Clean Energy Package e gli abilitanti normativi al modello peer-to-peer e allo smart contract. Un nuovo modello di energia decentrata e partecipata*, in E.B. LIBERATI, M. DE FOCATIIS, A. TRAVI, *Il teleriscaldamento, la Blockchain e i contratti intelligenti*, Cedam, Milano, 2020; C. HENLY, S. HARTNETT, S. MARDELL, B. ENDEMANN, B. TEJBLUM, AND D. S. COHEN, *Energizing the Future with Blockchain*, Energy Bar Association, *final* 11/14/18, Springer, 2018, 199 ss.

In aggiunta, un'ulteriore applicazione delle TIC in ambito energetico è descritto dalla Direttiva 2018/844/UE, che introduce un “indicatore di predisposizione degli edifici all'intelligenza” che – come spiegato nel trentesimo considerando della Direttiva – “dovrebbe misurare la capacità degli edifici di usare le tecnologie dell'informazione e della comunicazione e i sistemi elettronici per adeguarne il funzionamento alle esigenze degli occupanti e alla rete e migliorare l'efficienza energetica e la prestazione complessiva degli edifici. L'indicatore della predisposizione degli edifici all'intelligenza dovrebbe sensibilizzare i proprietari e gli occupanti sul valore dell'automazione degli edifici e del monitoraggio elettronico dei sistemi tecnici per l'edilizia e dovrebbe rassicurare gli occupanti circa i risparmi reali di tali nuove funzionalità migliorate. L'utilizzo del sistema per valutare la predisposizione degli edifici all'intelligenza dovrebbe essere facoltativo per gli Stati membri”.

Gli esempi potrebbero ovviamente moltiplicarsi, ma quel che mi pare emerga già in modo evidente è che, quale che sia lo specifico ambito applicativo, l'utilizzo di “Nature Based Solutions” implica sempre e comunque delle precise scelte di *governance* da operare *ex ante*<sup>22</sup>. Ed infatti, i politologi e sociologi che si sono occupati di analizzare queste questioni sottolineano che, per potere adottare “Nature Based Solutions”, è necessario anzitutto promuovere nuovi modelli culturali e nuovi modelli di *governance*<sup>23</sup>. La nuova *governance*, ci dicono, dovreb-

<sup>22</sup> Con riferimento ai mutamenti che i modelli di *governance* stanno subendo a fronte delle politiche comunitarie – ed in particolare come conseguenza del *Green Deal* europeo – si rinvia a E. CHITI, *Verso una sostenibilità plurale? La forza trasformatrice del Green Deal e la direzione del cambiamento giuridico*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, 3, 2021, 130 ss.; Id., *Managing the ecological transition of the EU: the European Green Deal as a regulatory process*, in *Common Market Law Review*, 59, 2022, 19 ss.

<sup>23</sup> Sulla possibile evoluzione dei sistemi di *governance*, anche al fine di potere adottare soluzioni innovative incentrate sul concetto di “Nature Based Solutions”, si rimanda a J. AINSCOUGH, A. DE VRIES LENTSCH, M. METZGER, M. ROUNSEVELL, M. SCHRÖTER, B. DELBAERE, R. DE GROOT, J. STAES, *Navigating pluralism: Understanding perceptions of the ecosystem services concept*, in *Ecosystem Services*, Vol. 36, 2019, 1892ss.; K. PARRIS, *Ecology of Urban Environments*, John Wiley Blackwell Ltd, Melbourne, 2016; M. ANTONIOLI, *Sostenibilità dello sviluppo e governance ambientale*, Giappichelli Editore, 2016, Torino.

Risulta dunque interessante constatare come la Pubblica Amministrazione si trovi,

be ispirarsi ad una vasta gamma di discipline, prospettive e meccanismi ed essere in grado di riunire diversi approcci ed esplorare tutte le diverse soluzioni praticabili.

Da giurista osservo però che occorre poi, anche e soprattutto, che questi nuovi “modelli di *governance*” si traducano in solidi strumenti di pianificazione urbanistica a lungo termine, adatti a garantire un’adeguata “resilienza urbana”<sup>24</sup>.

Occorre, cioè, che gli strumenti di pianificazione urbanistica esistenti siano in grado di svilupparsi nella direzione di consentire approcci integrati alla pianificazione e allo sviluppo urbano. Poiché, come la dottrina di settore precisamente sottolinea, considerare le funzioni umane e quelle ecosistemiche separatamente potrebbe non essere sufficiente per comprendere la resilienza del sistema, perché i sistemi socio-economici ed ecologici integrati possono comportarsi in modo diverso rispetto alle loro singole parti separate<sup>25</sup>.

In questa prospettiva si è mossa, in effetti, anche la Commissione europea che, per il periodo 2021-2027, propone una dimensione urbana e territoriale collegata ad un’agenda dell’UE per le politiche urbane<sup>26</sup>.

dopo un lungo processo di evoluzione, nella cd Quarta Rivoluzione Industriale, caratterizzata inevitabilmente da nuovi processi introdotti dalle TIC ma, anche, da un mutamento delle modalità con cui si elaborano i dati e le informazioni mediante lo svolgimento automatizzato dei relativi processi. Quanto espresso precedentemente, tuttavia, non può che doversi confrontare con la *governance* dell’informatica pubblica e, in particolare, occorre interrogarsi sul ruolo e sulle competenze delle Istituzioni, anche alla luce delle nuove sfide poste dalle cd “*Nature Based Solutions*”.

<sup>24</sup> I nuovi modelli di *governance* dovrebbero essere volti a garantire quella che viene definita dalla dottrina una corretta “resilienza urbana”. Sul punto cfr. in particolare da M. ALBERTI, J.M. MARZLUFF, *Ecological resilience in urban ecosystems: Linking urban patterns to human and ecological functions*, in *Urban Ecosystems*, 7, 2004, 241 ss., che spiegano come il termine “resilienza” sia usato con riferimento “alla dimensione del bacino di attrazione attorno a uno stato stabile, che definisce la massima perturbazione che può essere tollerata dal sistema senza causare un passaggio a uno stato stabile alternativo” (traduzione mia). In argomento v. anche L. ALBRECHTS, *Strategic (Spatial) Planning Reexamined. Environment and Planning B*, in *Planning and Design*, 31/5, 2004, 743 ss.; K. HAND, H. RIX, J. STOKES, K. DOICK, *The creation, content and use of urban tree strategies by English local governments*, in *Arboricultural Journal*, 44/4, 2022, 183 ss.

<sup>25</sup> M. ALBERTI, J.M. MARZLUFF, *Ecological resilience in urban ecosystems: Linking urban patterns to human and ecological functions* cit.

<sup>26</sup> L’Agenda urbana per l’UE è finalizzata a riunire la Commissione, i ministeri nazionali,

Il valore aggiunto di questa agenda urbana per l'UE risiede nel fatto che i finanziamenti erogati a favore dello sviluppo urbano sostenibile possono garantire un budget di partenza per potere promuovere un più ampio processo di pianificazione integrata<sup>27</sup>. In tal modo, si incoraggia anche una armonizzazione strategica degli strumenti di programmazione tra tutti gli Stati membri dell'UE.

### 5. Brevi conclusioni

Concludendo se, come ho già più volte scritto<sup>28</sup>, condivido senz'altro l'approccio del filosofo iberico *Rodríguez-Arana*<sup>29</sup>, secondo il quale il diritto ad una “buona amministrazione” include in sé il diritto al miglioramento permanente e integrale delle condizioni di vita delle

le amministrazioni locali e tutte le altre parti coinvolte al fine di “promuovere una migliore legislazione, un accesso più agevole ai finanziamenti e una più ampia condivisione delle conoscenze sulle questioni pertinenti per le città”, in [https://commission.europa.eu/eu-regional-and-urban-development/topics/cities-and-urban-development/urban-agenda-eu\\_it](https://commission.europa.eu/eu-regional-and-urban-development/topics/cities-and-urban-development/urban-agenda-eu_it).

<sup>27</sup> Sul punto, si veda il bilancio a lungo termine dell'UE per il periodo 2021-2027 che è volto a sostenere le priorità a lungo termine nei diversi settori d'intervento, in <https://www.consilium.europa.eu/it/policies/the-eu-budget/long-term-eu-budget-2021-2027/>.

<sup>28</sup> Per approfondimenti sull'ambito applicativo dell'articolo 41 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea e sulla giurisprudenza comunitaria in materia mi sia permesso di rinviare, in particolare, a D.U. GALETTA, *Transizione digitale e diritto ad una buona amministrazione: fra prospettive aperte per le Pubbliche Amministrazioni dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e problemi ancora da affrontare*, in *federalismi.it*, 7, 2022, 103-125; Id., *Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione (il procedimento amministrativo, fra diritto UE e tecnologie ICT)*, in D.U. GALETTA, R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*. cit.; Id., *Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione*, in *CERIDAP*, 3, 2021, 197 ss.

<sup>29</sup> Cfr. J. RODRÍGUEZ-ARANA, *La buena administración como principio y como derecho fundamental in Europa*, *ult. op. cit.* Nel predetto saggio, l'Autore spiega che “Una buona amministrazione pubblica è quella che serve obiettivamente la cittadinanza (...), che svolge il proprio lavoro con razionalità, giustificando le proprie azioni e che si orienta continuamente verso l'interesse generale. Un interesse generale che nello Stato sociale e democratico di diritto risiede nel miglioramento permanente e integrale delle condizioni di vita delle persone”. La traduzione è mia.

persone, debbo però anche sottolineare che, così espressa, la sua visione è forse eccessivamente antropocentrica.

Come è peraltro noto, si tratta di un approccio che non è neppure più conforme a Costituzione, dato che la recente riforma dell'articolo 9 Cost. attribuisce ormai alla nostra Repubblica il compito di tutelare anche l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi<sup>30</sup> e non soltanto nella prospettiva della tutela della salute umana. Sicché, anche in questa prospettiva – e posto che la loro esigenza di tutela va intesa come principio (e non già come “materia”)<sup>31</sup> – mi pare chiaro che, nel novero delle politiche in materia di pianificazione urbanistica, il nostro legislatore, per il futuro, dovrà operare delle scelte tese al raggiungimento di un equilibrio tra le esigenze di “urbanizzazione” delle città, da un lato, ed i principi racchiusi nel concetto (qui sommariamente delineato) di “Nature Based Solutions”, dall'altro. Come ha infatti ribadito il Consiglio di Stato in una sua recente pronuncia, “Così come per i ‘diritti’ (...) anche per gli ‘interessi’ di rango costituzionale (vieppiù quando assegnati alla cura di corpi amministrativi diversi) va ribadito che a nessuno di essi la Carta garantisce una prevalenza assoluta sugli altri. La loro tutela deve essere «sistemica» e perseguita in un rapporto di integrazione reciproca”<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> Il comma 3 dell'articolo 9 della Costituzione (“Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali”) è stato aggiunto dall'art. 1, comma 1, della Legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1. Ai sensi dell'art. 3, comma 1, della medesima legge, la legge dello Stato che disciplina i modi e le forme di tutela degli animali, di cui al presente articolo, come modificato dalla l. cost. n. 1, cit., si applica alle regioni a statuto speciale e alle Province autonome di Trento e di Bolzano nei limiti delle competenze legislative ad esse riconosciute dai rispettivi statuti.

<sup>31</sup> In argomento si rinvia, fra i tanti, a E. DI SALVATORE, *Brevi osservazioni sulla revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2022, 2 ss.; T. FROSINI, *La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, in *federalismi.it*, 2021, 2 ss.; F. RESCIGNO, *Quale riforma per l'articolo 9*, in *federalismi.it*, 2021, 2-5. V. anche M. LOTTINI, *La tutela degli animali in Costituzione: riflessioni e prospettive*, in *CERIDAP*, 3, 2022, 56ss.; M. DE DONNO, *L'emergenza climatica e la democrazia partecipativa*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 6, 2022, 755 ss.

<sup>32</sup> Nella consapevolezza che, come ben sottolinea il Consiglio di Stato, a fronte di eventuali conflitti fra “interessi (ancorché costituzionalmente tutelati)” occorre che “di essi si tenga necessariamente conto nei complessi processi decisionali pubblici”; ne è certamente esclusa una loro “concezione ‘totalizzante’ come fossero posti alla sommità

Tentando dunque di rimettere insieme i vari aspetti della questione qui sommariamente esaminata – e sul noto presupposto che l’*E-Government*, inteso come “uso delle ICT da parte del governo per finalità di *governance*”<sup>33</sup>, abbia quale obiettivo essenziale di aumentare l’efficienza del settore pubblico<sup>34</sup> – concluderei qui con una nota di ottimismo. E, cioè, sottolineando come, grazie alle TIC e al supporto fornito dall’agenda urbana per l’UE, l’adozione di strumenti di pianificazione urbanistica ispirati alla logica delle “Nature Based Solutions” potrebbe in effetti contrassegnare in modo positivo l’evoluzione futura del nostro diritto urbanistico, a salvaguardia della resilienza delle nostre città.

di un ordine gerarchico”, ed è invece richiesto che sia ricercato fra essi un punto di equilibrio “necessariamente mobile e dinamico” e che va individuato “dal legislatore nella statuizione delle norme, dall’Amministrazione in sede procedimentale, e dal giudice in sede di controllo”. Così Consiglio di Stato, sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167, par. 3.4.

<sup>33</sup> “*E-Government as the use of TICs by government for purpose of governance*”, su cui si rinvia a A.V. ROMAN, *Realizing E-Government: Delineating Implementation Challenges and Defining Success*, in E.F. HALPIN, D. GRIFFIN e.a. (a cura di), *Digital Public Administration and E-Government in Developing Nations: Policy and Practice*, United States, Idea Group, 2014, 112 ss. La traduzione è mia.

<sup>34</sup> Sul che rinvio a D.U. GALETTA, *Open-Government, open-data e azione amministrativa*, in *Istituzioni del Federalismo*, 3, 2019, 663 ss.



ARISTIDE POLICE

SUSTAINABILITY  
AND ENERGY MARKET IN DIFFICULT TIMES

I. My intervention mainly focuses on the relationship between the problems in the energy and gas market over the two last years – starting from 2020 and especially in 2021 –, and the problems that the State and the consumers have been facing in the recent months, following the crisis that erupted violently after the outbreak of Russian-Ukrainian conflict.

I would like to start from a report of the EU Agency for the Cooperation of Energy Regulators (ACER), that connects all energy and gas Regulators in the Member States in a kind of network. In this report, that was published in October 2022, the ACER provided a very important outline of the energy crisis and the remedies that should be put in place to protect States, in general terms of economic development, and consumers who are facing rising costs in the energy market, during the war period that is lasting much more than it was predicted, causing very significant effects on gas price.

The report mainly refers to a gas price shock, as the cost of this relevant increase in energy and gas prices for families but also for industries and for the market as a whole. The global demand bounds back to pre-pandemic levels and the supply therefore was insufficient to face this increased demand. The gas supply was severely affected by the effects of the war in Ukraine and the decrease of the Russian pipeline supplies. Of course, this reduction of the supplies from Russia was caused by political decisions of the Member States of Europe, that try to reduce, in a very relevant measure, the supply of gas coming from Russia through Ukraine and trying to find different sources of gas for their needs.

These political decisions were important for many countries, but especially for Germany and Italy. For Germany, because it was very much depending on Russian supplies, and for Italy as well, even though

the geographical position of our country allowed to it to find different sources of energy coming from Northern Africa, many negotiations and deals were made by the previous and the current Governments to provide new supplies of gas coming from Northern African States, in order to provide these huge demand of gas and energy coming from families and from industries.

This important change mainly in the supply chain of gas was very relevant but, in any event, was also very slow; the change in the market will be completed only next year, in 2024, and therefore, until then, there will be a shortage of gas and the huge shortage, of course, is even stronger in Federal Republic of Germany where the supply of gas was almost entirely coming from the Russian market.

Other Countries had different ways to face this shortage in electricity supply, because some of them have the possibility to use nuclear production of energy, for example in France, where the program of dismission of nuclear plants was interrupted and nuclear production of energy was revitalized for this period; the same situation is shared by many other countries that can use nuclear power plants to overcome the shortage in gas supply coming out from the war.

European energy consumers are affected by these price increases in many divergent ways. Some of them are temporary protected by the fixed prices established in their contracts, but, at the end of contractual period, many of the companies, that are supplying energy and gas to the families, try to change and emend the contracts in order to cover the cost of the supplies and to avoid problems with balances. A conflict has arisen over the validity of these contracts, and, in the past months, the Italian Antitrust Authority made an intervention through a general decision of its board to avoid that the companies that supply energy and gas could change their contracts and the price of the supply for their consumers. These companies applied for traditional review behind the Administrative Tribunal of Rome and after behind the Council of State in order to quash this decision of the Antitrust Authority that was too tough and unsustainable for the Companies providing energy on the free market.

Anyhow, this conflict is still going and it is very strong, we will see what our national case law will say as a final word on this dispute. However, even though the judges are very powerful, even the highest

Judges of the country have a substantial limit in its decision-making power and the limit is the complexity of the balance and equilibrium of every kind of market. Therefore, every judicial decision can intervene in the relationships between companies and consumers but even the most powerful judge and supreme administrative Court have not the possibility to change the basics of economics and cannot intervene too hard in the market, where the balance between the demand and the offer of energy and gas is very tight, at this moment.

So, this is a matter of policy and not of judgment. However, in our country there is a very strong tradition – mainly encouraged by lawyers – that all these problems can be solved before the Courts. There is a huge expectation of remedies coming from the case law and the decisions of the Courts. In this economic matters, public law of economy – as it was called in our country since the studies of Professor Giannini – started these reflections on the constitutional framework of public intervention into the markets. Since then – in the early 70s –, the idea of the public intervention in the market and in economy has changed very much.

II. The most important changes in this legal framework were occurred due to the intervention of the European Community – and then the European Union – with their energy policies. These policies made very clear that the solution and the regulation of these markets could not be given by Courts, nor by national legislator with laws or national regulations. The only way to give a legal framework to these markets – that are relevant for European Union – is through European law.

In this respect, an important role is played not only by the directives that insured in some very diverse interventions the liberalization of these markets, but also by the work of Regulators. Indeed, the regulator Authorities of every Member States and the network of Regulators through the ACER, in the last 15 years, started to work in a very connected way.

Anyway, ACER, in this report of 2022, given the rise of retained prices and given the provisions of further rises of these prices following the whole same prices of energy and gas, decided to intervene with some measures that should be applied in every Member State.

The analysis, that was pointed out by the Agency, was grounded on three main trade-offs that have to be considered:

1. *“Being too generous” versus “being too strict”*

Ideally, the financial support should be provided to those that are most in need of it, but the politics followed by many governments - included the Italian government in these last months – granted this support to all consumers at the same way, without any differentiation between consumers. The idea of a financial support to lower the prices of energy and gas was applied in very general term to every single family or factory that consume energy, without a differentiation in the position of the consumers and without any policy that is useful to reduce the consume of energy rather than support the demand with a financial support.

As the same European Agency pointed out in the report, it is a very difficult to put in practice policies that are able to differentiate the financial support, to target some consumers and not others. Indeed, the approach that doesn't differentiate financial support to the consumers, based on their different economic position, according to the European Agency, is not only the most general but it is also the most simple, because this model is easy to implement and it is the only one that can be implemented in the short time that is needed to face these huge problem of price increase.

This is a choice that has basically implications for the State budget but has also huge implications for energy demand and also for energy consumptions. If there is a financial support to the consumers, they are not induced to reduce their energy consumptions; in other words, the public financial support that was given to the Italian consumers did not improve the way in which consumers are using energy, did not limit the use of energy for private consumers and also for public bodies. For example, the policies of the use of energy in towns, cities and many other public bodies didn't change, given the rise of the cost. These are the reasons why the financial support is a typical instrument of public intervention into economy, but a generalized financial support can also be problematic for the alteration in the balance of the natural law of the markets and also for State budgets.

## 2. *Providing support while keeping incentives to reduce demand*

This is a second and a different approach where the idea is to keep the incentives but at the same time introduce a mechanism that could reduce the demand.

This solution was grounded on the idea that taking generic measures to reduce energy prices – such as lowering taxes or levies on energy consumption – is easier to implement but would lead to reduce incentives to reduce energy demand.

In fact, such generic measures – that were implemented in Italy – mainly benefit those with high energy consumption and therefore financial support could lead to an increase in energy consumption rather than a reduction, which should be the goal of the policy.

Given the type of supply conditions that Europe is facing, incentives to save energy demand should be preserved and, of course, in our country we have many bodies that are in charge of a system of incentives to reduce energy demand or to produce energy from alternative sources rather than gas or coal supply. These incentive schemes, that are dealt in our country by *Gestore dei Servizi Energetici*, are very important tools in order to reduce the demand of gas or energy produced by gas and coal.

But also this kind of incentives could represent a problem for the State budget and, especially the incentives that are given to companies that provide energy through alternative sources like sun or wind, have huge problems of implementation, indeed there are many cases of non-compliance with the incentive scheme, there are many breaches in the obligations that the company that gets the financial support or the incentive has undertaken, there is therefore a huge litigation before the Administrative Courts about the decisions to revoke incentives or financial support, given the breach of the obligation of these companies connected with the production of alternative energy.

According to the ACER report, the support for incentives to reduce demand could be achieved by ensuring a certain percentage of standard household energy consumption with social rate, while the remainder is exposed to market prices. This could be an alternative to the model that was implemented in Italy, because it grants a financial support to the households that, for many reasons –especially social reasons – have a

greater need for State support and leaves the rest of the market on a price level that is the one made by the market.

However, this measure is very difficult to implement because it is not accepted by the huge majority of consumers that doesn't get any more financial support from the State. Additionally, this approach, according to which the condition for obtaining social welfare measures or financial support by the State is the ability to be a taxpayer, is difficult to manage in a Country when fiscal system has huge problems of clarity, transparency and trust. In this situation, it is highly problematic to enforce such scheme, that differentiate between families or households who are in a position to receive public aid and who do not, according to their fiscal declarations.

In conclusion, a trustworthy fiscal system is fundamental to implement policies that differentiate the access to a public financial support on the income and, in fact, this is not the case of our Country.

### 3. *“Short-term intervention” versus “long-term goals”*

State financial support interventions on energy prices are short-term interventions. Indeed, they cannot last that long because of the State's budgetary problems and because of the risk that such financial support might alter the natural mechanisms of the markets and neutralize the incentives for good consumption conducts.

Despite the challenges to be overcome this winter – 2022-2023 –, it is important to keep attention to the long-term objectives for the energy system across the Union. While it may provide a little comfort to energy consumers to have financial support from the State –from which everyone is benefiting in Italy but also in other countries – it is important to note that investing in other alternatives means of energy supply structurally addresses the energy demand. For example, in Italy the model of *Comunità energetiche*, that is a way to structurally reduce the demand of energy coming from households, families and Companies, is an important long-term solution to the energy crisis.

Therefore, the energy crisis could be face by a short-term approach, that is made mainly of financial support to families and companies by the State, and a medium- or long-term approach, that is based on incentives schemes or structural solutions that could address the differentia-

tion of the production of energy through alternative sources and the demand of energy through systems that supply energy to the households with homemade energy. Of course, the policies in this field should balance short-term and long-term interventions, in order to achieve the long-term goals that are all aimed at the goal of changing demand and stimulating the differentiation of energy sources.

Therefore, if we look at the evolution of electricity price for the end user in the EU, on a diagram from 2015 to 2022, we can see that the price of energy through the years 2015 to 2020 and during the pandemic was almost stable, then, after the energy crisis that followed the reduction of the pandemic crisis at the end of 2021, we can see an increase in the cost of energy, which was already very high when the war broke out in Ukraine.

III. The outbreak of war in Ukraine and the consequences on the market of energy, where a further price increase occurred and it reached a climax already reached with the pandemic crisis. There was an increase of more than 20% in the level of the prices, 15% of which comes from the sum of the increase in demand resulting from the covid crisis and the increase resulting from the effects on this market of the war in Ukraine.

The level of supplier bankruptcy and exit from the market of supplier increased significantly in 2021. So, the problems are not only for the final consumers, but also for the energy Companies.

It was very difficult for suppliers to fulfil their obligation to buy gas, to transform it into energy and supply it to all consumers. This is why incentives and financial support to end consumers have been helpful in enabling energy suppliers to fulfil their obligations.

The national regulation Agencies in the sector of energy in the European countries monitored the uptake of offers and they showed that the majority of consumers have a fixed-price contract with their energy supplier. This kind of contracts didn't expose the suppliers to a huge crisis during 2021 but, at the end of the contractual term, the increase of the prices will follow and will expose the final consumers to a significant increase until 2023.

These general considerations show the rationale of European poli-

cies in the face of gas market issues. The legal instruments that are relevant to analyze or to develop the policies to address these critical issues – at least during the period when this gas supply will still arrive in limited quantities from Russia – are connected with private law instruments – mainly the contracts between suppliers of energy and consumers –, contractual instruments between the supplier of gas and energy producers, the national regulator power, especially the power to intervene in administrative way in the content of this contracts, and the administrative decisions on financial support through incentives given to the consumers, suppliers of energy produced by alternative sources or energy producers facing financial problems resulting from rising prices and gas shortage.

These instruments – the contractual sphere, on one side, the regulation sphere, on the other side, and the incentives sphere, in the third side – are the sum of the tools that the States and the Regulators have to intervene in this crisis.

The intervention of the State and the Regulators are highly requested by the consumers and consumers Associations complaints, which have increased in recent years and are directed to the National Regulators, the European Union Agency or to the States.

What can we predict about the future of the energy prices? These previsions are set on the ACER's annual report where the market condition and the instruments that States can use to tackle problems are described. A huge number of figures outline price trends, electricity end-price trends, gas end-price trends and the differences between the prices in the wholesale market and the retail prices, that are those affecting the final consumers.

These analyses are very important because they allow the regulator to intervene with measures that reduce the price level for final consumers and, at the same time, are able to cause a reduction in demand of energy.

IV. Moving on to recommendations contained in the report and addressed to the national regulatory Agencies – ARERA for Italy –, it is possible to observe that they address some relevant topics:

*1. The need of assistance of some consumers and not all of them through the management of the increase of energy prices*

The ACER's recommendation is to intervene – especially in the mid-term – selectively, in order to manage energy price increases only for the neediest consumers, not for everyone. The objective is to prevent that generalized policies of financial support could, at the end, increase the demand of energy rather than reduce it.

*2. Financial support measures*

The financial support measures are the most important and they should be realized especially through fiscal policies acting on taxes and VAT. Of course, this is the most efficient and faster way of reducing the costs. The speed of this type of intervention was evident when the Italian government supplemented through the reduction of taxes the supply of gasoline for cars and trucks; the reduction of gas price was a very immediate effect on the level of general prices.

But other measures are recommended by ACER, such as the efficiency of buildings, that is useful for reducing energy demand. This measure, that was introduced by Italian government, gave rise to many breaches of law and many violations of the obligation taken by the companies or households that accepted these grants and incentives. However, it is a measure highly recommended by the European Agency.

*3. The review of supplier last resorts mechanism*

This mechanism – present in every national system – ensures the possibility that the demand of energy can be met at all times without interruption. A new mechanism of last resort can be introduced also in order to face the supplier bankruptcy, a very rare occurrence in past years but unfortunately becoming more frequent in these years, after the pandemic and after the outbreak of the war in Ukraine.

#### *4. Monitoring of existing contracts*

It is a tool highly performed in our country by the Antitrust Authority – a division in charge for the protection of consumers – that carefully monitors contracts that still give rise to huge litigation before the Council of State.

#### *5. Tools connected to both vulnerable consumers and energy poverty*

These instruments cover the whole range of policies useful to face the problem of vulnerable consumers in need of energy or who may be considered to be in energy poverty. This type of policies can be introduced in systems where it is easier to recognize vulnerable consumers, but this is not the case of Italy.

#### *6. Comparison tools*

There is the possibility, provided by the EU directive 2019/944, to monitor, through the ACER, the level of prices in all national markets of European Union and to make a comparison between the level of prices, using also a website of comparison tool that could operate in the national markets, through the appointment of a specific body.

But this is a mid-term solution that cannot solve the issues immediately.

#### *7. Other three suggests*

Ensuring that consumer bills meet the requirement of directive no. 944 of 2019; implementing of targeted consumer information campaigns; monitoring of consumer complaints to increase the capacity of NRAs to improve their condition.

This last point is very important. At a time when citizen participation in public decision-making is understood as an instrument of democratic administrative activity, soliciting extensive reflections of academics, lawyers and politicians, it appears poor. The ability of consumers and of consumer associations to file efficient and useful complaints, will help national regulatory agencies to make improvements or protect con-

sumers, is very poor. Therefore, the ability of NRAs to improve consumers condition is affected by the poor level of consumers complaints and this is an issue that comes from society rather than the legal system, but it affects the legal system and the legal system's ability to deal with problems.

V. Regarding the role and the position of the consumer associations in consumers protection, it has to be pointed out the presence of several documents in which, over the last winter, these associations tried to participate and propose common principles for a consumer protection policy.

One of the most important documents, that was signed by some important consumer Associations, distributors and gas supplier throughout Europe, identifies some important common principles that complement the policies defined by ACER:

- The first one is the *solidarity with all people in need*. In other words, it is necessary to distinguish the position of consumers in need from those that can afford the increase of prices.
- The second guideline concerns the kind of targeted approach to consumer challenges, which seeks to induce Member States to introduce complementary measures only for vulnerable consumers and to introduce incentives to reduce energy consumption.
- The third point concerns the elimination of excessive risks for energy suppliers. One is reminded of the dangers of bankruptcy faced by these companies, mentioned above, that could badly influence the entire energy supply system. For this reason, it is necessary, also for consumers, to avoid the excessive increase in the risk of failures.
- The fourth guideline concerns the demand reduction measures, that represent a real weak point in our country. Indeed, the demand reduction measures were not implemented at all in Italy, apart from a limited intervention by the Prime Minister in the previous Government to reduce the level of heating in homes during winter, a kind of measure that has never been implemented and cannot be enforced because it is almost impossible to enforce.

Therefore, the only way to achieve a significant reduction in energy demand is not to give financial support to the vast majority of the con-

sumers who do not need it. This approach, given the natural law of markets, increases the possibility that the households, families and companies will reduce demand due to the rising prizes that are not reduced by the public intervention.

The only ultimate rule should be to meet basic needs for everyone, but to do this, it is important to understand what the basic needs are. For example, is it a basic need to illuminate city streets all night or not? Is it a basic need to help families or companies whose annual income exceeds certain levels? And many other examples can be given.

It is clear that many of these measures are unpopular but it is also true that, from one side, some of these are enacted by National Regulatory Agencies that should be free and far from political influences or populist pressures, and, on the other side, it has to be said that the Governments – especially after the elections – should feel free to make these unpopular decisions with more courage, in order to achieve, in the mid-term, the goals that are the fundamental for European and national policies on energy consumption and price, and, at the same time, the targets that the United Nations places on energy consumption as one of the causes that alter the fragile balance of the environment across the planets.

Of course, all these solutions are very difficult to implement, and the necessary coordination of different level of governance represents supplementary problem. I think that the European Union – through its institutions – is doing quite relevant job, in order to ensure, at least in the medium period, results that can be and will be very well valued at the end.

Of course, one of the factors that could reduce – if not put an end to – the crisis is the end of the war, but it is not up to us to solve it.

PIER LUIGI PORTALURI

## FINTO VERDE

Mi chiedo cosa significhi «green». Non vorrei però che questa parola nasconda una grande ipocrisia, utile solo per perpetuare e perpetrare un nuovo sacco. A me pare infatti che molti indizi militino in questa direzione.

«Green» che cosa significa, allora? Significa legittimare nuove infrastrutture che non si confrontano con nessun altro interesse/valore e si pongono – direbbe Schmitt – in una logica di *Tyrannei*.

Non riesco a vedere una «green economy», ma un'infrastrutturazione tendenzialmente selvaggia che non accetta dialettica. Con un duplice pretesto: la crisi energetica che si è verificata nell'ultimo decennio, grazie anche a una politica italiana che si è legata mani e piedi a Stati che poi hanno rivelato un viso immite; la pandemia.

Nella normazione che si va sempre più consolidando a partire dal PNIEC (lo hanno chiamato piano blu, piano verde: sono state evocate le cromie più varie) possiamo notare una grande assenza.

Poiché quel Piano è stato diffuso in formato navigabile, ho verificato quante volte ricorra la parola «ambiente». Il risultato è: zero.

Allora, evitiamo di gabellare per «green» una economia che di «verde» ha poco o nulla. E che muove, invece, da una visione ipercentralistica del governo del territorio nelle sue varie declinazioni.

Sia chiaro: io non sono un regionalista; ritengo che la «raffica regionalista» (come dice Concetto Marchesi) abbia inferto un danno molto importante al paterazzo e alle sartie che reggono la barca della pianificazione italiana.

Ma questo regionalismo dai tratti spesso sultanari non deve però offrire pretesti per andare in senso diametralmente opposto, per mettere cioè la barra del timone tutta dall'altra parte, quella dello statalismo tirannico: e far pensare che per produrre ambiente sia sufficiente infrastrutture superando il dissenso a colpi di procedimenti maggioritari.

Credo che questo sia il peggior tradimento che all'ambiente si possa riservare. Quasi eguale a quello fatto con l'inutile, forse controproducente, riforma che abbiamo frettolosamente insufflato nell'art. 9 Cost.

Probabilmente finiremo come i cinesi. Costoro hanno pensato bene di coprire una delle loro vastissime distese collinari con pannelli fotovoltaici che mimano perfettamente l'andamento del terreno. Per cui – guardando da lontano – l'andamento orografico non è affatto cambiato: solo, dove prima c'era verde, adesso ci sono distese di silicio.

Forse andiamo verso una nuova bellezza.

Io, al massimo, sono rimasto a quella dell'automobile di Marinetti: preferirei rimanere al 1909.

Probabilmente faccio fatica, come Camilleri, a sentirmi contemporaneo.

Me ne scuso.

MAURO RENNA – ANGELO BONAITI\*

IMPIANTI ENERGETICI ALIMENTATI  
DA FONTI RINNOVABILI  
E ‘DEQUOTAZIONE’ DI FUNZIONI AMMINISTRATIVE

SOMMARIO: 1. Ambiente, energie rinnovabili e interesse pubblico prevalente. – 2. La dequotazione organizzativa tra accentramento e concentrazione di funzioni. – 3. La dequotazione pianificatoria: l’individuazione delle superfici e delle aree idonee. – 4. La dequotazione procedimentale.

1. *Ambiente, energie rinnovabili e interesse pubblico prevalente*

Negli interventi precedenti è stato ampiamente introdotto il tema generale della ‘sostenibilità’ e della sua rilevanza giuridica, anche quale oggetto di studio della dottrina giuspubblicistica<sup>1</sup>.

Si è fatto altresì cenno, specialmente da parte di Pier Luigi Portaluri, al problema della “tirannia” di un elemento oggetto di tutela giuridica rispetto a un altro, la cui protezione tende quindi a degradarsi. Osservando i recenti mutamenti dell’ordinamento in tema di sviluppo sostenibile, tra gli elementi che sembrano assumere tratti preponderanti figurano le infrastrutture per la produzione di energia rinnovabile, nel senso che l’interesse pubblico alla realizzazione di impianti energetici da fonti non inquinanti viaggia su una ‘corsia preferenziale’ rispetto ad altri

\* Il presente contributo costituisce una rielaborazione dell’intervento svolto da Mauro Renna al Convegno Italo-Brasiliano dei Professori di Diritto Amministrativo e Costituzionale (AIBDAC) su “Democrazia, diritti umani e sviluppo sostenibile. *Quali sfide in Italia e Brasile?*”, tenutosi il 15 e il 16 settembre 2022 presso la Libera Università Maria Santissima Assunta di Palermo e l’Università degli studi di Palermo. Pur essendo il lavoro frutto di una riflessione condivisa, il § 1 è stato scritto da Mauro Renna, mentre i §§ successivi sono stati scritti da Angelo Bonaiti.

<sup>1</sup> Tra gli autori che hanno recentemente affrontato la questione dalla prospettiva del diritto pubblico, v. anzitutto F. VETRÒ, *Sviluppo sostenibile, transizione energetica e neutralità climatica*, in *Riv. it. dir. pubb. comparato*, 2022, 1, 53 ss., nonché F. DE LEONARDIS, *La transizione ecologica come modello di sviluppo del sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2021, 4, 779 ss.

interessi (pur a rilevanza generale, ma) concorrenti<sup>2</sup>. Anche questi ultimi, come si vedrà, sono in parte riconducibili al bene ambiente in senso lato, di modo che la dialettica tra opposti interessi a rilevanza pubblica si consuma ‘all’interno’ dell’unica dimensione ambientale<sup>3</sup>.

Vero è che non dovrebbero esistere – e, quindi, non potrebbero imporsi – ‘diritti tiranni’, non essendo cioè predicabile una rigida gerarchia tra interessi giuridicamente rilevanti tale per cui l’uno sia in grado di prevalere sull’altro. Il confronto tra opposte esigenze si dovrebbe consumare secondo il differente schema della ponderazione o del bilanciamento – anche in sede di produzione normativa di rango primario – tra beni giuridici a contenuto confliggente. Sul punto, come ci ha ricordato anche Rosanna De Nictolis, la giurisprudenza della Corte costituzionale ha chiaramente escluso la possibilità di ordinare il rapporto tra diritti fondamentali costituzionalmente rilevanti, a dimensione sia individuale sia collettiva, secondo aprioristici favoritismi<sup>4</sup>.

Tuttavia, gli interventi normativi degli ultimi anni, contribuendo a ridefinire l’equilibrio dei rapporti tra sostenibilità ambientale, produzione energetica ‘verde’ e interessi (pubblici) di altra natura, hanno innescato un ‘conflitto tra valori’ all’esito del quale la promozione delle

<sup>2</sup> In altri termini, la volontà di attuare un’infrastrutturazione poderosa per sostenere un sistema economico-produttivo *green*, intesa come nuova dimensione politica e giuridica del rispetto dell’ambiente, è alla base di una parte delle più recenti novità normative anzitutto a livello europeo. Cfr., al riguardo, tra gli altri, E. SCOTTI, *Poteri pubblici, sviluppo sostenibile ed economia circolare*, in *Dir. econ.*, 2019, 1, 493 ss.

<sup>3</sup> V. al riguardo S. AMOROSINO, *La “dialettica” tra tutela del paesaggio e produzione di energia da fonti rinnovabili*, in *Riv. giur. edilizia*, 2022, 4, 261 ss., nonché già ID., *Beni naturali, energie rinnovabili, paesaggio*, Jovene editore, Napoli, 2012, 11 ss., proprio con riferimento alla realizzazione degli impianti di energia rinnovabile.

<sup>4</sup> Tra le molte, v. Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, secondo cui i diritti fondamentali oggetto di tutela costituzionale «*si trovano in rapporto di integrazione reciproca*», non essendo quindi possibile «*individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri*». Di conseguenza, laddove più norme di rango primario ponessero una disciplina “non sistematica”, ma frazionata e potenzialmente confliggente, «*si verificherebbe l’illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona*» (al riguardo si richiama anche Corte cost., 28 novembre 2012, n. 264). Per un approfondimento della questione, v. il numero speciale 1/2022 della rivista *Nuove Autonomie*.

energie rinnovabili pare aver assunto sembianze ‘tiranniche’ rispetto ad altre esigenze a carattere generale.

Nel solco delle coordinate concettuali appena introdotte, la tutela del ‘paesaggio’<sup>5</sup>, la conservazione delle biodiversità, la protezione dei siti archeologici e la valorizzazione della destinazione d’uso delle aree agricole spiccano tra gli elementi che risultano fortemente ridimensionati dallo sviluppo del sistema delle rinnovabili nel contesto della transizione *green* a trazione europea<sup>6</sup>.

Il presente contributo intende proprio riflettere su tale questione evidenziandone le criticità essenziali sotto il profilo giuspubblicistico.

Non si vuole indugiare sul quadro normativo già oggetto di trattazione anche negli interventi di questo Convegno, dandosi qui per assodata l’eterogeneità delle norme, di vario rango, cui si è già fatto cenno sopra. Basti ricordare che il mutamento del sistema corre grossomodo lungo due linee, l’una maggiormente strutturale, l’altra governata dalla contingenza: alla pianificazione della transizione ecologica – cui è servente la stessa transizione energetica – attuata ‘a cascata’ dall’ordinamento europeo si sono accompagnati interventi normativi ‘in reazione’ alle emergenze che hanno assillato e assillano il nostro tempo, crisi pandemica ed energetica sopra tutte<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Inteso tradizionalmente quale dimensione estetica dell’ambiente e, oggi, tutelato come patrimonio collettivo dalla Parte III del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (“Codice dei beni culturali e del paesaggio”); rimangono sul punto essenziali i contributi di M.S. GIANNINI, *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, 15 (ma v. già ID., *Diritto dell’ambiente e del patrimonio naturale e culturale*, *ivi.*, 1971, 1125), e A. PREDIERI, voce *Paesaggio*, in *Enc. Dir.*, XXXI, 1981, 507 ss.

<sup>6</sup> Nel prosieguo si dedicherà particolare attenzione alla limitazione sofferta dalla funzione di tutela paesaggistica; anche gli altri aspetti più critici verranno accennati *infra* (ad esempio, nel § 3 riguardante la disciplina delle “aree idonee”) pur non essendo possibile offrirne qui – per evidenti limiti di spazio – un compiuto studio.

<sup>7</sup> V., se si vuole, N. BERTI, A. BONAITI, *Aspetti e problemi delle recenti riforme in tema di realizzazione degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili*, in *AmbienteDiritto.it*, 2023, 1, 34 ss.; rispetto a quanto osservato in tale sede, va aggiunto che il sopravvenuto Regolamento (UE) 2022/2577 del Consiglio del 22 dicembre 2022, istitutivo del “quadro per accelerare la diffusione delle energie rinnovabili”, ha sancito anche a livello europeo – seppur con norme “temporanee” e di natura “emergenziale” (comunque vincolanti gli Stati membri) – che la promozione delle energie rinnovabili è diretto strumento di reazione alla crisi energetica innescata dal conflitto bellico russo-ucraino.

Va sottolineato altresì che l'ordinamento europeo – recentemente e con modalità inedite – si è premurato di qualificare le attività necessarie alla transizione energetica tramite la promozione della produzione da fonti rinnovabili (funzionale alla transizione ecologica) quale «*interesse pubblico prevalente*»<sup>8</sup> proprio ai fini della sua ponderazione infra-procedimentale con altri interessi pubblici concorrenti (ed evidentemente recessivi); la giurisprudenza amministrativa nazionale non ha tardato nel recepire tale indirizzo normativo – sul quale peraltro sarebbe richiesto un intervento del legislatore nazionale al fine di calmarne gli effetti, al di là di quanto è stato già disposto riguardo alla necessità di eseguire le valutazioni di impatto ambientale<sup>9</sup> – immergendolo nel diritto vivente<sup>10</sup>.

Per ciò che interessa in questa sede, in sintesi, la disciplina che ne risulta determina una generale compressione, anzitutto, delle possibilità

<sup>8</sup> Così è rubricato l'art. 3 del citato Regolamento (UE) n. 2022/2577, il quale al par. 1 dispone espressamente che le attività preordinate alla realizzazione di un impianto energetico da fonti rinnovabili, oltre ad assumere appunto interesse genericamente 'prevalente', sono d'interesse per la 'salute' e la 'sicurezza pubblica' «*nella ponderazione degli interessi giuridici nei singoli casi*». Sono altresì richiamate le specifiche direttive che hanno armonizzato le discipline nazionali (i) sulla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche (Direttiva 92/43/CEE del Consiglio, del 21 maggio 1992), (ii) in materia di acque (Direttiva 2000/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2000) e (iii) sulla conservazione degli uccelli selvatici (Direttiva 2009/147/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 novembre 2009), allo specifico fine di consentire espressamente il via libera alla costruzione dell'infrastruttura nonostante la sua incidenza negativa proprio sulle altre 'matrici ambientali' caratterizzanti il sito interessato (e oggetto di protezione da parte delle tre Direttive citate), predisponendo – al più – adeguate misure di conservazione.

<sup>9</sup> Cfr. *infra* § 4 sul recepimento nazionale, da parte dell'art. 47, co. 1-*bis*, del d.l. 24 febbraio 2023, n. 13, convertito, con modificazioni, in l. 21 aprile 2023, n. 41, di quanto previsto dall'art. 6 del Regolamento (UE) n. 2022/2577 circa la possibilità per gli Stati membri di escludere l'obbligo di effettuare la VIA del progetto di determinate categorie di impianti energetici rinnovabili, a condizione che essi siano localizzati in una 'zona' «*dedicata alle energie rinnovabili o alla rete*» per la quale è stata comunque preliminarmente disposta la valutazione ambientale strategica (VAS).

<sup>10</sup> Si v. al proposito le recenti sentenze del T.A.R. Puglia, Bari, 28 aprile 2023, nn. 683 e 684, spec. § 6, laddove si fa espresso richiamo al recente Regolamento europeo per sancire la prevalenza dell'interesse allo sviluppo delle energie rinnovabili; nonché, a proposito dello schema di detto Regolamento, T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. II, 2 febbraio 2023, n. 299.

di tutela amministrativa provvedimento dei beni paesaggistici, naturali, archeologici e agricoli – con la conseguente soppressione della ‘forza’ del dissenso manifestato dalle amministrazioni preposte a tali funzioni – quali principali interlocutori dell’interesse pubblico alla produzione energetica da fonti non inquinanti.

A questo riguardo, la ‘dequotazione’ sembra operare su tre livelli. I paragrafi seguenti si concentreranno su ciascuno di essi.

## *2. La dequotazione organizzativa tra accentramento e concentrazione di funzioni*

La prima forma di dequotazione agisce sugli assetti organizzativi delle amministrazioni pubbliche competenti a decidere in materia paesaggistica. Apparentemente, l’accentramento delle funzioni in capo a un ufficio centrale quale la “Soprintendenza speciale per il PNRR” (anche solo “SSPNRR”)<sup>11</sup>, con trasferimento a essa delle competenze ordina-

<sup>11</sup> La Soprintendenza speciale è stata istituita dall’art. 29, co. 2, del d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, in l. 29 luglio 2021, n. 108 (“d.l. Semplificazioni-bis”), inizialmente con compiti limitati ai procedimenti autorizzativi con VIA di competenza statale, ovvero ricadenti nella competenza territoriale di almeno due Soprintendenze. Successivamente, l’art. 20, co. 1, d.l. 24 febbraio 2023, n. 13, convertito, con modificazioni, dalla l. 21 aprile 2023, n. 41, ha esteso la competenza culturale e paesaggistica della Soprintendenza speciale a tutti i progetti finanziati dal PNRR, sostituendo il co. 2 del citato “d.l. Semplificazioni-bis”. Una questione si pone con riguardo alle competenze della Soprintendenza speciale per i progetti previsti dal “Piano Nazionale Integrato per l’Energia e il Clima” (PNIEC). L’art. 36, co. 2-ter, d.l. 30 aprile 2022, n. 36, convertito con modificazioni dalla l. 29 giugno 2022, n. 150, aveva infatti allargato la competenza della Soprintendenza speciale anche ai progetti PNIEC nel caso in cui essi siano sottoposti a VIA statale oppure rientrino nella competenza territoriale di almeno due uffici periferici del MIC. Tale previsione conservava una sua logica prima del recente intervento normativo che ha esteso l’ambito oggettivo delle competenze della Soprintendenza speciale PNRR, ma appare meno coerente con la nuova disposizione recata dal co. 2 dell’art. 29 d.l. Semplificazioni-bis. Non è più possibile, infatti, intravedere un parallelismo tra le due previsioni, posto che la competenza in ambito PNIEC risulta – sulla base del significato letterale della disposizione – meno ampia rispetto a quella in ambito PNRR. Si prospettano allora due soluzioni interpretative: da un lato, si potrebbe ritenere che l’art. 36, co. 2-ter, d.l. n. 36/2022 sia rimasto immune alla novella dell’art. 29, co. 2, d.l. Semplificazioni-bis; dall’altro lato, interpretando sistematicamente la norma di

riamente affidate alle Soprintendenze territoriali, è espressivo dell'intento del legislatore di promuovere la trattazione del problema in modo differente rispetto a quanto generalmente avviene.

La considerazione merita però di essere meglio circoscritta, quantomeno osservando che il fenomeno organizzativo – specie nell'ipotesi di cui si darà – può essere percepito da una duplice prospettiva.

Sotto un primo profilo, di carattere maggiormente 'statico', l'istituzione di articolazioni organizzative *ad hoc*, esercenti cioè funzioni 'speciali' in ragione dell'oggetto dell'attività di cui sono investite, rappresenta certamente una novità. Non è però detto che la creazione di tali uffici possa essere qualificata – in sé e per sé – come 'dequotazione' di tutela di un determinato interesse. Anzi, la preposizione di una struttura pubblica 'straordinaria' alla cura di un determinato compito potrebbe essere astrattamente sintomo di un rinnovato interesse per l'attività svolta dall'organo, se non altro perché all'accentramento burocratico-amministrativo è spesso attribuita una connotazione spiccatamente efficientista dell'azione dei pubblici poteri.

Sicché, sempre in una prospettiva teorica, l'istituzione della Soprintendenza Speciale PNRR non dovrebbe essere necessariamente espressiva di una 'degradazione' dell'interesse paesaggistico. In altri termini, tale concentrazione di funzioni decisorie da organi periferici a un organo centrale sarebbe 'assiologicamente imparziale' e 'giuridicamente neutra', trattandosi di una scelta di carattere burocratico-organizzativo ai fini di una diversa allocazione dei compiti interni al processo decisionale.

rinvio, dovrebbe applicarsi anche ai progetti PNIEC l'estensione di competenze disposta per i progetti PNRR dall'art. 20, co. 1, d.l. n. 13/2023. Appare invece meno plausibile l'abrogazione tacita dell'art. 36, co. 2-*ter* citato, poiché esso non è incompatibile con il successivo intervento legislativo che ha emendato la norma cui fa rinvio.

Si veda invece l'art. 36, co. 2, d.l. n. 36/2022, per l'estensione delle competenze della Soprintendenza speciale agli interventi previsti dal "Piano di investimenti strategici su siti del patrimonio culturale, edifici e aree naturali, di cui all'art. 1, co. 2, lett. d), del d.l. 6 maggio 2021, n. 59, convertito, con modificazioni, dalla l. 1° luglio 2021, n. 101, nell'ambito del Piano nazionale per gli investimenti complementari al Piano nazionale di ripresa e resilienza".

Se poi si esamina il ruolo che la Soprintendenza speciale ha concretamente assunto nelle dinamiche procedimentali, l'effetto di dequotazione risulta ulteriormente mitigato.

Nella formulazione originaria, l'art. 29 del d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, in l. 29 luglio 2021, n. 108 ('d.l. Semplificazioni-*bis*') prevedeva che la SSPNRR si potesse *anche* avvalere delle Soprintendenze territoriali per lo svolgimento dell'istruttoria, lasciando perciò intendere che – laddove tale facoltà non fosse stata esercitata – la struttura speciale avrebbe goduto di totale autosufficienza di giudizio<sup>12</sup>. Nello stesso senso deponeva l'attribuzione alla SSPNRR del potere avocativo in caso di inerzia degli uffici territoriali, previsto per gli interventi strategici del PNRR originariamente non spettanti alla Soprintendenza speciale stessa (cioè quelli non soggetti a VIA statale ovvero rientranti nella competenza territoriale di una sola Soprintendenza)<sup>13</sup>: l'avocazione implica per definizione la capacità dell'organo avocante di esercitare le funzioni avocate senza la collaborazione dell'organo subordinato, e quindi la 'non esclusività' dei compiti affidati a tale organo<sup>14</sup>. Lo stesso regolamento organizzativo del Ministero della cultura confermava tale assetto replicando il dettato della norma di legge su entrambi i profili citati<sup>15</sup>.

Senonché, le successive circolari ministeriali adottate al fine di definire i rapporti tra gli uffici centrali e periferici del Dicastero sembrano smentire una lettura della norma che attribuisca un'effettiva autonomia

<sup>12</sup> Così disponeva l'originario co. 2, secondo periodo, dell'art. 29 del d.l. Semplificazioni-*bis*: «*La Soprintendenza speciale opera anche avvalendosi, per l'attività istruttoria, delle Soprintendenze archeologia, belle arti e paesaggio*».

<sup>13</sup> Cfr. il terzo periodo dell'originario art. 29, co. 2, appena citato.

<sup>14</sup> G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa. Principi*, Torino, Giappichelli, 2013, 121; sulle dinamiche dei rapporti di gerarchia amministrativa, v. anche G. TREVES, *L'organizzazione amministrativa*, Torino, U.T.E.T., 1975, 96 ss.

<sup>15</sup> Cfr. l'art. 26-*ter*, co. 2, del d.P.C.M. 2 dicembre 2019, n. 169, aggiunto dal d.P.C.M. 24 giugno 2021, n. 123, concernente proprio la Soprintendenza speciale. Sembra invece precludere la qualificazione della SSPNRR come autonomo organo decisionale il comma 5 del medesimo articolo, ai sensi del quale «*[L]a Soprintendenza speciale per il PNRR non costituisce centro di responsabilità amministrativa*»: la disposizione parrebbe significare che al neonato ufficio centrale – che, a ben vedere, è composto da funzionari già incardinati presso gli uffici 'ordinari' nel Ministero – non potrebbero essere imputate le conseguenze giuridiche delle scelte da esso adottate.

istruttoria al neonato ufficio straordinario<sup>16</sup>, principalmente in ragione dell'insufficienza della dotazione organica attinta da personale già in forza presso il Ministero<sup>17</sup> (al di là dell'ulteriore innesto di 'esperti' incardinati presso la Segreteria tecnica del Soprintendente speciale<sup>18</sup>). Di modo che, di fatto, l'ufficio centrale non sembra in grado di operare senza l'ausilio (indispensabile) degli organi periferici tradizionalmente esercenti la funzione di tutela culturale e paesaggistica, i quali anzi mantengono la capacità amministrativa di esprimere una valutazione nel merito della condivisibilità o meno del progetto proposto. L'art. 20, co. 1, del d.l. 24 febbraio 2023, n. 13, convertito, con modificazioni, dalla l. 21 aprile 2023, n. 41, ha infine modificato proprio in tal senso la disposizione istitutiva della Soprintendenza speciale PNRR, disponendo che quest'ultima sostituisca le Soprintendenze territoriali nell'adozione del procedimento finale, ma si avvalga delle stesse per l'istruttoria. Peraltro, l'eliminazione di qualsiasi riferimento ai poteri advocativi non depone per la qualificazione della relazione tra l'organo centrale e gli organi periferici in termini di perfetta gerarchia, poiché rivive l'esclusività delle competenze endo-procedimentali conferite alle strutture periferiche<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> Si v., nello specifico, la Circolare SSPNRR 9 dicembre 2021, n. 1, laddove si precisa che, essendo ritenuto «*indispensabile, ineludibile e fondamentale*» il supporto istruttorio delle Soprintendenze locali, nonostante il dettato normativo la Soprintendenza speciale «*si avvarrà di norma della suddetta attività istruttoria [degli uffici territorialmente competenti, n.d.r.]*». Nello stesso senso, la successiva Circolare congiunta Direzione Generale Archeologia, Belle arti e Paesaggio-SSPNRR 8 marzo 2022, n. 11, ha dettato le «*Linee guida finalizzate al raccordo dei pareri espressi dagli Uffici del MIC in seno ai procedimenti autorizzativi. Precisazioni*» al fine di coordinare l'attività degli uffici centrali e periferici del Ministero della cultura nei diversi procedimenti in cui è coinvolta.

<sup>17</sup> Conferma la Circolare n. 1/2021 citata che la «*SSPNRR non ha dotazione organica MiC assegnata ma si avvale del personale in servizio presso la Direzione Generale Archeologia Belle Arti e Paesaggio*».

<sup>18</sup> La detta segreteria dovrebbe aver preso servizio il 13 dicembre 2021, con compiti di supporto (non a personale della medesima Soprintendenza speciale, che ne è attualmente priva al netto del titolare dell'ufficio direttivo generale, ma) ai funzionari del Servizio V della Direzione Generale.

<sup>19</sup> Recita attualmente l'art. 29, co. 2, del d.l. Semplificazioni-*bis* che la SSPNRR «*esercita le funzioni di tutela dei beni culturali e paesaggistici nei casi in cui tali beni siano interessati dagli interventi previsti dal PNR, adottando il relativo provvedimento finale in sostituzione delle Soprintendenze archeologia, belle arti e paesaggio, avvalendosi di queste ultime per l'attività istruttoria*».

Si consideri, d'altra parte, che il rapporto di stretta dipendenza istruttoria del centro verso la periferia si rinviene anche all'interno del procedimento di VIA, nel quale il concerto (o il suo diniego) del direttore generale del MIC (che è il medesimo dirigente a capo della SSPNRR) è rilasciato sulla base dell'attività istruttoria svolta dalle Soprintendenze secondo l'*iter* disciplinato dalle citate Circolari ministeriali<sup>20</sup>. Ciò, anche nel caso di progetti compresi nel PNRR o nel PNIEC, per i quali è competente la "Commissione Tecnica PNRR-PNIEC", alle cui riunioni partecipa – attualmente, senza diritto di voto – un 'rappresentante' del MIC<sup>21</sup>.

Sicché, globalmente, alla luce delle più recenti novità normative (introdotte, in particolare, dal citato d.l. n. 13/2023), non sembrerebbe che la previsione di una struttura centrale *ad hoc* quale la Soprintendenza Speciale PNRR abbia comportato in sé e per sé uno stravolgimento della tutela paesaggistica, posto che le funzioni istruttorie a contenuto tecnico-valutativo rimangono grossomodo appannaggio delle Soprintendenze locali, le quali formulano le concrete proposte di parere favorevole o sfavorevole (così come di concerto o di suo diniego), che il Soprintendente speciale per il PNRR o il direttore generale del MIC (ruoli entrambi ricoperti dal medesimo funzionario) dovrà decidere di seguire o meno<sup>22</sup>. Un'effettiva dequotazione di potere degli organi periferici –

<sup>20</sup> Ci si riferisce, in particolare e per ciò che rileva in questa sede, alla scansione dei rapporti tra il Direttore generale del MIC e le Soprintendenze locali ai fini dell'espressione del concerto (o del suo diniego) all'interno del procedimento di VIA, così come a quelli tra SSPNRR e le medesime Soprintendenze per il rilascio del parere positivo o negativo in merito all'autorizzazione paesaggistica di competenza regionale: in entrambi i casi, la Circolare n. 11/2022 citata attribuisce agli uffici periferici la totalità delle competenze istruttorie per i profili paesaggistici, architettonici e archeologici, disciplinando le modalità operative per la trasmissione dei pareri alle strutture centrali.

<sup>21</sup> Circa la genesi della Commissione tecnica, distinta dalla Commissione VIA ordinaria, nonché sul presumibile senso della partecipazione del direttore generale MIC alle riunioni della Commissione tecnica, v. N. BERTI, A. BONAITI, *op. cit.*, 38 ss., spec. nt. 35 e 36.

<sup>22</sup> Il problema dei rapporti tra la SSPNRR o il direttore generale del MIC – quali organi decisori – e Soprintendenze territoriali – quali organi istruttori – può essere declinato nei termini generali in cui si affronta solitamente la questione della dialettica infra-procedimentale tra uffici con compiti distinti. E quindi, tendenzialmente, l'organo che adotta la decisione dovrà adeguatamente rendere conto delle ragioni per le quali intende discostarsi dalle valutazioni espresse dagli uffici che hanno istruito la pratica.

dalla quale si desume una degradazione della tutela (giuridica e materiale) del valore paesaggistico, posto che il decisore viene ‘allontanato’ dalla sede più vicina al bene oggetto di valutazione – si realizzerebbe nell’ipotesi in cui la SSPNRR fosse messa concretamente in condizione di prescindere dal contributo degli uffici periferici nell’assunzione delle determinazioni di propria spettanza<sup>23</sup>.

Maggiori criticità emergono approfondendo un poco l’esame della questione organizzativa sotto il profilo ‘dinamico’, cioè il secondo dei due accennati in premessa.

Tra le disposizioni che hanno contribuito a modificare l’assetto della tutela paesaggistica spicca certamente l’art. 25, co. 2-*quinquies*, del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (“Codice dell’Ambiente”), ai sensi del quale il concerto del direttore generale del MIC espresso nel subprocedimento di VIA di competenza statale “sostituisce” l’autorizzazione paesaggistica ex art. 146 del d.lgs. n. 42/2004 laddove «*gli elaborati progettuali siano sviluppati a un livello che consenta la compiuta redazione della relazione paesaggistica*».

Nella misura in cui tale meccanismo sia in grado di operare, si verifica un effetto centripeto indubbiamente più significativo del semplice accentramento di compiti da un ufficio periferico a un ufficio centrale (entrambi appartenenti allo stesso plesso organizzativo), realizzandosi infatti una ‘concentrazione’ di potere da un soggetto non statale – sia esso la regione o l’ente locale da essa delegato a rilasciare la detta autorizzazione – a un diverso soggetto dell’amministrazione centrale<sup>24</sup>. In altri termini, il trasferimento di funzioni non avviene in direzione oppo-

<sup>23</sup> Come si è avuto modo di osservare, prima che intervenissero le dette modifiche legislative, in N. BERTI, A. BONAITI, *op. cit.*, 42 ss.

<sup>24</sup> Il riferimento è al distinguo concettuale tra decentramento e deconcentrazione descritto da F. BENVENUTI, *Disegno dell’amministrazione italiana*, Padova, Cedam, 1996, 106 ss., e 135 ss. (l’espressione non è invero ripresa in ID., *L’ordinamento repubblicano*, Padova, Cedam, 1996): il primo opera in seno al medesimo soggetto, il secondo si verifica con la devoluzione (per territorio o materia) di determinate funzioni amministrative agli enti esponenziali delle comunità regionali o locali, ovvero ad altri enti pubblici non comunitari. *Contra* G. TREVES, *L’organizzazione amministrativa*, cit., 85, secondo il quale per ‘deconcentramento’ deve intendersi l’attribuzione di determinati compiti a un organo locale dello Stato, ossia il decentramento ‘gerarchico’ o ‘burocratico’. Da esso si distingue il decentramento ‘istituzionale’ o ‘orizzontale’, realizzato con il trasferimento di competenze per materia ad altre amministrazioni statali.

sta al decentramento amministrativo strettamente inteso, ma erode la c.d. autonomia politica degli enti territoriali incidendo sui rapporti tra i livelli di governo della Repubblica, ordinati secondo il principio di sussidiarietà “verticale”<sup>25</sup>.

Si badi che tale concentrazione di funzioni, a danno delle competenze (non tanto delle Soprintendenze, ma soprattutto) degli organi regionali o locali, non è del tutto priva di effetti rispetto alla disciplina ordinariamente prevista dall’art. 146 del Codice dei beni culturali e del paesaggio. Se infatti il parere della Soprintendenza è generalmente vincolante e non può quindi essere superato dal contrario avviso del soggetto che decide sull’autorizzazione paesaggistica (regione o ente locale), nelle particolari ipotesi di valenza meramente obbligatoria del parere del Soprintendente – e cioè laddove siano approvate le prescrizioni del Piano paesaggistico ex artt. 140, 141-bis e 143 d.lgs. n. 42/2004, ovvero quando l’area vincolata sia qualificata come idonea in forza del nuovo procedimento previsto dall’art. 20 del d.lgs. 8 novembre 2021, n. 199 – l’organo regionale o locale conserva un effettivo potere di valutazione della ‘compatibilità paesaggistica’ del progetto. Sicché l’aver totalmente esautorato l’amministrazione non statale dalla tutela del paesaggio, peraltro condizionando tale ipotesi alla presentazione da parte dell’istante di documentazione più o meno dettagliata (e quindi rimettendo un’opzione organizzativa pubblica alla determinazione della parte privata), può rappresentare un elemento di degradazione della tutela paesaggistica. Il discorso mantiene pregnanza, ovviamente, se si presume che l’attribuzione di compiti valutativi a enti regionali o locali rappresenti di per sé una valorizzazione della dimensione estetica dell’ambiente, di modo che uno spostamento di competenze in senso

<sup>25</sup> Sulla distinzione concettuale e giuridica cfr. G. SCIULLO, *L’organizzazione amministrativa*, cit., 109 ss., il quale sottolinea peraltro come dal modello dell’autonomia politica, che nel nostro ordinamento repubblicano distribuisce le attribuzioni dei diversi enti territoriali, si distingue quello del c.d. autogoverno, secondo il quale – a livello locale – le funzioni pubbliche sono esercitate da uffici riferibili, a un tempo, sia agli enti esponenziali delle collettività locali, sia all’amministrazione centrale quali sue strutture periferiche; parallelamente, i titolari degli uffici decentrati dello Stato vengono eletti dalle comunità locali. Sicché, in un sistema come il nostro, la ‘retrocessione’ di funzioni amministrative verso il livello di governo amministrativo centrale è foriera di rilevanti erosioni del principio autonomistico.

opposto, e cioè sottraendo attribuzioni al centro decisionale più prossimo al bene, equivalga specularmente a una degradazione. E che ciò, in termini giuridici, si traduca in uno svilimento del principio autonomistico predicato dall'art. 5 Cost. e rafforzato dai principi di sussidiarietà (verticale), differenziazione e adeguatezza sanciti dall'art. 118 Cost. circa la distribuzione delle funzioni tra i diversi livelli di governo amministrativo della Repubblica.

Si osserva poi un'ulteriore conseguenza nelle relazioni tra gli organi coinvolti a vario titolo nel procedimento autorizzativo, poiché la descritta concentrazione ridetermina – indirettamente – le modalità di espressione del dissenso.

Non è certo una novità che nei procedimenti (unici) per il rilascio dell'autorizzazione unica alla realizzazione di impianti energetici da fonti rinnovabili l'autorità preposta alla tutela paesaggistica si debba esprimere all'interno della conferenza di servizi convocata per l'adozione del provvedimento finale<sup>26</sup>, di modo che l'eventuale dissenso sia di norma superabile sulla base del criterio delle 'posizioni prevalenti'<sup>27</sup>. Né che, nel caso di accoglimento dell'istanza di autorizzazione unica nonostante il diniego paesaggistico, la determinazione della conferenza di servizi sia censurabile dalla medesima amministrazione che abbia espresso motiva-

<sup>26</sup> Osserva infatti Cons. Stato, sez. IV, 3 gennaio 2018, n. 28, che, nonostante il rilievo preminente degli interessi pubblici alla tutela del patrimonio culturale collettivo, «il potere dell'amministrazione preposta a tutela di un interesse sensibile quale quello paesaggistico resta imbrigliato all'interno del modulo della conferenza di servizi, potendo essere esercitato solo in seno alla stessa», sicché il dissenso motivato non può che essere espresso ritualmente in tale sede. In ogni caso, secondo una precedente giurisprudenza, la natura sensibile di tale particolare interesse impone che anche di una manifestazione irrituale «debba pur tenersi conto nell'ambito di rapporti incentrati al principio della cooperazione istituzionale e della leale collaborazione tra enti pubblici» (Cons. Stato, sez. VI, 10 marzo 2014, n. 1144).

<sup>27</sup> V. tra le altre, recentemente, Cons. Stato, sez. III, 23 marzo 2022, n. 2127, secondo cui il criterio orientativo della decisione fondato sull'esame delle "posizioni prevalenti" è alieno da una logica eminentemente quantitativa di cumulo degli assensi rispetto ai dissensi (motivati), essendo riservato all'organo decisore il potere discrezionale di 'ponderare' le diverse ragioni manifestate all'interno del particolare modulo procedimentale di esame congiunto degli interesse pubblici concorrenti (v. sul punto anche Cons. Stato, sez. V, 27 agosto 2014, n. 4374).

to dissenso, con la devoluzione della questione al Presidente del Consiglio dei ministri e al Consiglio stesso<sup>28</sup>.

Si è già altresì sottolineato che proprio l'effetto del dissenso espresso nel procedimento autorizzativo distingue profondamente, oggi, l'atto di tutela culturale da quello paesaggistico: mentre è espressamente previsto dall'art. 26 del d.lgs. n. 42/2004 che il diniego motivato con ragioni di protezione del bene culturale determini *ex lege* la conclusione negativa del procedimento di VIA, l'atto di assenso o diniego per i profili paesaggistici non è oggetto di deroga alla disciplina generale della conferenza di servizi, ma contribuisce alla formazione delle posizioni prevalenti o dissenzienti<sup>29</sup>.

Assodato quanto sopra, si comprende agilmente che con l'assimilazione – procedimentale – del concerto paesaggistico a quello culturale in forza del 'nuovo' co. 2-*quinquies* dell'art. 25 del d.lgs. n. 152/2006 viene meno anche l'unica occasione di "dissenso procedimentale" esprimibile dall'ente territoriale preposto alla tutela paesaggistica. Non ci si riferisce, lo si ripete, alle Soprintendenze Archeologia Belle Arti e Paesaggio (o alla Soprintendenza speciale di Roma, diversa dalla SSPNRR), ma alla regione o al soggetto da essa delegato ad esercitare le funzioni di tutela paesaggistica per i progetti di realizzazione di impianti energetici rinnovabili.

L'unico mezzo a disposizione dell'ente esponenziale della comunità regionale o locale per esprimere il proprio dissenso al progetto, chiaramente per motivi paesaggistici<sup>30</sup>, rimane quindi la via contenziosa pro-

<sup>28</sup> Il provvedimento regionale di autorizzazione unica che, in luogo della devoluzione della questione al C.d.M., superi autonomamente l'opposizione ritualmente e motivatamente opposta dal soggetto a ciò legittimato viene sanzionato con la "nullità" sia «*per difetto assoluto di attribuzione* [cioè per carenza di potere "in astratto"] *nel caso di superamento del dissenso al di fuori dei meccanismi previsti dal citato art. 14-quater*» sia «*per difetto dell'elemento essenziale dell'assenza di dissensi qualificati nella previa conferenza di servizi*» (v. § 7 sent. Cons. Stato n. 28/2018 cit.).

<sup>29</sup> V. al riguardo N. BERTI, A. BONAITI, *op. cit.*, 40 ss., e bibliografia *ivi* citata.

<sup>30</sup> Posto che l'autorizzazione unica viene formalmente rilasciata dall'ente regionale, o da un suo delegato, ancorché all'esito della conferenza di servizi decisoria e con esclusione di alcune tipologie di impianti (ad es., quelli *off-shore* o con potenza superiore a 300 MW, di competenza ministeriale), la regione (o l'ente di cui sopra) non rimane totalmente esautorata dal procedimento. E tuttavia registra una presenza che, in concreto, rischia di non incedere sui contenuti dell'atto adottato (quantomeno) per i profili pae-

mossa con l'impugnazione del provvedimento che valuti positivamente l'impatto ambientale del progetto (ancorché rilasciato nella conferenza di servizi indetta dalla medesima regione o da un ente delegato). Al di là dei limiti sostanziali intrinseci al rimedio stesso rispetto alle possibilità garantite dalla titolarità di funzioni amministrative, tra cui – sopra tutti – l'inammissibilità di motivi di impugnazione che impingono il merito della decisione, non è del tutto scontato che l'amministrazione locale dissenziente sia sempre legittimata ad esprimere il proprio contrario avviso all'approvazione del progetto optando per il rimedio giurisdizionale. Anzi, il trasferimento – in via meramente eventuale, e cioè in dipendenza del livello di dettaglio della documentazione presentata dalla parte istante – di funzioni in capo al direttore generale del Ministero potrebbe qualificarsi come implicita delegittimazione dell'ente territoriale (anche ad agire processualmente), non essendo riconducibile in capo ad esso una posizione giuridicamente rilevante e, come tale, meritevole di tutela in sede giurisdizionale per quello specifico *iter* amministrativo<sup>31</sup>.

Un'opposta lettura della questione potrebbe invece far leva sul principio o criterio della rappresentanza processuale collettiva. Posto che la cura del paesaggio costituisce un interesse pubblico o comunque un interesse a titolarità diffusa (al pari dell'ambiente inteso in senso lato), la legittimazione a impugnare il provvedimento di VIA spetterebbe all'ente regionale o locale in quanto ente esponenziale della comunità che abita tale contesto territoriale (quindi, non in qualità di titolare di una funzione pubblica 'in senso stretto' ordinata alla cura di un determinato bene pubblico a essa affidato in via esclusiva). Rimane il fatto che andrebbe dimostrata, nel caso in concreto, la spettanza della legittimazione.

saggistico-ambientali.

<sup>31</sup> Non pare invece in discussione la sussistenza della legittimazione a ricorrere in capo all'ente che abbia partecipato alla conferenza di servizi, ma che – non potendo opporsi con l'effetto di devolvere la questione al C.d.M. – censuri in sede giurisdizionale la (mancata o scarsa) considerazione del proprio assenso o dissenso al rilascio di un provvedimento positivo; nel caso deciso da Cons. Stato, sez. V, 29 aprile 2020, n. 2724, che ha comunque rigettato l'impugnazione proposta dal Comune contro il rilascio da parte della Provincia dell'autorizzazione unica a seguito della Conferenza di servizi, non è persa in dubbio la spettanza all'ente comunale del diritto di agire per l'annullamento delle determinazioni conclusive, che – a detta dell'ente – non ha debitamente considerato le ragioni contrarie al progetto.

timazione a ricorrere in capo a un soggetto che la legge ritiene espressamente incompetente a esprimersi su specifici profili di merito.

Ciò detto quanto all'ipotesi in cui il direttore generale del MIC esprima nel procedimento di VIA il concerto culturale-paesaggistico, il quadro si complica ulteriormente nell'ipotesi in cui tale autorità neghi il concerto, e quindi la questione sia rimessa alla determinazione del Consiglio dei ministri<sup>32</sup>. Ipotizzando che il diniego sia espresso in presenza delle condizioni per le quali il dirigente generale del MIC possa esercitare anche le funzioni di tutela paesaggistica in luogo dell'ente designato ex art. 146 d.lgs. n. 42/2004, la decisione governativa che superi un dissenso motivato proprio su tali profili di merito potrebbe essere sufficiente a chiudere la questione relativa alla compatibilità paesaggistica del progetto se si ritenesse che la previsione del comma 2-*quinqüies* dell'art. 25 del Codice dell'Ambiente, disponendo che il concerto alla VIA 'comprenda' anche l'autorizzazione paesaggistica, sia estendibile anche all'ipotesi 'negativa'. E che quindi il diniego di concerto comprenda anche il diniego di autorizzazione paesaggistica, di modo che la delibera del C.d.M. che superi il dissenso assorba pienamente anche i profili paesaggistici<sup>33</sup>.

Ma non è esattamente così per il caso in cui il diniego di concerto da parte del MIC alternativamente (*i*) non comprenda (o non possa comprendere) anche i profili paesaggistici, ovvero (*ii*) sia espresso in assenza

<sup>32</sup> Sia all'esito degli incontri convocati dalla Presidenza del Consiglio dei ministri ex art. 14, co. 4 e 5, l. n. 241/1990, ovvero in esito al deferimento ai sensi dell'articolo 5, co. 2, lettera *c-bis*), della l. 23 agosto 1988, n. 400.

<sup>33</sup> Il tema non è del tutto scontato anche considerando che la sostituzione degli artt. da 14 a 14-*quinqüies* della l. n. 241/1990 da parte del d.lgs. n. 127/2016 ha comportato la soppressione della previsione (contenuta nell'allora vigente co. 5 dell'art. 14-*ter*) per la quale a seguito dell'adozione della decisione in merito alla VIA non sarebbe stata possibile l'espressione del dissenso da parte dell'autorità preposta alla tutela del paesaggio (ma solo di quelle preposte alla tutela della salute, del patrimonio storico-artistico e della pubblica incolumità). E quindi la questione non è più risolvibile nei termini recentemente precisati da Cons. Stato, Sez. IV, 9 gennaio 2023, n. 281, pronunciatasi a proposito di un procedimento di autorizzazione unica – peraltro con VIA di competenza regionale, quindi alla quale non era applicabile il co. 6-bis dell'art. 14-*ter* (sempre nella precedente formulazione) – avviato prima della modifica normativa che, per espressa disposizione del d.lgs. n. 127/2016, era applicabile esclusivamente ai procedimenti avviati dopo la sua entrata in vigore.

delle condizioni richieste dal menzionato co. 2-*quinqües*: il diniego ministeriale – opposto tendenzialmente in base all'istruttoria condotta dalle Soprintendenze territoriali anche su profili paesaggistici – anticiperebbe, senza precluderla, una valutazione negativa che astrattamente gli organi periferici potrebbero ribadire nel rilasciare il parere sull'autorizzazione paesaggistica (la quale, a meno che operi l'effetto disposto dal co. 2-*quinqües*, rimane estranea al provvedimento di VIA). Laddove il dissenso del MIC sia superato dalla determinazione del Consiglio dei ministri relativa alla VIA statale, l'ente regionale potrebbe infatti opporsi al rilascio dell'autorizzazione conformemente al parere negativo della Soprintendenza, ancorché un rappresentante del primo abbia partecipato alla riunione del C.d.M. ex art. 14-*quinqües*, co. 6, l. n. 241/1990.

In tal modo si rischierebbe indubbiamente una sostanziale duplicazione del diniego paesaggistico (tramite, prima, il rifiuto di concerto da parte del MIC e, poi, il diniego di autorizzazione paesaggistica) con la ripetizione della procedura di superamento del dissenso. Per ragioni di coerenza sistematica, allora, dovrebbe ritenersi necessario che il secondo dissenso si basi su presupposti e su motivi ulteriori rispetto a quelli che hanno fondato il primo diniego<sup>34</sup>. In tal modo, la riproposizione del dissenso alla Presidenza del Consiglio avrebbe ad oggetto fatti e/o valutazioni tecnico-discrezionali che potrebbero condurre a esiti differenti. In caso contrario, risulterebbe carente di una giustificazione sostanziale il secondo subprocedimento di composizione del disaccordo tra amministrazioni, il cui esito sarebbe pressoché identico al primo.

Le considerazioni appena spese dovrebbero aver minimamente chiarito i contenuti della 'dequotazione' organizzativa, sotto il profilo dinamico, delle funzioni decentrate di tutela del paesaggio. Ciò nel senso che la questione relativa alla gestione del possibile dissenso in materia è stata risolta non tanto modulando gli effetti delle dichiarazioni di giudizio di organi già destinatari di tali compiti, ma si è concretizzata redistribuendo le competenze all'interno del complesso organizzativo pubblico per modificare i rapporti tra gli organi stessi. In altri termini,

<sup>34</sup> I quali potrebbero emergere, ad esempio, dall'esame di elaborati progettuali più dettagliati rispetto a quelli originariamente allegati dal proponente unitamente alla domanda di autorizzazione unica (o di provvedimento di VIA), presentanti a seguito di un'apposita richiesta di integrazione documentale avanzata dall'ufficio istruttore della pratica paesaggistica.

spostando o sottraendo determinati compiti si è indirettamente soppressa la capacità vincolante di una funzione di tutela rispetto ad altre.

### 3. *La dequotazione pianificatoria: l'individuazione delle superfici e delle aree idonee*

Un secondo ordine di questioni concerne la funzione di pianificazione territoriale, posto che le recenti riforme attengono anche alla modulazione delle forme e dei contenuti degli atti di governo del territorio ai fini della transizione energetica.

Si prospetta, sotto questo profilo, una significativa sovrapposizione dei livelli delle fonti di disciplina della materia, con una parziale sovversione della stratificazione che ordinariamente caratterizza l'amministrazione del territorio. L'art. 20 del d.lgs. n. 199/2021 ha infatti disposto che l'individuazione delle c.d. superfici o aree idonee all'installazione di impianti energetici da fonti rinnovabili avvenga tramite più procedimenti dalla distinta natura: fissati a livello legislativo primario i principî 'generalissimi' della materia, successivi decreti ministeriali (adottati d'intesa con la Conferenza unificata) definiranno i principî generali e i criteri per l'individuazione delle superfici e delle aree idonee. Dovranno poi far seguito le leggi regionali che – in concreto – identificheranno tali 'zone' tracciandole lungo l'estensione territoriale di competenza regionale<sup>35</sup>.

Detto che il significato giuridico della distinzione tra aree idonee e non idonee non è pienamente apprezzabile se non si considerano le conseguenze dell'inclusione di un determinato sito tra le aree di un tipo o dell'altro<sup>36</sup>, con riguardo allo specifico tema della pianificazione l'accennata 'dequotazione' assume tratti peculiari.

La legge statale si preoccupa di porre alcuni principî, definibili generalissimi perché caratterizzati da un contenuto precettivo estremamente lato, che dovranno essere precisati dagli ulteriori (e più circo-

<sup>35</sup> È ormai noto tra gli operatori il notevole ritardo nel perfezionamento di tale processo multilivello, posto che i decreti interministeriali avrebbero dovuto essere adottati entro 180 giorni dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 199/2021, ma alla data nella quale si scrive lo schema di d.m. dovrebbe essere all'esame della Conferenza Unificata.

<sup>36</sup> Elemento su cui si tornerà *infra* al § 4.

scritti) principî e criteri contenuti nei decreti ministeriali di prossima adozione. Le leggi regionali, dal canto loro, saranno chiamate a uno sforzo di sussunzione, accertando quali porzioni di territorio concilino effettivamente le indicazioni fornite dagli atti statali e possano, perciò, ottenere il marchio di idoneità. In altre parole, il legislatore regionale dovrà effettuare principalmente valutazioni di carattere tecnico sulla sussistenza o meno di certe caratteristiche estetiche, produttive, commerciali, etc. delle zone interessate, senza però poter decidere discrezionalmente che in quell'area un determinato interesse debba prevalere: a meno che l'area rientri tra quelle che, ai sensi di legge e decreto, non siano considerabili idonee, non residuano particolari margini per escludere un giudizio di idoneità.

Non che attualmente non sia in vigore un sistema analogo almeno quanto alla stratificazione delle fonti di disciplina, poiché l'art. 12, co. 10, d.lgs. n. 387/2003 demanda alle Linee guida ministeriali, approvate in sede di Conferenza Unificata, la disciplina dei procedimenti unici di autorizzazione così come l'individuazione dei criteri atti «*ad assicurare un corretto inserimento degli impianti, con specifico riguardo agli impianti eolici, nel paesaggio*»; e l'individuazione di aree e siti non idonei all'installazione di specifiche tipologie impianti energetici è sempre compito delle regioni.

Tuttavia, nel novello sistema l'esercizio della potestà regionale diviene 'doveroso' (tanto che l'inerzia nell'individuazione di tali aree determinerebbe l'attivazione dei poteri sostitutivi statali ex art. 41 l. 24 dicembre 2012, n. 234), vincolato nella forma alla fonte legislativa<sup>37</sup>, e finalizzato non tanto alla protezione 'in negativo' della dimensione estetico-paesaggistica del territorio, quanto alla determinazione 'in positivo' delle aree in cui sia applicabile un regime autorizzatorio 'speciale' che mira ad alleggerire il peso della funzione di protezione del paesaggio (su cui v. *infra*).

Ciò determina due precise conseguenze.

È anzitutto ridotto drasticamente l'ambito di valutazione discrezionale in capo al legislatore regionale: sia nell'*an*, poiché l'avvio e la conclusione del procedimento legislativo divengono (insolitamente) dove-

<sup>37</sup> Con i profili di possibile incostituzionalità che ne possono conseguire, sui quali v. N. BERTI, A. BONAITI, *op. cit.*, 52 ss.

rosi, pena la soggezione alla procedura sostitutiva dettata dalla legge statale per le ipotesi di inadempimento degli obblighi derivanti dal diritto europeo (nella specie rappresentati dai *target* climatici imposti ai singoli Stati membri)<sup>38</sup>; sia nel contenuto dell'esplicazione di tale potestà, dal momento che l'art. 20, co. 4 e 5, d.lgs. n. 199/2021 non sembra contemplare la possibilità per le regioni di definire esse stesse ulteriori criteri in presenza dei quali – nei singoli procedimenti autorizzatori – l'area individuata come idonea sia considerabile effettivamente tale (essendo ciò riservato, dai co. 1-3, alla decretazione ministeriale). Ancora, parrebbe esclusa qualsiasi ponderazione degli interessi da prediligere in una determinata area, posto che la legge statale già fissa una netta prevalenza dell'interesse all'installazione di impianti da fonti rinnovabili per la generalità del territorio nazionale. Il legislatore regionale dovrà perciò motivare con maggior rigore l'inclusione di un sito tra le aree *non* idonee, piuttosto che il contrario: in base all'indirizzo dato dal legislatore, i decreti interministeriali verosimilmente stileranno un catalogo di fattori che restringerà i giudizi di non idoneità.

Da questa prima prospettiva, quindi, le leggi regionali assumono le sembianze di provvedimenti di accertamento necessitati, lungi dall'essere qualificabili – in base al loro contenuto materiale – come leggi-piano o leggi-programma per la gestione politico-amministrativa del territorio.

Sotto un secondo profilo, viene pure fortemente limitata la potestà pianificatoria delle autonomie locali in quelle materie in cui essa è attualmente conferita, poiché si restringono i margini affinché una qualsiasi 'superficie' o 'area' dichiarata idonea con legge regionale possa essere dedicata a fini diversi dall'installazione di impianti di produzione energetica. L'esigenza di potenziamento del sistema delle rinnovabili non è necessariamente confliggente con qualsiasi altro scopo di pubblica o privata utilità<sup>39</sup>, ma la destinazione dell'area idonea è inderogabil-

<sup>38</sup> V. *ibidem* le criticità insite nel riferimento ai poteri sostitutivi ex art. 41 l. n. 234/2012, nonché le ragioni per le quali non si ritiene che l'intervento statale sia costituzionalmente giustificato in forza dell'art. 120, co. II, Cost., il quale si riferisce al mancato esercizio di attività amministrativa – non legislativa.

<sup>39</sup> Si v., ad esempio, ciò che avviene per il sistema "agrivoltaico", nel quale la tecnologia degli impianti fotovoltaici installati consente di convertire l'energia solare in energia elettrica senza compromettere, allo stesso tempo, lo svolgimento dell'attività agricola

mente segnata. Si pensi anzitutto alla possibile inefficacia sopravvenuta di quelle previsioni dei Piani paesaggistici regionali che, attualmente, assoggettano le aree (potenzialmente) idonee a vincoli e prescrizioni incompatibili con l'installazione di infrastrutture energetiche<sup>40</sup>. Ancora, si consideri che, nel sistema tutt'ora vigente in attesa che entri a pieno regime il nuovo, le competenze pianificatorie generali in capo agli enti comunali sono estensibili a profili che trascendono la mera disciplina urbanistico-edilizia, potendo abbracciare anche la tutela dei valori storici, ambientali e paesaggistici<sup>41</sup>: laddove una porzione di territorio ricada nell'ambito di interesse delle leggi regionali ex art. 20 d.lgs. n. 199/2021, la funzionalizzazione di tale area alle esigenze della produzione energetica verde non può essere oggetto di contraria previsione dell'atto di piano locale<sup>42</sup>.

sul terreno interessato dall'infrastruttura energetica. Il PNRR ha stanziato ingenti risorse per lo sviluppo di tale particolare modello di produzione di energia verde (v. spec. l'«Investimento 1.1» nell'ambito della Missione 2, Componente 2), il quale quantomeno permette di non compromettere le esigenze di tutela delle aree a destinazione agropastorale e, sotto alcuni profili (quali, ad es., l'abbattimento nel lungo periodo dei costi energetici), le agevola. Cfr. al riguardo le Linee guida del MASE in materia di Impianti Agrivoltaici, del giugno 2022.

<sup>40</sup> Trattasi dei piani previsti e disciplinati dagli artt. 143 e ss. del d.lgs. n. 42/2004, adottati dalle regioni in base anche alla legislazione autonomistica conforme ai principi e criteri statali. L'individuazione delle aree non idonee ex art. 12, co. 10, d.lgs. n. 387/2003 non avviene necessariamente in forza di tali atti, i quali però concorrono a determinare – sempre da parte dell'ente regionale – le aree di interesse paesaggistico all'interno delle quali non è consentita la realizzazione di impianti di energia oltre una certa potenza o per determinate tipologie.

<sup>41</sup> Cons. Stato, sez. IV, 3 gennaio 2023, n. 100, ricordando l'insegnamento giurisprudenziale sui limiti della potestà pianificatoria dell'ente municipale desumibili dalle disposizioni della l. 19 novembre 1968, n. 1187, ha di recente ribadito che l'ente comunale titolare del potere di pianificazione urbanistica sia legittimato «*a valutare autonomamente tali interessi [i.e. storico, ambientale e paesistico, n.d.r.] e, nel rispetto dei vincoli già esistenti posti dalle amministrazioni competenti, ad imporre nuove e ulteriori limitazioni*».

<sup>42</sup> Fermo quanto osservato alla nota precedente circa la generale potestà pianificatoria comunale, anche nel vigore del sistema ex art. 12 d.lgs. n. 387/2003 si è ritenuto che il Comune non abbia tuttavia il potere di qualificare determinate aree come “non idonee” alla realizzazione di infrastrutture energetiche rinnovabili – con conseguente declaratoria di nullità per difetto assoluto di attribuzione del regolamento comunale riguardante l'installazione di impianti fotovoltaici – essendo tale compito attribuito in

Anche il co. 8 dell'art. 20 cit. opera nel senso della calmierazione per via legislativa del potere delle autonomie regionali e locali di governare e amministrare il territorio in cui è insediata la comunità di riferimento. La proliferazione delle ipotesi di aree 'presuntivamente idonee *ex lege*', *ivi* indicate in forza delle aggiunte progressivamente operate dagli interventi normativi successivi all'adozione del d.lgs. n. 199/2021, non è certamente sintomo della valorizzazione delle attribuzioni regionali. Sicuramente la qualificazione legale delle aree idonee si giustificava – in origine – con l'esigenza di consentire la progressiva applicazione del nuovo sistema in alcune aree del territorio nazionale, visto il fisiologico intervallo di tempo necessario per completare l'eterogeneo procedimento previsto dai co. 1-5<sup>43</sup>; tuttavia, le continue aggiunte di aree da considerarsi idonee *tout court* condizioneranno la futura individuazione delle zone passibili di installazione di impianti energetici, posto che l'autorità ministeriale e i legislatori regionali non potranno non considerare che, ai fini del co. 1 dell'art. 20 cit., il legislatore nazionale ha già ritenuto di dover asservire tali aree al raggiungimento degli imperativi obiettivi climatici (pena la potenziale attivazione dei poteri sostitutivi, ancorché di problematico inquadramento costituzionale). Tanto più che con l'aggiunta della lettera *c-quater*) al citato co. 8 il legislatore ha disposto la presuntiva idoneità di tutte le porzioni di territorio non tutelate ai sensi del d.lgs. 42/2004, ovvero che non ricadono nelle 'fasce di rispetto' di beni culturali (Parte II) o di beni paesaggistici di 'notevole interesse pubblico' ex art. 136 d.lgs. n. 42/2004.

Ciò detto, sotto altro profilo e per chiudere sul tema della pianificazione, sarebbe da chiedersi se, in base alla lettera della legge, sia possibile optare per una sorta di 'terza via', ossia per la 'non qualificazione' *ex ante* dell'area. Se è vero che il co. 1 dell'art. 20 cit. impone l'individuazione di superfici e aree 'idonee e non idonee', lasciando quindi intendere che non vi sia spazio per alcun *tertium genus*, il successivo co. 7 sembra deporre nel senso opposto. Disponendo infatti che la "non inclusione" di un'area tra quelle idonee non consente – né in sede

via esclusiva alla regione (v. sul punto T.A.R. Sicilia, Palermo, n. 299/2023 cit., che richiama Cons. Stato, sez. IV, 8 aprile 2021, n. 2848).

<sup>43</sup> Che avrebbe dovuto chiudersi in non più di 360 giorni, ossia 180 giorni per l'adozione dei decreti ministeriali e altri 180 giorni per la conclusione del procedimento legislativo regionale. Ad oggi non si è ancora perfezionata la prima fase.

di pianificazione territoriale (sopra accennata) né nel singolo procedimento autorizzativo – di considerarla *ex se* inidonea e quindi rigettare la domanda di autorizzazione, la norma sembra contemplare l'ipotesi in cui, basandosi sui principî e sui criteri recati dai decreti ministeriali, la regione non abbia ritenuto di dover qualificare l'area (ad es., poiché priva di caratteristiche che univocamente ne consentano la qualificazione). Se fosse ammessa, tale ipotesi determinerebbe una nuova espansione delle attribuzioni pianificatorie locali, poiché si potrebbero valorizzare le diverse ragioni che non permettono una classificazione di 'idoneità' ai sensi dell'art. 20 del d.lgs. n. 199/2021.

#### 4. *La dequotazione procedimentale*

La terza dequotazione, infine, si innesta nelle dinamiche di funzionamento dei procedimenti autorizzativi, intervenendo sui poteri conferiti ai soggetti preposti alla tutela dei diversi interessi pubblici oggetto di ponderazione.

In tale prospettiva, essa corre lungo due direttrici: l'una consegue all'introduzione del sistema delle aree idonee, che si riverbera nei singoli procedimenti autorizzativi; l'altra viene desunta dall'esame delle varie norme che, introducendo modifiche frammentarie e parcellizzate, hanno ridotto l'incidenza degli atti di tutela di interessi pubblici all'interno della funzione amministrativa proceduralizzata.

Da un lato, le valutazioni esperibili in merito a una domanda di autorizzazione o a un diverso titolo abilitativo per la realizzazione di un impianto energetico in un'area idonea sono condizionate dalla particolare classificazione dell'area. Il sigillo di idoneità – in presenza dei requisiti per cui possa operare – fissa infatti una presunzione netta circa l'accogliibilità della domanda, che non può essere rigettata se non sussistono ragioni che legittimino una valutazione differente da quella cristallizzata nella legge regionale.

Confrontando i sistemi vecchio e nuovo, a ben vedere non sembrerebbe poter essere totalmente annichilita la potestà discrezionale conferita all'autorità nella ponderazione del concreto modo d'essere degli interessi coinvolti nel singolo procedimento. Nell'attuale modello delle aree non idonee ex art. 12, co. 1, d.lgs. n. 387/2003, la giurisprudenza

non ha esitato a censurare quelle discipline regionali che, fissando stringenti limiti di non idoneità di determinate porzioni del territorio, finivano per precludere qualsiasi apprezzamento esperibile nel singolo procedimento al fine di giungere a un diverso esito circa la fattibilità del progetto<sup>44</sup>. Sicché la classificazione di non idoneità ai sensi del detto art. 12 e delle Linee guida MISE del 10 settembre 2010 avrebbe una valenza ‘indicativa’ dell’esito probabilmente negativo del procedimento, non potendo però vincolare la concreta verifica della sussistenza dei presupposti per realizzare l’impianto anche al di là delle condizioni previste dall’atto di piano regionale.

Una siffatta ‘riserva di procedimento’<sup>45</sup>, tanto pacifica nel sistema vigente, potrebbe però essere destinata a subire un forte ridimensionamento nel nuovo ordinamento delle energie rinnovabili, sia per ciò che si è osservato a proposito dell’individuazione delle superfici e aree idonee, cui si giunge a seguito di un procedimento misto nel quale ciascuna fase erode progressivamente il margine di valutazione riservato a quella successiva, sia per effetto di ulteriori previsioni normative che ci si accinge a sintetizzare.

L’effetto giuridico diretto della qualificazione di idoneità è l’applicazione di un particolare regime per l’adozione dell’autorizzazione unica, ex art. 22 d.lgs. n. 199/2021. Oltre alla riduzione del termine di conclusione del procedimento e alla superabilità del silenzio, la disposizione degrada il parere dell’autorità paesaggistica a meramente obbligatorio e non più vincolante, di modo che l’autorità regionale o comunque l’autorità locale competente a decidere sull’istanza di autorizzazione paesaggistica ben potrebbe superare il contrario avviso del Soprintendente. Non cambia molto, invece, nei rapporti interni alla conferenza di servizi laddove debba essere convocata, posto che il diniego di autorizzazione paesaggistica confluisce da tempo nella conferenza decisoria soggiacendo al meccanismo delle ‘posizioni prevalenti’.

<sup>44</sup> Diverse pronunce della Corte costituzionale hanno sancito che il procedimento amministrativo rimane la sede – naturale e indefettibile – della valutazione ultima sulla fattibilità del progetto in base alla concreta manifestazione degli interessi pubblici coinvolti. V. tra le altre Corte cost., sent. n. 44 del 2011, n. 13 del 2014, nn. 69 e 177 del 2018, nn. 86 e 286 del 2019, n. 106 del 2020, n. 177 del 2021, n. 221 del 2022.

<sup>45</sup> Sulla quale si è già avuto modo di spendere qualche considerazione proprio con riguardo alla nuova disciplina delle aree idonee, v. N. BERTI, A. BONAITI, *op. cit.*, 51 ss.

Ciò, a meno di voler ritenere che l'effetto implicito dell'art. 22, co. 1, lett. a) del d.lgs. n. 199/2021 sia l'abrogazione parziale dell'art. 14-*quater*, co. 1, l. n. 241/1990, nella parte in cui prevede che l'autorità preposta alla tutela del paesaggio possa opporre motivato dissenso alla determinazione conclusiva della conferenza di servizi. Ma tale interpretazione va eccessivamente oltre il significato proprio della disposizione citata, la quale sembra voler incidere esclusivamente sulla natura del parere del Soprintendente ex art. 146 d.lgs. n. 42/2004, riferendosi espressamente all'effetto obbligatorio e non vincolante. Utilizza, difatti, una terminologia che non pertiene agli schemi della fase decisoria della conferenza di servizi, nella quale le divergenti posizioni si confrontano secondo una logica di 'prevalenza' non meramente quantitativa<sup>46</sup>.

Sempre con riguardo all'art. 22, co. 1, lett. a), del d.lgs. n. 199/2021, qualche perplessità è destata dall'inciso aggiunto dall'art. 12, co. 1, del d.l. n. 17/2022, ai sensi del quale l'autorità competente in materia paesaggistica si esprime con parere obbligatorio ma non vincolante *anche* nei procedimenti «*per l'adozione del provvedimento di valutazione di impatto ambientale*». A stretto rigore, nel procedimento di VIA statale nessuna autorità formula un "parere" sulla compatibilità paesaggistica. Al più, se sono soddisfatte le condizioni richieste dall'art. 25, co. 2-*quinquies*, del Codice dell'ambiente, il "concerto" del direttore generale del MIC comprende l'autorizzazione paesaggistica ex art. 146 del d.lgs. n. 42/2004, che altrimenti è rilasciata formalmente al di fuori del procedimento di VIA (dietro parere, questo sì, del Soprintendente). Ma si è visto che il concerto, come manifestazione di volontà o comunque di desiderio di un'autorità pubblica, ha natura distinta dal parere, che costituisce invece una dichiarazione di giudizio<sup>47</sup>. A tutto voler concedere, sempre con riferimento alla VIA di competenza statale, l'aggiunta dell'inciso varrebbe a specificare che, laddove il concerto del MIC possa

<sup>46</sup> Un'eccezione è rappresentata dal citato caso del concerto del MIC per i profili culturali, ma in tale ipotesi l'art. 26 del d.lgs. n. 42/2004 è chiaro nel disporre espressamente l'esito negativo della conferenza di servizi convocata per la VIA, e comunque non si riferisce all'efficacia 'vincolante' del diniego ministeriale.

<sup>47</sup> La natura complessa del concerto, certamente distinta da quella di un parere, è stata esaminata dalle sentenze della Corte cost. n. 380 del 2003 e n. 379 del 1992, sulle quali v. A. CELOTTO, *Concerto e superamento del dissenso nel nuovo procedimento VIA*, in *Giustamm*, 2021, 11.

comprende l'autorizzazione paesaggistica, l'eventuale diniego di concerto non valga a bloccare il procedimento di VIA (come invece avviene per il diniego 'culturale' ex art. 26 del d.lgs. n. 42/2004), potendosi invece devolvere la questione alla determinazione del C.d.M. (ma in tal senso si tratterebbe di una disposizione pleonastica). D'altro canto, il riferimento più naturale della disposizione parrebbe essere ai procedimenti autorizzativi in cui la VIA sia di competenze regionale, poiché in essi l'intero *iter* procedimentale viene attratto dal "provvedimento autorizzatorio unico regionale" (nel quale confluisce anche l'autorizzazione ex art. 146 d.lgs. n. 42/2004) e tutti gli atti necessari all'autorizzazione del progetto sono resi nella conferenza di servizi in modalità sincrona convocata ai sensi dell'art. 14, co. 4, l. n. 241/1990; ciò vale anche per il parere dell'autorità paesaggistica, reso direttamente in seno alla conferenza di servizi convocata per il rilascio della VIA e degli altri atti richiesti<sup>48</sup>.

Allargando un poco la prospettiva, nel solco della dequotazione delle funzioni non solo paesaggistiche ma anche culturali in senso stretto (cioè riguardanti anche beni tutelati dalla Parte II del d.lgs. n. 42/2004) è stata soppressa la partecipazione del Ministero della Cultura (includendo le sue strutture periferiche) ai procedimenti autorizzatori di impianti da realizzare nelle c.d. aree contermini ai beni tutelati<sup>49</sup>. La tutela di tali aree sarà eventualmente demandata alle previsioni contenute nei decreti relativi alle aree idonee e, al più, alla pianificazione regionale o locale, ma dal profilo marcatamente funzionale si registra un'equiparazione a qualsiasi altra area non tutelata.

<sup>48</sup> Differentemente avviene per la VIA di competenza statale, che pur essendo acquisita nell'ambito della conferenza di servizi per l'adozione dell'autorizzazione unica viene istruita a parte, acquisendo prima il parere della Commissione VIA o della Commissione tecnica PNRR-PNIEC e, poi, i concerti dei due direttori generali MIC e MASE.

<sup>49</sup> L'art. 47 del d.l. n. 13/2023 ha abrogato le diverse disposizioni che garantivano la partecipazione del MIC al procedimento autorizzativo nelle zone adiacenti ai beni tutelati: è stata abrogata la relativa disposizione delle Linee Guida MISE del 10 settembre 2020, è stato modificato il co. 3-*bis* del d.lgs. n. 387/2003 ed è stato soppresso il co. 2 dell'art. 30 del d.l. Semplificazioni-*bis*.

Sempre nel tentativo di alleggerire la funzione di tutela del paesaggio, il nuovo art. 22-*bis* del d.lgs. n. 199/2021, aggiunto dall'art. 47 del d.l. n. 13/2023, ha poi inaugurato una sorta di 'SCIA paesaggistica' per l'installazione di impianti fotovoltaici in diverse aree a destinazione non residenziale, da considerarsi intervento di manutenzione ordinaria. Prevedendo che il progetto venga previamente comunicato (non all'ente competente per l'ottenimento dell'autorizzazione, ma) direttamente alla Soprintendenza, e che quest'ultima debba intervenire solo se ravvisa l'incompatibilità ambientale dell'opera, la disciplina del nulla osta paesaggistico viene assimilata fortemente a quanto previsto dall'art. 19 della l. 241/1990 (e non alla diversa ipotesi di silenzio-assenso, posto che la norma si riferisce alla semplice 'comunicazione' e non a un'istanza cui debba seguire un provvedimento espresso). Tale assimilazione, tuttavia, diverge da quanto previsto dal co. 1 del medesimo art. 19, che esclude dal peculiare regime *ivi* recato le attività (di qualsiasi tipo) inerenti a beni sottoposti a tutela paesaggistica. Ancora una volta, insomma, gli equilibri che ordinariamente reggono l'attività amministrativa procedimentale e provvedimentale vengono conformati alle imperative esigenze di produzione energetica da fonte non inquinante.

Da ultimo, non essendo possibile in questa sede dilungarsi su ciascuna delle molte previsioni che hanno modificato gli assetti procedurali in materia, merita accennare a due novità introdotte dal legislatore italiano a immediato recepimento del citato Regolamento U.E. n. 2022/2577; quello, cioè, che ha qualificato – soprattutto ai fini autorizzatori – la promozione delle energie rinnovabili quale «*interesse pubblico prevalente*» su altri interessi pubblici concorrenti, erodendo direttamente il margine di ponderazione discrezionale delle posizioni espresse all'interno del procedimento.

In attuazione dell'art. 6 dello stesso Regolamento, l'art. 47 del d.l. 13/2023 ha temporaneamente esentato dall'obbligo di effettuare la VIA diversi progetti di interventi relativi a impianti e infrastrutture energetici collocati in aree idonee già oggetto di valutazione ambientale strategica (VAS), in ragione di determinati limiti di potenza ovvero delle caratteristiche dell'intervento – e fatte comunque salve le misure di mitigazione degli eventuali effetti ambientali (negativi). Ancora, sono state elevate le soglie di potenza oltre le quali la valutazione di impatto ambientale diviene di competenza statale (nonché quelle rilevanti per la verifica di as-

soggettività a VIA regionale), sempre solo per le aree classificate come idonee e già oggetto di VAS.

Al riguardo, ci si intende soffermare conclusivamente su un profilo di possibile incompatibilità europea. Va sottolineato che la novella non lede tanto le competenze del Ministero della Cultura, il quale comunque partecipa al procedimento autorizzativo unico proprio perché non si effettua la VIA<sup>50</sup>, ma comporta la soppressione della principale e privilegiata occasione di confronto tra opposti valori di rango pubblicistico e di matrice ambientale, resa possibile anche dalle competenze tecnico-scientifiche degli organi coinvolti soprattutto nel procedimento di VIA statale. Ora, l'art. 6 del Regolamento europeo consente di derogare alla generale disciplina ambientale e paesaggistica – parte della quale trova la sua genesi proprio nel diritto sovranazionale – a condizione che il progetto sia ubicato in una «*zona dedicata alle energie rinnovabili*» (rete compresa) e che tale zona sia stata oggetto di una VAS. Il regolatore europeo sembrerebbe quindi presumere che, ai fini dell'applicazione dell'esenzione, una valutazione in concreto sulla compatibilità ambientale di progetti nell'area “dedicata” debba essere esperita – in parallelo alla VAS – proprio a tutela degli interessi generali protetti dalle Direttive europee riguardanti la difesa dell'ambiente, degli habitat naturali e delle specie<sup>51</sup>. Tuttavia, nell'ordinamento interno, in forza dell'attuale co. 8 dell'art. 20 del d.lgs. 199/2021 (e in particolare della lett. *c-quater* cit.) buona parte del territorio nazionale è stato ritenuto ‘idoneo’ senza che effettivamente sia stata eseguita una concreta valutazione della sua idoneità (ciò spetterà alle leggi regionali). In via conclusiva, allora, non è dato escludere profili di contrarietà dell'art. 47 del d.lgs. n. 13/2023 all'art. 6 del Regolamento U.E. n. 2022/2577, nella parte in cui applica l'esenzione dall'obbligo di VIA ai progetti collocati in aree individuate come ‘idonee’ dalla legge statale in via meramente presuntiva, senza cioè che tale classificazione sia preceduta da una valutazione in concreto – ancorché per la generalità dei progetti – della ‘compatibilità ambienta-

<sup>50</sup> V. l'art. 12, co. 3-*bis*, d.lgs. n. 387/2003, modificato in tal senso dall'art. 47, co. 3, lett. *b*), d.l. n. 13/2023; in precedenza, la disposizione citata disponeva la partecipazione del MIC ai procedimenti unici relativi alle aree contermini a beni oggetto di tutela.

<sup>51</sup> Ossia le Direttive n. 2011/92/UE, n. 92/43/CEE e n. 2009/147/CE, oltre a quella sulla tutela delle acque n. 2000/60/CE.

le' dell'installazione di impianti o infrastrutture energetici in quella determinata zona.

## NOTE SUGLI AUTORI E SUI CURATORI

GAETANO ARMAO

Professore associato di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Palermo

ANTONIO BALSAMO

Sostituto procuratore generale presso la Corte di Cassazione

ESTEFÂNIA MARIA DE QUEIROZ BARBOZA

*Professora adjunta* di diritto costituzionale nell'Università federale del Paraná. *Professora nel mestrado* in diritto nell'UNINTER

FLÁVIO BERTI

*Procurador do Ministério Público de Contas* del Paraná. *Professor titular* di diritto tributario nell'Università *Positivo*

CRISTIANO BEVILACQUA

Docente a contratto di diritto amministrativo nella Libera Università Maria Ss. Assunta

FELICE BLANDO

Ricercatore di diritto pubblico nell'Università degli studi di Palermo

ANGELO BONAITI

Dottore di ricerca in diritto amministrativo

MARCO BROCCA

Professore associato di diritto amministrativo nell'Università del Salento

GUIDO CARLINO

Presidente della Corte dei Conti

MAURIZIO CELLURA

Professore ordinario di Fisica Tecnica Ambientale nell'Università degli Studi di Palermo. Direttore del Centro di sostenibilità e Transizione ecologica di Ateneo dell'Università degli Studi di Palermo.

CRISTIANO CELONE

Professore associato di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Palermo

VERA KARAM DE CHUEIRI

*Professora titular* di diritto costituzionale nell'Università federale del Paraná

GUIDO CORSO

Professore emerito di diritto amministrativo nell'Università degli studi "Roma Tre"

ANGELA CASSIA COSTALDELLO

*Professora titular* di diritto amministrativo nell'Università federale del Paraná

LUCIANA DE GRAZIA

Professoressa associata di diritto pubblico comparato nell'Università degli studi di Palermo

FRANCESCO DE LEONARDIS

Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università degli studi "Roma Tre"

FLÁVIA JEANNE FERRARI

*Doutoranda e mestre* in diritto aziendale e cittadinanza nel *Centro Universitário Curitiba*.

ILTON NORBERTO ROBL FILHO

*Professor adjunto* di diritto nell'Università federale del Paraná

ANDERSON RICARDO FOGAÇA

Giudice del Tribunale di Giustizia dello Stato del Paraná. Direttore della Scuola Giudiziaria Elettorale del Paraná.

DIANA-URANIA GALETTA

Professoressa ordinaria di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Milano

VALENTINA GIOMI

Professoressa associata di diritto amministrativo nell'Università di Pisa

MARCELLA GOLA

Professoressa ordinaria di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Bologna

GIORGIO GRASSO

Professore ordinario di diritto costituzionale nell'Università degli studi dell'Insubria

NICOLA GULLO

Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Palermo

MARIA IMMORDINO

Professoressa ordinaria di diritto amministrativo nella Libera Università  
Maria Ss. Assunta

KATYA KOZICKI

*Professora titular* di teoria del diritto nell'Università federale del Paraná e  
nella *Pontificia Universidade Católica do Paraná*.

ROBERTO LEONARDI

Professore associato di diritto amministrativo nell'Università degli studi di  
Brescia

ANA CAROLINA LOPES OLSEN

Professoressa di Diritto costituzionale nell'*Universidade Positivo*.

CLAYTON MARANHÃO

*Desembargador* del Tribunale di giustizia dello Stato del Paraná. Professore  
associato di diritto processuale civile nell'Università federale del Paraná

DANIELE MARRAMA

Professore associato di diritto amministrativo nell'Università degli studi di  
Napoli "Federico II"

BRUNO MERCURIO

Ricercatore di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Napoli  
"L'Orientale"

VIVIANA MOLASCHI

Professoressa associata di diritto amministrativo nel Politecnico di Torino

JOSÉ LAURINDO DE SOUZA NETTO

*Desembargador* del Tribunale di giustizia dello Stato del Paraná. *Professor  
coordenador acadêmico do PPGd* nell'*Unicuritiba*

JOEL ILAN PACIORNIK

Giudice del *Superior Tribunal de Justiça*

ARISTIDE POLICE

Professore ordinario di diritto amministrativo nella Libera università  
internazionale degli studi sociali "Guido Carli"

PIER LUIGI PORTALURI

Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università del Salento

PAOLO PROVENZANO

Ricercatore di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Milano

MAURO RENNA

Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università Cattolica del Sacro Cuore

ANTONIO RUGGERI

Professore emerito di diritto costituzionale dell'Università di Messina

MARIA ALESSANDRA SANDULLI

Professoressa ordinaria di diritto amministrativo nell'Università degli studi "Roma Tre"

VITOR RHEIN SCHIRATO

*Professor doutor* di diritto amministrativo nell'Università di San Paolo

ANNA SIMONATI

Professoressa ordinaria di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Trento

CLAUDIA BEECK MOREIRA DE SOUZA

*Doutora em Direito do Estado* nell'Università federale dei Paraná

CATERINA VENTIMIGLIA

Professoressa associata di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Palermo

FRANCESCO VETRÒ

Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Parma

CAROLINA FONTES VIEIRA

Giudice presso il Tribunale di giustizia dello Stato del Paraná. Professoressa nella Scuola di Magistratura dello Stato del Paraná e nella *pós-graduação* della *Pontifícia Universidade Católica do Paraná*.

*Collana Nuove Autonomie*

1. A. CONTIERI, M. IMMORDINO (a cura di), *La dirigenza locale*, 2012
2. G. PESCE, *L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato e il vincolo del precedente*, 2012
3. A. GIANNELLI, *Esecuzione e rinegoziazione degli appalti pubblici*, 2012
4. E. CAVASINO, *La flessibilità del diritto alla salute*, 2012
5. N. GULLO, *Autorizzazioni amministrative e liberalizzazione dei mercati tra diritto europeo e diritto interno*, 2012, II ed. 2018
6. P. SAVONA, *Il governo del rischio. Diritto dell'incertezza o diritto incerto?*, 2013
7. G. SCALA, *Gli statuti autonomi delle regioni speciali*, 2013
8. G. ZINZI, *La provincia tra funzioni amministrative e riforme istituzionali*, 2015
9. AA.VV., *Il cittadino e la pubblica amministrazione. Giornate di studi in onore di Guido Corso*, 2016
10. A. BIFANI SCONOCCHIA, *Profili del nuovo rapporto tra proprietà e ius aedificandi*, 2017
11. M. ARMANNO, *Personale, uguale, libero e segreto. Il diritto di voto nell'ordinamento costituzionale italiano*, 2018
12. L. GIANI, M. IMMORDINO, F. MANGANARO (a cura di), *Temi e questioni di diritto amministrativo*, 2019
13. M. ARMANNO, *Il giudizio di ammissibilità nel conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato. Questioni teoriche e prassi applicative*, 2019
14. E. CAVASINO, *Scelte di bilancio e principi costituzionali. Diritti, autonomie ed equilibrio di bilancio nell'esperienza costituzionale italiana*, 2020
15. M. IMMORDINO, C. CELONE (a cura di), *La responsabilità dirigenziale tra diritto ed economia*, 2020
16. A. CONTIERI, M. IMMORDINO, F. ZAMMARTINO (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti tra garanzie e regolazione*, 2021
17. M. IMMORDINO, N. GULLO, G. ARMAO (a cura di), *Le autonomie speciali nella prospettiva del regionalismo differenziato*, 2021
18. A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo*, 2021

19. M. IMMORDINO, N. GULLO (a cura di), *Diritto amministrativo e misure di prevenzione della criminalità organizzata*, 2021
20. S.S. COCA, *Il tribunale superiore delle acque quale giudice amministrativo*, 2021
21. G. PESCE, *Funzione amministrativa, intelligenza artificiale e blockchain*, 2021
22. M. INTERLANDI (a cura di), *Funzione amministrativa e diritti delle persone con disabilità*, 2022
23. G. ARMAO, F. ASTONE, M. IMMORDINO, G. MOSCHELLA, V. PRUDENTE (a cura di), *Specialità e differenziazione*, 2022
24. E. CAVASINO, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza e le sue fonti*, 2022
25. F. SUCAMELI, *Il giudice del bilancio nella Costituzione italiana*, 2022
26. G. CORSO, F.G. COCA, A. RUGGERI, G. VERDE (a cura di), *Scritti in onore di Maria Immordino*, 2022
27. G. TORTA, *I sistemi di giustizia interna delle organizzazioni internazionali*, 2023
28. G. CORSO, M. IMMORDINO (a cura di), *Studi in onore di Filippo Salvia*, 2023
29. C. DI MARTINO, *La semplificazione normativa e il PNRR*, 2023