

Editoriale

Una nuova stagione di riforme costituzionali?

Adriana Apostoli

p. 3

L'efficienza e le inquietudini del riformista. Tre sondaggi nella riforma del processo penale

Edmondo Mostacci

p. 5

Gli equilibri costituzionali alla prova della rielezione del Presidente della Repubblica

Matteo Carrer

p. 21

Alcune considerazioni sull'indipendenza del Garante nazionale delle persone private della libertà

Francesco Picozzi

p. 47

La stabilità del rapporto giuridico amministrativo, tra vecchi e nuovi paradigmi

Augusto Di Cagno

p. 65

La gestione dei residui da attività lavorative con materiale naturalmente radioattivo (TENORM): evoluzione normativa, attori istituzionali e cenni comparatistici

Emanuele Quadraccia

p. 93

La compartecipazione amministrativa nell'ambito sociale: inquadramento e nuove prospettive. Verso una co-amministrazione?

Marco Previtali

p. 105

Strumenti di valorizzazione del patrimonio culturale: tra Piani di Gestione,
Osservatori e il (nuovo) ruolo dell'economia circolare

Renato Rolli, Dario Sammarro e Valeria Bilotto *p. 129*

The EU Enlargement to the Western Balkans, the implementation of “green”
policies, and integration through the law

Pasquale Viola *p. 147*

Una nuova stagione di riforme costituzionali?

di Adriana Apostoli

A sei mesi dall'avvio della XIX legislatura, appare di interesse osservare l'evolversi delle dinamiche istituzionali a fronte delle annunciate prospettive di riforma, in particolare rispetto al dibattito attorno al presidenzialismo, nel cui alveo trova conferma la perdita di centralità del Parlamento e la sua estromissione, nei fatti, dai processi decisionali. Si pensi, inter alia, all'accidentato percorso attuativo della Riforma Cartabia (d. lgs. 10 ottobre 2022, nr. 150) che ha richiesto un rinvio adottato con decretazione d'urgenza, nella constatazione di una difficile applicabilità in un così breve lasso temporale (d.l. 162/2022, conv. mod. l. 199/2022). Di certo, anche in queste prime fasi della legislatura, pare confermata l'opacità del ruolo di Camera e Senato nel dibattito, dunque del Parlamento quale sede di quel salutare e fisiologico confronto fra maggioranza e minoranze, senza spazio per il tono compromissorio di cui la Costituzione innerva i processi istituzionali. Quale cartina di tornasole della perdita di centralità del Parlamento, si pensi alla vicenda dell'ergastolo ostativo, che ha visto la Consulta chiamata a un ruolo di supplenza a fronte dell'inerzia del legislatore (con l'elaborazione delle pronunce di incostituzionalità accertata ma non dichiarata), inerzia, cui il governo ha poi posto rimedio, intervenendo sul tema con decretazione d'urgenza, per evitare la probabile pronuncia di incostituzionalità che sarebbe seguita alla data dell'udienza del 9 novembre 2022.

Ma accanto alla prospettiva di riforma in senso presidenziale, occorre ricordare come si profilino all'orizzonte altre e puntuali riforme costituzionali. Seguendo le riforme già adottate nella XVIII legislatura che ha visto la riduzione del numero dei parlamentari (l.c. 1/2020 di modifica agli articoli 56, 57 e 59 Cost.), la soppressione del riferimento alla base regionale per l'elezione del Senato e la riduzione del numero dei delegati regionali per l'elezione del Presidente della Repubblica, la riduzione dell'età di elettorato attivo e passivo per il Senato (l.c. 1/2021), la modifica in materia di tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche

nell'interesse delle future generazioni (l.c. 1/2022), per citarne alcuni (ma si pensi anche alla riforma del Consiglio superiore della magistratura, agli istituti di democrazia partecipativa, al CNEL o alla riforma in tema di insularità con l.c. 2/2022 in nome del principio di uguaglianza), sembra avviarsi una stagione di riforme puntuali.

Lo scenario che si prefigura nei mesi a venire è dunque di una spiccata vivacità in particolare in alcuni ambiti, tra i quali certamente la giustizia (settore in cui è attesa la normativa di attuazione della riforma Cartabia) e l'amministrazione pubblica, senza dimenticare il dibattito sulla legislazione elettorale che vede confrontarsi prospettive di intervento in senso interamente proporzionale o di impronta maggioritaria (uninominali, eventualmente a doppio turno). Accanto a ciò vi sono alcuni ambiti su cui si profilano interventi puntuali di modifica della Costituzione ad esempio sull'art. 33 Cost., cui vi è già stata l'approvazione in Senato del disegno di legge costituzionale che richiama la promozione dello sport (l.c. 2/2022).

Resta sullo sfondo l'ampio ventaglio di questioni sollevate dall'attuazione del P.N.R.R., rispetto al quale iniziano a profilarsi ritardi rispetto alle scadenze previste e rischi di taglio nell'erogazione dei finanziamenti che a esso sono connessi, ponendo il dubbio circa una sua possibile revisione.

In una situazione in continua evoluzione, appare fondamentale continuare a ribadire l'importanza di recuperare un salutare dibattito all'interno delle aule parlamentari, unica sede a ciò deputata, recuperando la centralità del proprio ruolo nell'architettura costituzionale, con l'auspicio di un recupero altresì della vitalità dei corpi intermedi che paiono opacizzati da anni.

queste istituzioni

**L'efficienza e le inquietudini
del riformista.
Tre sondaggi nella riforma
del processo penale**

Edmondo Mostacci

Numero 1/2023
31 marzo 2023

L'efficienza e le inquietudini del riformista.

Tre sondaggi nella riforma del processo penale

Edmondo Mostacci*

Sommario

1. Introduzione: la riforma nei suoi tratti essenziali. – 2. Tre sondaggi sulla costituzionalità della riforma: l'improcedibilità in appello e cassazione. – 2.1. I criteri di priorità per l'esercizio dell'azione penale. – 2.2. Il filtro per il rinvio a giudizio. – 3. Alcune osservazioni di sintesi.

Sintesi

Il testo analizza i lineamenti essenziali della riforma della giustizia penale, recentemente introdotta nell'ordinamento italiano con la legge di delegazione legislativa n. 134 del 2021 ed il relativo decreto legislativo delegato (d.lgs n. 150/2022). In particolare, l'analisi si focalizza su alcuni aspetti della riforma che paiono entrare in tensione con la Costituzione repubblicana. Si tratta del meccanismo dell'improcedibilità per superamento dei tempi massimi del processo in appello e di fronte alla Corte di cassazione, della definizione di criteri generali di priorità per l'esercizio dell'azione penale e del nuovo meccanismo di filtro per il rinvio a giudizio, da effettuarsi solo laddove vi siano elementi che comportino una ragionevole previsione di condanna.

Abstract

The paper analyses the essential features of the reform of criminal justice, which was recently introduced into the Italian legal system with the Legislative Delegation Act No. 134 of 2021 and the related delegated legislative decree (No. 150/2022). In particular, the analysis focuses on some aspects of the reform that appear to be in tension with the Italian Constitution. These are the mechanism of inadmissibility of criminal prosecution for exceeding the maximum trial time before the Court of Appeal and the Court of Cassation, the definition of general priority criteria for the prosecution and the new filter mechanism for the indictment, to be carried out only where there are elements that lead to a reasonable expectation of conviction.

Parole chiave

Riforma della giustizia; Processo penale; Prescrizione; Improcedibilità; Obbligatorietà dell'azione penale.

* Professore associato di Diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Genova.

1. Introduzione: la riforma nei suoi tratti essenziali.

La legge 134 del 2021, rubricata *Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*, adottata al termine di un iter legislativo piuttosto lungo e travagliato, dato l'avvicendamento al Ministero della giustizia e il deciso cambio di formula politica della maggioranza parlamentare, reca un disegno di riforma del processo penale di particolare ampiezza e profondità. A dispetto della complessità dell'intervento riformatore, il dibattito pubblico si è polarizzato su alcune questioni specifiche, le quali – pur avendo carattere tutt'altro che secondario – non esauriscono affatto le aspirazioni del disegno riformatore.

Senza scendere in eccessivo dettaglio, l'intervento si articola su cinque assi principali.

Il primo asse è costituito dalle misure volte ad accelerare il processo penale. Si tratta dell'ambito più ricco ed innovativo, nel quale rientra la parte più rilevante delle misure proposte. Tra queste, le innovazioni in materia di indagini preliminari e di udienza preliminare, l'innovazione recata dall'art. 1, co. 9, lett. a), secondo la quale il p.m. dovrà chiedere l'archiviazione «quando gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari non consentono una ragionevole previsione di condanna», (chiamata a prendere il posto della norma sancita dagli artt. 408 c.p.p. e 125 disp. att. c.p.p., che fa invece perno sulla idoneità-inidoneità degli elementi acquisiti a sostenere l'accusa in giudizio), l'estensione del novero dei reati con citazione diretta di fronte al tribunale in composizione monocratica. Ancora, numerosi gli interventi volti a potenziare i riti alternativi, con l'obiettivo di estenderne l'applicabilità e renderli altresì maggiormente appetibili, al pari di quelli volti ad accelerare il giudizio dibattimentale e a contenere il numero di impugnative in appello e cassazione. Quanto a quest'ultimo punto, il governo è delegato ad estendere le ipotesi di inappellabilità delle sentenze (ad es. di proscioglimento o di non luogo a procedere per reati puniti con la sola pena pecuniaria o simili), a prevedere l'inammissibilità dell'appello per aspecificità dei motivi o, per ciò che concerne il giudizio in cassazione, la previsione per cui la trattazione del ricorso avvenga con contraddittorio scritto e senza intervento dei difensori, salva la richiesta delle parti di discussione orale.

Un secondo asse, per verità non molto ricco, concerne l'ampliamento delle garanzie difensive. Qui, il piatto forte è costituito dalle nuove regole del processo in assenza dell'imputato, al quale si potrà fare ricorso solo nella misura in cui vi sia certezza circa la volontaria mancata partecipazione di tale soggetto. Altrimenti, il giudice sarà chiamato a pronunciare sentenza di non doversi procedere, la quale sospende la prescrizione fino a quando tale soggetto non sarà rintracciato. Al contempo, il giudice ordinerà che si proceda alle necessarie ricerche. A cavallo tra esigenze acceleratorie e garanzie vi è poi il principio per cui

all'imputato debbano notificarsi personalmente solo alcuni documenti fondamentali, mentre in tutti gli altri casi sarà sufficiente la notifica presso il difensore di fiducia.

Terzo è l'asse che è stato maggiormente al centro delle contrapposizioni politiche, vale a dire il superamento della cd. legge *spazzacorrotti*¹ sulla prescrizione, con l'introduzione di termini (più o meno) tassativi per il giudizio di appello e per quello in cassazione. Si tratta dell'unico asse situato integralmente al di fuori della legge di delega e realizzato con norme del tutto "autosufficienti"; per un verso, queste confermano la sospensione della prescrizione al termine del giudizio di primo grado (ad eccezione del caso del decreto penale di condanna, adottato al di fuori del contraddittorio tra accusa e difesa); per l'altro verso, questa previsione perde gran parte del suo significato giuridico-politico, in guisa dell'introduzione di termini prorogabili ma non ordinatori per la definizione dei successivi gradi di giudizio. In via generale il termine per il giudizio di appello è fissato in due anni, prorogabili a tre, e per quelli in cassazione il termine è di dodici mesi, prorogabili a diciotto. Vi sono tuttavia talune eccezioni: da un lato i termini appena indicati possono essere oggetto di due successive proroghe per alcuni reati come quelli aggravati dal metodo mafioso; dall'altro lato, per un ulteriore gruppo di reati particolarmente gravi e che destano particolare allarme sociale (come la violenza sessuale aggravata, l'associazione mafiosa, i reati commessi con finalità terroristiche) tali proroghe possono essere disposte senza limiti. Infine, con una disposizione in parte curiosa, si stabilisce che detti termini non si applicano ai reati punteggiati con l'ergastolo, per i quali non vi è termine prescrizionale. Al superamento dei termini citati, il giudice deve pronunciare l'avvenuta improcedibilità dell'azione.

Il quarto asse è invece costituito dalle disposizioni in materia di pene sostitutive² e di giustizia riparativa³, nell'ottica di promuovere maggiormente quella funzione rieducativa che la Costituzione assegna alla pena.

L'ultimo asse è costituito dalla digitalizzazione, con la spinta verso l'utilizzo di nuove tecnologie, i principi e i criteri direttivi in materia di processo telematico, l'obbligatorietà di via di principio dell'utilizzo di modalità digitali, la partecipazione alle udienze da remoto, la registrazione audiovisiva al fine di documentare interrogatori e testimonianze, e via discorrendo.

Come è facile comprendere dal rapido (e di certo non esaustivo) elenco che si è appena fornito, si tratta di un disegno riformatore ampio e articolato⁴, successivamente meglio definito

¹ L. 9 gennaio 2019, n. 3.

² Sul capitolo v. O. CALAVITA, *La riforma delle sanzioni sostitutive: riflessioni processualistiche in attesa del decreto legislativo*, in *Legislaz. pen.*, 2022, pp. 152 ss., e A. GARGANI, *La riforma in materia di sanzioni sostitutive*, in *Legislaz. pen.*, 2022, pp. 68 ss.

³ Sul concetto e sui suoi rapporti con il diritto costituzionale italiano, v. A. LORENZETTI, *Giustizia riparativa e dinamiche costituzionali*, Milano, 2018, in part. pp. 111 ss.

⁴ Per una valutazione di sintesi, v. A. SPATARO, *La riforma del processo penale (legge 27 settembre 2021, n. 134)*, in *Pol. dir.*, 2021, pp. 639 ss.

dal decreto legislativo delegato – adottato nell’ottobre 2022 –, che in questi mesi inizia a dispiegare i propri effetti concreti. Volendo quindi operare una sintesi generale, è possibile mettere in luce come la parte più articolata della delega sia volta a promuovere l’efficienza del sistema giudiziario, con la promozione dei riti alternativi, la limitazione del rinvio a giudizio alle ipotesi in cui vi sia una ragionevole previsione di condanna, la stessa apposizione di termini al giudizio di appello e in cassazione, a pena di improcedibilità, lo sfruttamento delle possibilità offerte dalle tecnologie telematiche per ridurre tempi e costi del procedimento⁵. Viceversa, le parti relative agli altri assi appaiono meno sviluppate.

Ciò posto, va quindi sottolineato – prima di passare alla trattazione del tema circa il rapporto tra l’impianto riformatore e la Costituzione repubblicana – quanto la sintesi che si è appena proposta sia al momento parziale e incompleta, sia per l’eterogeneità dell’intervento, difficile da ridurre a semplici schemi, sia soprattutto perché – come è noto – nella gran parte degli ambiti lambiti dalla riforma il diritto vivente è un elemento imprescindibile per una corretta valutazione, specie laddove si abbia l’obiettivo di saggiare la conformità a Costituzione delle novità introdotte. In altri termini, in questa fase, il *giudizio di costituzionalità* che può operarsi è ancora quello di carattere *astratto*, che mira a vedere se e in che misura le regole e i principi della Costituzione abbiano trovato considerazione adeguata nell’ordito dell’intervento normativo della legge di delega e del relativo decreto legislativo delegato. Un percorso capace di condurre solo a conclusioni parziali o, per meglio dire, precarie, che necessitano di conferme alla luce della *law in action*.

Fatta questa precisazione di ordine metodologico, il presente contributo intende soffermarsi su tre elementi che caratterizzano la riforma recata dalla legge 134 per valutare se e come il legislatore abbia tenuto in considerazione e dato positiva attuazione ai numerosi principi costituzionali in tema di esercizio della funzione giurisdizionale in ambito penale. Tre sondaggi che mirano a fornire una prima valutazione della riforma, anche alla luce delle concrete disposizioni recentemente adottate dal legislatore delegato con il d.lgs. 150/2022.

2. Tre sondaggi sulla costituzionalità della riforma: l’improcedibilità in appello e cassazione.

Il primo ambito su cui conviene operare qualche riflessione concerne il discusso terzo asse, cioè il superamento della disciplina posta dalla legge n. 3 del 2019.

⁵ A queste previsioni si aggiunge l’assunzione – con posizione a tempo determinato – di circa 15.000 addetti all’*Ufficio per il processo* presso la Corte di cassazione e presso i distretti delle Corti d’appello, al fine di coadiuvare le corti nello smaltimento dell’arretrato che spesso è una delle cause della lunghezza dei processi in Italia. Si tratta di una figura che, almeno nelle intenzioni, vorrebbe riecheggiare i *judicial clerk* dell’esperienza statunitense. Tuttavia, la similitudine pare essere più apparente che reale, in quanto oltreoceano si tratta di soggetti legati ai singoli giudici da una relazione fiduciaria, circostanza che rende la posizione particolarmente ambita. Al contrario, così non sembra essere, per una molteplicità di ragioni, la figura delineata nell’ordinamento italiano.

Per comprendere l'originale soluzione enucleata dal legislatore, è necessario prendere le mosse dai lavori della commissione Lattanzi che, in punto di superamento del meccanismo della legge *spazzacorrotti*⁶ aveva individuato due possibili alternative: la prima, maggiormente conservativa, mirava a una mediazione tra il meccanismo della *spazzacorrotti* e lo *status quo ante*; la seconda, più innovativa, si muoveva invece verso l'assimilazione di un modello fondamentalmente bipartito, utilizzato da altri ordinamenti e segnatamente dagli Stati Uniti.

In maggiore dettaglio, la proposta più innovativa della commissione Lattanzi era articolata nel modo seguente: in primo luogo, il termine prescrizione era interrotto ("cessa definitivamente", secondo le parole della proposta di articolato) dall'esercizio dell'azione penale. Da quel momento, ciascun grado di giudizio era chiamato a svolgersi in un tempo definito, pari a quattro anni per il primo grado, tre anni per l'appello e due anni per il giudizio di cassazione. Era altresì prevista la possibilità di sospensioni, sia per i casi previsti dal primo comma dell'art. 407 del codice di rito, sia su decisione motivata del giudice in caso di circostanze giustificatrici.

Al di là delle pur importanti technicalità, è necessario mettere in luce il collegamento della proposta in esame con i principi costituzionali. Da un lato, l'adesione alla posizione per cui il c.d. diritto all'oblio e, più in generale, l'affievolirsi nel corso del tempo delle ragioni giustificatrici dell'esercizio della potestà punitiva dello Stato (cioè il venir meno di esigenze rieducative nei confronti di chi abbia delinquito diversi anni fa, al pari dello scarso valore general-preventivo di una potestà punitiva che si appalesa a distanza di lungo tempo) cessano, non già con la condanna definitiva ma, con l'esercizio dell'azione penale: ergo, la prescrizione quale istituto di diritto penale sostanziale cessa di avere un ruolo laddove la macchina punitiva dello stato si metta in moto.

Una volta esercitata l'azione emerge un problema del tutto diverso, che non riguarda più il diritto all'oblio, ma quello – del tutto diverso – ad una durata ragionevole del processo. Quest'esigenza viene quindi soddisfatta con uno strumento simile ma concettualmente distinto e diverso dalla prescrizione, quale l'improcedibilità per decorso del termine entro cui il processo – o una sua fase essenziale – deve svolgersi.

Dalla prospettiva del diritto costituzionale non si tratta di una distinzione formalistica. Infatti, il regime costituzionale di un istituto di diritto penale sostanziale è immediatamente attratto nell'alveo di operatività dell'art. 25 cpv. della Costituzione, con tutto ciò che ne consegue in termini di necessario, puntuale rispetto dei principi di legalità, anche sostanziale, e di irretroattività (ovviamente laddove l'innovazione legislativa comporti trattamento deteriore)⁷. Viceversa, di fronte a un istituto di carattere meramente processuale, la sua

⁶ Sulla quale v. P. TANDURA, *La sospensione della prescrizione dopo la sentenza di primo grado: considerazioni a margine della discussa novità introdotta dalla legge "spazza-corrotti"*, in *Riv. pen.*, 2019, pp. 743 ss.

⁷ Sul tema, v. da ultimo Corte cost., 115/2018, p.to 4, *cons. dir.*

attrazione sotto le garanzie dell'art. 25 è da verificare alla luce delle circostanze del caso concreto⁸. Soprattutto, cambia la geometria complessiva dei principi costituzionali chiamati ad orientare la definizione in positivo dell'istituto: mentre nel caso della prescrizione la gravità del reato e il relativo allarme sociale sono il fondamentale interesse pubblico con cui si confronta il diritto all'oblio dell'imputato, nel caso di un istituto di carattere meramente processuale i due interessi primari che debbono trovare composizione sono, da un lato, l'obiettiva complessità dell'accertamento – che, nel caso di un istituto di carattere sostanziale è chiamata ad avere un ruolo limitato – e, dall'altro, il diritto alla ragionevole durata. Con questo non si intende dire che valutazioni di allarme sociale non possano entrare nella complessiva valutazione di termini congrui, ma che non pare calzante alla natura dell'istituto una definizione dei termini sulla base (esclusiva o comunque determinante) della gravità del reato. Non a caso, la proposta della commissione prevedeva un termine eguale per tutti i processi e una possibilità di sospensione per i reati per cui già il codice prescrive una durata massima delle indagini preliminari più lunga (e cioè i reati per i quali è presumibile che vi sia una maggior difficoltà di accertamento)⁹.

La geometria della seconda delle alternative proposte dalla commissione Lattanzi, che ricalca quanto previsto in altri ordinamenti occidentali¹⁰, viene però in buona misura tradita dall'art. 2 della legge 134/2021. Infatti, il meccanismo dei termini rigidi per ciascuno dei tre gradi di giudizio, con interruzione definitiva della prescrizione nel momento dell'esercizio dell'azione penale, viene in buona misura alterato da due scelte di primo rilievo.

In primo luogo, la decisione di applicare il meccanismo di natura processuale solo al giudizio di appello e a quello in Cassazione, lasciando che il primo grado sia governato dal diverso istituto della prescrizione¹¹. Certo, sul punto si può ben argomentare che l'affievolimento delle ragioni soggiacenti a – e legittimanti la – potestà punitiva dello Stato venga meno non nel momento di avvio del processo, ma in quello in cui la responsabilità sia accertata dalla sentenza di primo grado. Tuttavia, l'argomento appare ragionevole in caso di condanna, ma non certo nell'ipotesi di assoluzione, la quale certifica – in un atto motivato, per quanto soggetto a potenziale gravame – la non colpevolezza dell'imputato. Ancora, la scelta di graduare i termini di appello e cassazione sulla base di circostanze che attengono evidentemente all'allarme sociale e alla gravità dell'accusa, e non alla complessità connaturata al processo, appaiono poco confacenti alla natura processuale del meccanismo proposto dalla commissione Lattanzi e

⁸ Il tema è sviscerato con dovizia di argomenti da M. DONINI, *Efficienza e principi della legge Cartabia. Il legislatore a scuola di realismo e cultura della discrezionalità*, in *Pol. dir.*, 2021, pp. 598 ss.

⁹ B. ROMANO, *La riforma del sistema penale secondo la commissione Lattanzi*, in *Legislaz. pen.*, 2021, pp. 646.

¹⁰ Sul tema v. E. ADDANTE, M. LOMBARSO, *La prescrizione del reato*, Pisa, 2018.

¹¹ Scelta che «produce un evidente conflitto logico tra il regime del primo grado e i successivi», secondo M. DONINI, *Efficienza e principi della legge Cartabia*, cit., p. 597.

apparentemente fatto proprio – pur con gli aggiustamenti che si son detti – dal legislatore¹². Similmente può dirsi per la previsione di inapplicabilità dei termini di cui si discute in caso di reati per cui è previsto l'ergastolo.

Le considerazioni che precedono mirano a sostenere che, nella sua traduzione operata dal legislatore domestico, il modello bipartito suggerito dalla commissione Lattanzi appare quindi profondamente snaturato: il modello italiano è infatti caratterizzato non già dalla contrapposizione tra due istituti – prescrizione e improcedibilità – incentrati ciascuno su una propria logica e su un autonomo principio d'ordine, costituzionalmente fondato; al contrario, quello escogitato dal legislatore appare un disegno fondamentalmente incerto, in cui i due istituti di cui si discute hanno in superficie caratteristiche che sembrano legarli alle due logiche distinte di cui si è detto, ma che al fondo sono in realtà informati alla stessa logica sostanzialistica¹³. In altri termini, le particolari disposizioni a cui si è fatto riferimento portano a ritenere che quello disegnato dal legislatore – al di là dei termini usati per individuarlo¹⁴ – è un istituto prescrizione unitario, per quanto diversamente articolato e disciplinato nel procedere dei gradi di giudizio.

Il punto merita di essere ulteriormente meditato.

Per un verso si è detto che, al fondo, per come normate dalla legge 134, prescrizione e improcedibilità esprimono e compenetrano le medesime esigenze costituzionali, le quali attraggono anche il nuovo istituto nella dimensione penale sostanziale. D'alto lato, si è accennato alla circostanza per cui *in superficie* l'improcedibilità ha caratteri che sembrano invece distanziare quest'istituto dalla prescrizione. È in particolare il caso della dichiarazione di improcedibilità, che il giudice deve adottare una volta che il termine normativamente sancito (ed eventualmente prorogato) sia spirato, come statuisce l'art. 344-*bis* inserito nel codice di rito penale dalla riforma. Orbene, qui vi è una differenza di disciplina significativa rispetto all'istituto della prescrizione. Infatti, secondo la giurisprudenza della Cassazione¹⁵, l'emergere di una causa di improcedibilità dell'azione impedisce al giudice ogni qualsivoglia altra indagine di fatto e si estingue di conseguenza ogni altro potere di decidere sul merito dell'impugnazione. Di conseguenza, a differenza di quanto accade nel caso di decorso del termine prescrizione, allo spirare del termine al giudice sarà precluso di dichiarare che il fatto non sussiste, che l'imputato

¹² Rileva l'incongruenza, ad es., F. PALAZZO, *Prima lettura della riforma penale: aspetti sostanziali*, in *Pol. dir.*, 2021, pp. 630, a detta del quale «Dall'altro lato, la disciplina (non proprio perspicua) delle proroghe, che come noto ha costituito il “prezzo” da pagare per far passare le tagliole, potrebbe dar adito a qualche problema di costituzionalità».

¹³ V. sul p.to le osservazioni formulate da G. BALBI, *Il decorso del tempo tra prescrizione e improcedibilità*, in *Legislaz. pen.*, 2022, pp. 288 ss.

¹⁴ V. P. FERRUA, *Improcedibilità e ragionevole durata del processo: uno stupefacente caso di evaporazione del processo*, in *Processo penale e Giustizia*, 2022, pp. 256 ss.

¹⁵ Cfr. Corte cass., S.U., sent. n. 49783 del 24 settembre 2009, *Martinenghi*.

non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato, secondo il disposto dell'art. 129 c.p.p. Certo, è possibile che in futuro il diritto vivente modifichi questa preclusione nel caso in cui l'improcedibilità sia da dichiarare *ex art. 344-bis c.p.p.*, sanando così una asimmetria che la somiglianza sostanziale dei due istituti sembra rendere – sulla base dell'odierno diritto vivente – irragionevole e potenzialmente lesiva del principio di eguaglianza.

La diversità di trattamento nel caso in cui sia in gioco l'applicazione dell'art. 129 c.p.p. non è l'unico elemento di difficile giustificazione, data la riconduzione, sopra argomentata, di prescrizione e improcedibilità allo stesso *genus*.

Infatti, laddove vi sia la giustapposizione tra i due regimi (prescrizione per decorso del tempo prima dell'esercizio dell'azione penale e improcedibilità una volta che il processo sia cominciato) appare tollerabile che due identici delitti commessi lo stesso giorno da due soggetti diversi portino il primo soggetto ad essere prosciolto per intervenuta improcedibilità ed il secondo, in un momento successivo (cioè dopo un decorso del tempo maggiore) condannato. È sufficiente che il primo soggetto subisca l'esercizio dell'azione penale in un momento di poco successivo al reato, mentre il secondo alla vigilia della scadenza del termine prescrizionale. Successivamente il primo viene processato troppo lentamente, mentre il secondo subisce un processo sufficientemente celere e viene così condannato ad una distanza di tempo dal fatto maggiore rispetto a quella che separa fatto e dichiarazione di improcedibilità nel caso del primo soggetto.

Si tratta di uno scenario non solo plausibile, ma anche del tutto ammissibile laddove prescrizione e improcedibilità per ricorso del termine siano due istituti che rispondono ciascuno a una propria logica, chiaramente diversa da quella che informa l'altro¹⁶. Viceversa, laddove questa separazione sia assai più incerta – come nel modello disegnato dalla riforma – tale differenza di trattamento risulta priva di una convincente giustificazione, risolvendosi in una chiara – e grave – ipotesi di violazione dell'art. 3 della Costituzione.

Il punto appare ancora più delicato laddove si ponga mente ad un dato di carattere sostanzialistico. I tempi medi per giungere a una decisione nelle diverse corti d'appello della Repubblica sono significativamente divaricati: in assenza di politiche efficaci volte a ridurre questo *gap*, il sistema penale è condannato ad un funzionamento a macchia di leopardo e non risulta nella sostanza in grado di garantire un trattamento sufficientemente uniforme ad imputati e parti offese nel territorio nazionale. Non solo infatti in alcune aree del Paese sarà più frequente il decorso dei termini prescrizionali, ma sono altresì destinate a moltiplicarsi le occasioni in cui – a parità di condotta e senza che ciò sia giustificato da elementi specifici della

¹⁶ V. le osservazioni, incentrate sull'*afflittività in sé* del processo, sviluppate da F. PALAZZO, *Prima lettura della riforma penale*, cit., p. 629.

storia processuale – l'improcedibilità renda esenti da responsabilità imputati per così dire più "giovani", per via di circostanze del tipo di quella appena esemplificata.

2.1. I criteri di priorità per l'esercizio dell'azione penale.

Una seconda questione di potenziale frizione tra diritto costituzionale e riforma del processo penale è la definizione di priorità per l'esercizio dell'azione penale.

Infatti, l'art. 1, c. 9, lett j) della legge 134 dispone che i decreti legislativi delegati prevedano che «gli uffici del pubblico ministero, per garantire l'efficace e uniforme esercizio dell'azione penale, nell'ambito dei criteri generali indicati dal Parlamento con legge, individuino criteri di priorità trasparenti e predeterminati, da indicare nei progetti organizzativi delle procure della Repubblica, al fine di selezionare le notizie di reato da trattare con precedenza rispetto alle altre, tenendo conto anche del numero degli affari da trattare e dell'utilizzo efficiente delle risorse disponibili»¹⁷.

La disposizione solleva due distinti problemi. Il primo concerne la definizione formale di *criteri di priorità trasparenti e predeterminati per selezionare le notizie di reato da trattare con precedenza*. Si tratta all'evidenza di qualcosa che già succede all'interno degli uffici giudiziari, laddove la scarsità delle risorse non permetta di dar corso a tutte le notizie di reato dotate di un certo fondamento. Tuttavia, un conto sono le necessità pratiche che portano eventualmente a ignorare quelle notizie meno significative, un conto è la formalizzazione di un criterio del genere considerato. Esso appare infatti in contrasto con i principi costituzionali, almeno se si prendono le mosse da quella che sembrerebbe essere la corretta interpretazione dell'art. 112 Cost., il cui contenuto essenziale non è quello di riservare l'esercizio dell'azione penale al Pubblico ministero – ben potendo la legge prevedere ulteriori figure legittimate ad agire in tal senso¹⁸ – quanto quello di garantire che l'azione penale sia sempre esercitata; a sua volta, l'obbligatorietà dell'azione è specificamente ed evidentemente funzionale alla tutela della legalità sostanziale, del principio di eguaglianza e di quello dell'unità dell'ordinamento giuridico¹⁹. Non appare invece lesivo di alcun principio il fatto che sia il procuratore generale a stabilire tali direttive, posto che l'indipendenza interna non riguarda l'ufficio del pubblico ministero, il quale anzi, come è noto, ha una struttura di carattere gerarchico.

Se la previsione di tali *criteri di priorità* solleva qualche perplessità sul versante della retta applicazione del principio chiaramente espresso dall'art. 112 Cost., è pur vero che esigenze di trasparenza e di imparzialità nell'esercizio delle funzioni connotano la figura costituzionale del

¹⁷ Il principio trova poi sviluppo ad opera dell'art. 41 del d.lgs n. 150/2022.

¹⁸ Cfr. Corte cost., sent. 123/1970.

¹⁹ Cfr. Corte cost., sent. 474/1993.

p.m. e potrebbero quindi fornire una giustificazione a una lettura dell'art. 112 Cost. meno rigorosa e favorevole all'istituto in parola.

Più problematica la giustificazione del potere del Parlamento di indicare criteri generali al fine di orientare la definizione dei *criteri di priorità trasparenti e predeterminati* ad opera degli uffici del Pubblico ministero.

Anche in questo frangente, è agevole individuare principi fondamentali che giustifichino la previsione: l'unità dell'ordinamento giuridico e l'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, le quali mal tollererebbero criteri a tal punto diversi da rendere il codice penale un catalogo di opzioni differentemente declinato nelle varie regioni del territorio repubblicano. Ma è ben vero che tali criteri di priorità non possono giocare un ruolo così significativo da determinare una consimile parcellizzazione del diritto penale concretamente vigente sul territorio; d'altra parte, l'onere di armonizzare i criteri potrebbe ben essere assunto dal PG presso l'organo a cui spetta la funzione nomofilattica.

La riconduzione al Parlamento del potere di dettare questi criteri generali si giustificherebbe solo nella misura in cui tale ordine di precedenza dovesse trovare un fondamento non certo in dati giuridici oggettivi – e cioè la maggiore gravità dei reati, sulla base delle previsioni del codice –, ma in un apprezzamento *politico* delle istanze di protezione che emergono dal corpo sociale²⁰. All'evidenza, un compito che non potrebbe essere svolto da nessuno al di fuori dell'Organo cardine della rappresentanza politica. Tuttavia, anche questa giustificazione sembra poco convincente, in quanto aprirebbe le porte a differenze di trattamento tra cittadini che paiono in contrasto con i principi costituzionali in materia penale sostanziale, per come interpretati e ribaditi dalla giurisprudenza. Infatti, laddove tali criteri generali classifichino stabilmente, per diversi anni, un reato nella classe di minore importanza, in un contesto di perenne scarsità di risorse quale quello italiano, ciò comporterebbe una sua sostanziale depenalizzazione *de facto*. Tuttavia, sono note le conseguenze, costituzionalmente necessitate, che una depenalizzazione *de jure* ha sulla punibilità dei reati commessi precedentemente alla entrata in vigore della legge che la dispone. Allo stesso modo, anni di mancata repressione di un certo reato ingenererebbero la convinzione di una sua depenalizzazione, quando invece una modificazione dell'ordine di priorità da parte del Parlamento non avrebbe certo un'efficacia limitata ai fatti futuri.

A ben vedere c'è una tensione di principio tra la definizione di tali criteri generali e l'art. 112 Cost.: il secondo impone di *prendere sul serio* la libertà personale e, quindi, le ipotesi in ordine alla sua limitazione. Di conseguenza all'ordine giudiziario spetta esercitare sempre la funzione giurisdizionale di fronte a una notizia di reato, opportunamente sollecitato da quel

²⁰ V. P. FERRUA, *I criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale. verso quale modello processuale?*, in *Processo penale e Giustizia*, 2021, pp. 1041.

corpo di magistrati incaricati di sostenere la pubblica accusa. Al decisore politico spetta invece di definire in astratto le ipotesi di reato e di reperire le risorse acciocché il sistema giudiziario possa funzionare correttamente sulla base delle norme della Costituzione, a partire dal principio di eguaglianza, il quale mal tollera – a voler usare un evidente eufemismo – un ordinamento penale a geometria variabile.

Queste considerazioni portano quindi a respingere la seconda ipotesi giustificatrice dell'attribuzione, in capo la Parlamento, del potere di dettare i criteri generali di cui si discute. Di contro resta intatta l'esigenza di garantire la piena operatività delle speciali garanzie di indipendenza e istituzionale²¹ e funzionale²² di cui godono i pubblici ministeri, proprio di fronte al potere politico. Per limitare questa seconda servirebbero motivazioni dotate di un fondamento costituzionale più solido di quello che si è riusciti sin qui a rintracciare.

2.2. Il filtro per il rinvio a giudizio.

Un'ultima questione di particolare interesse dal punto di vista del diritto costituzionale concerne il meccanismo di filtro previsto per il rinvio a giudizio, posto quanto stabilito dall'art. 1, c. 9, lett. a), il quale sancisce che «il pubblico ministero chieda l'archiviazione quando gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari non consentono una ragionevole previsione di condanna», il quale ha un evidente e condivisibile intento deflattivo sul numero di procedimenti avviati di fronte alle corti di primo grado²³.

Al di là dell'intento meritorio, appare però degno di interesse il rilievo che si appunta sulla difficile conciliabilità della previsione *de qua* con la presunzione di non colpevolezza o, per meglio dire, con una sua lettura orientata dal super-valore della dignità umana²⁴ e da quel suo corollario essenziale che è costituito dal diritto all'onore.

Infatti, di per sé il principio di non colpevolezza potrebbe essere oggetto di una lettura squisitamente processual-penalistica e consistere dunque: in primo luogo nella considerazione per cui l'imputato, come tale, non è né innocente né colpevole²⁵, con la conseguenza per cui ciascuna sentenza di condanna deve fondarsi su una dimostrazione in concreto, “al di là di ogni ragionevole dubbio”, circa l'ascrivibilità del fatto delittuoso al soggetto imputato e che

²¹ *Ex* art. 107, u.c., Cost.

²² *Ex* art. 112 Cost., relativamente al quale la Corte costituzionale sancisce come «l'obbligatorietà dell'azione penale, punto di convergenza di un complesso di principi del sistema costituzionale, costituisce la fonte essenziale della garanzia dell'indipendenza del pubblico ministero» (Corte cost., sent. 420/1995).

²³ V. ad es. M. GALLO, *Impressioni a caldo sulle proposte della commissione di studio Lattanzi: indagini e udienza preliminare*, in *Giust. pen.*, 2021, n. 3, pp. 92 ss.

²⁴ V. E. MARZADURI, *La riforma Cartabia e la ricerca di efficaci filtri predibattimentali: effetti deflativi e riflessi sugli equilibri complessivi del processo penale*, in *Legislaz. pen.*, 2022, pp. 82 ss.

²⁵ Questa è la più risalente posizione del giudice delle leggi. Cfr. Corte cost., sent. 124/1972.

l'imputato non possa essere fatto oggetto di misure sanzionatorie preventive, ma solo di misure cautelari, e via discorrendo.

Tuttavia, questa ricostruzione minimale si scontra in primo luogo con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la quale è più netta nel riferirsi a una presunzione di innocenza²⁶. La differenza tra le due espressioni può appunto cogliersi sul piano dei diritti della personalità e, in particolare, sul diritto alla reputazione e all'onore quale corollario essenziale del super-valore della dignità umana²⁷. In altri termini, se la prima dimensione della presunzione di non colpevolezza attiene al piano processuale e al fondamento della potestà punitiva dello Stato, l'attitudine dei diritti fondamentali a innervare non solo le relazioni verticali Stato-individuo, ma anche quelle che si sviluppano nelle formazioni sociali tra soggetti privati rende necessario declinare il principio anche sul piano dei rapporti sociali e proteggere l'imputato da una considerazione sociale negativa per effetto dell'esercizio dell'azione penale. È questo il senso di numerose disposizioni dell'ordinamento, a partire da quelle che limitano il diritto di cronaca²⁸ e da quelle che sanciscono il diritto all'oblio, laddove un consistente lasso di tempo separi l'eventuale avvenuta condanna dal tempo presente²⁹. Ancora, la legge 134 non è affatto insensibile al tema, laddove stabilisce tra i principi e criteri direttivi per il legislatore delegato che «il decreto di archiviazione e la sentenza di non luogo a procedere o di assoluzione costituiscano titolo per l'emissione di un provvedimento di deindicizzazione che, nel rispetto della normativa dell'Unione europea in materia di dati personali, garantisca in modo effettivo il diritto all'oblio degli indagati o imputati».

Tuttavia, a dispetto di quest'ultima previsione – di dubbia efficacia, posti i requisiti sanciti in sede europea (relativi: 1. al passaggio del tempo; 2. alla conseguente mancanza di attualità della notizia, che giustifica la compressione della libertà di informazione e di prestazione del servizio da parte della società proprietaria del motore di ricerca; e 3. all'impossibilità di indirizzare l'ordine *de qua* nei confronti di una testata giornalistica, ma solo di un motore di ricerca internet) – l'impatto mediatico e sociale di un rinvio a giudizio, richiesto da un pubblico ministero e autorizzato da un giudice, sulla base di «una ragionevole previsione di condanna» appare decisamente più significativo e foriero di un danno di immagine

²⁶ V. Convenzione EDU, art. 6.2.

²⁷ La diversa traiettoria disegnata a livello sovranazionale ha ricadute significative su quelle categorizzazioni che possano anche indirettamente andare a detrimento dell'onorabilità del soggetto. V. ad esempio Corte EDU, sent. 23 ottobre 2014, *Melo Tadeu c. Portugal*: «Ce qui est également en jeu une fois la procédure pénale achevée, c'est la réputation de l'intéressé et la manière dont celui-ci est perçu par le public». V. anche Corte EDU, Grande Chambre, sent. 12 luglio 2013, *Allen v. United Kingdom*.

²⁸ V. il Codice di autoregolamentazione in materia di rappresentazione di vicende giudiziarie nelle trasmissioni televisive adottato nel 2009 in seno ad AGCOM. In termini più generali, sul tema v. G. TARLI BARBIERI, *Libertà di informazione e processo penale nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte Edu: problemi e prospettive*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, n. 3, pp. 20 ss.

²⁹ Su tutti v. Corte Giust. UE, sent. 13 maggio 2014, C-131/12, *Google Spain*.

difficilmente sanabile. La presunzione di non colpevolezza – specie in un contesto come quello attuale, caratterizzato dal prevalere di notizie scandalistiche e poco meditate – necessita di un processo penale in cui l'imputato non sia in alcuna misura *pre-giudicato* sulla base di meccanismi di filtro, che pure potrebbero essere previsti da un legislatore animato da intenzioni tutt'altro che giustizialiste.

3. Alcune osservazioni di sintesi.

La rapida disamina che si è condotta nelle pagine che precedono conferma, semmai ce ne fosse stato bisogno, la difficoltà di addivenire a una riforma organica della giustizia che sia davvero soddisfacente. Il testo che si è commentato non è certo il frutto dell'improvvisazione. Al contrario, almeno per ciò che concerne numerosi aspetti, è il frutto di un'istruttoria lunga e articolata che ha trovato nei lavori della commissione Lattanzi uno snodo di particolare significato. A dispetto di ciò, vi sono non soltanto aspetti che hanno infiammato il dibattito pubblico – cosa che, peraltro, almeno a giudizio di chi scrive, non è per nulla da considerarsi un male in sé, ma rientra nelle logiche di funzionamento di un buon sistema democratico-rappresentativo – ma anche elementi che, ad una valutazione posata e non pregiudizievole, appaiono quanto meno criticabili.

Si tratta, naturalmente, degli ambiti oggetto dei tre sondaggi che si sono svolti e di cui è stato dato conto nelle pagine che precedono.

In tutti e tre, la scelta del legislatore appare foriera di tensioni significative con il testo Costituzionale ed i principi che lo innervano. Soltanto una volta che le nuove regole avranno trovato una compiuta definizione, anche grazie alla pratica forense e giudiziaria, sarà possibile asserire con maggiore certezza – e sulla base di un ben più ampio novero di elementi di riflessione – se le scelte effettivamente compiute dal legislatore del biennio 2021-2022 sono una traduzione buona, o per lo meno ammissibile, dei precetti che la nostra Costituzione detta in materia di esercizio della funzione giurisdizionale in ambito penale; e, quindi, valutare se la tensione di cui si discute sia soltanto apparente e comunque ammissibile oppure se essa sia patologica.

Per il momento, ciò che non si può fare a meno di sottolineare è come le disposizioni esaminate dimostrino in misura evidente la difficoltà di tenere insieme l'efficienza – e cioè un rapporto favorevole tra risorse impiegate, anche in termini di tempo, e risultati raggiunti – con un livello di garanzie individuali adeguato agli standard di un moderno Stato costituzionale di diritto. Il meccanismo di filtro analizzato nel corso del paragrafo 2.2 e le priorità nell'esercizio dell'azione penale – scrutinate al precedente 2.1 – sono due istituti che trovano nell'efficientamento del sistema-giustizia la propria evidente ragion d'essere. Al contempo, come

si è cercato di mostrare, essi rischiano però di intaccare la posizione soggettiva individuale del cittadino in misura diretta – il meccanismo di filtro con le conseguenze negative per la presunzione di non colpevolezza di un rinvio a giudizio giustificato sulla base di un’aspettativa ragionevole di condanna – oppure indiretta, per via della implicita limitazione dell’autonomia della magistratura e del concorso di un atto non legislativo alla definizione di cosa sia *in concreto* oggetto di repressione penale.

Più sfaccettata è invece la valutazione dell’improcedibilità del processo in appello o in cassazione, per superamento dei limiti temporali definiti dalla riforma. Qui, le perplessità derivano da una scelta legislativa che finisce per avere uno sviluppo normativo privo di un sufficiente livello di coerenza con le proprie premesse, per ragioni essenzialmente attinenti alla dinamica politica. Con tutta probabilità, l’eterogenea composizione di una maggioranza di governo, *priva di formula politica*, non ha aiutato a definire un indirizzo coerente su una materia politicamente sensibile ed oggetto di una contrapposizione partitica assai marcata.

La scarsa coerenza tra premesse e loro sviluppo normativo ad opera della riforma trova poi un ulteriore elemento di giustificazione in una insufficiente chiarificazione degli scopi che ciascun istituto è chiamato a raggiungere, al pari di una tendenziale confusione tra diritto e fatto. Così la prescrizione e l’improcedibilità sono state erroneamente legate, anche da parte del dibattito colto, all’obiettivo di contenimento della durata dei processi, che è cosa diversa dalla garanzia, per il soggetto privato, di non patire un processo eccessivamente lungo. Per tale ultima finalità, un meccanismo a tagliola come quello disegnato dalla riforma – o, meglio, quale quello proposto dalla commissione Lattanzi – può essere considerato come pienamente rispondente allo scopo. Viceversa, l’efficienza del sistema giustizia richiede qualcosa in più: che i processi siano celebrati bene – e cioè con piena attuazione delle garanzie costituzionali – e in tempi ragionevolmente brevi. Un obiettivo che richiede non solo norme adeguate – e in questo la legge delega contiene principi, diversi dal semplice meccanismo dell’improcedibilità, che paiono promettenti – e risorse umane e finanziarie adeguate. Su quest’ultimo fronte, con ogni probabilità, finirà per giocarsi la partita della *law in action* e, quindi, la valutazione in concreto delle norme introdotte nel biennio appena concluso.

queste istituzioni

**Gli equilibri costituzionali
alla prova della rielezione
del Presidente della Repubblica**

Matteo Carrer

Numero 1/2023

31 marzo 2023

Gli equilibri costituzionali alla prova della rielezione del Presidente della Repubblica

di Matteo Carrer*

Sommario

1. La “attuale di penuria di uomini politici”, sette decenni dopo. – 2. Profili di distribuzione dei poteri. – 2.1. Il rapporto con l’organo deputato all’elezione. – 2.2. Il primo e gli ulteriori mandati: stessi poteri o stessi equilibri? – 2.3. La rielezione e la *recusatio*. – 2.4. I poteri formali e il potere di persuasione. – 3. La non immediata rieleggibilità. – 4. Conclusioni.

Sintesi

L’articolo analizza il caso della rielezione del Presidente della Repubblica da parte del Parlamento in seduta comune. La regola vuole che il Capo dello Stato venga eletto ogni sette anni, l’eccezione è che la stessa persona sia rieletta alla carica. Concretamente, è avvenuto due volte consecutivamente. Ciò pone dei profili di possibili disequilibri costituzionali, che l’articolo indaga e analizza, considerando anche il caso di un divieto di rielezione consecutiva. Le conclusioni sono nel senso che la rielezione, per quanto possibile, non è opportuna sotto il profilo degli equilibri istituzionali che la Carta fondamentale italiana ha disegnato.

Abstract

The article analyzes the re-election of the President of the Republic by the Parliament in joint session. The rule is that the Head of State is elected every seven years, the exception being that the same person is re-elected to office. However, this happened twice consecutively. This can cause possible constitutional imbalances, which the article investigates and outlines, also considering the case of a ban on consecutive re-election. The conclusions point out that the re-election, as far as possible, is not appropriate from the point of view of the institutional balances that the Italian fundamental charter designed.

Parole chiave

Presidente della Repubblica; Parlamento in seduta comune; Elezione del Presidente della Repubblica; Equilibri costituzionali.

1. La “attuale di penuria di uomini politici”, sette decenni dopo.

«La durata del mandato presidenziale è stata determinata in sette anni, forse derivando tale periodo dalla Costituzione della Repubblica Francese»: così il Presidente Segni nel suo

* Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Bergamo.

messaggio alle Camere del 16 settembre 1963¹ e, in effetti, il primo comma dell'art. 85 della Costituzione fissa in sette anni la durata del mandato del Presidente della Repubblica. E, secondo il principio generalissimo espresso dal celebre brocardo *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, non si può escludere che sia possibile rieleggere la medesima persona a Presidente della Repubblica per più di un mandato, facendo limite non il numero di incarichi – due, tre o più – bensì la permanenza in vita di una persona che, per dettato costituzionale, deve avere almeno 50 anni e che è chiamata a svolgere un incarico non breve.

Fin qui, *in claris non fit interpretatio*. Il Presidente della Repubblica può essere rieletto? La risposta è affermativa, e si può aggiungere che può esserlo più volte².

¹ Rintracciabile come testo integrale in <https://archivio.quirinale.it/>. Ampiamente sul settennato: AA.VV. (a cura di F. Bonini, S. Guerrieri, S. Mori, M. Olivetti), *Il settennato presidenziale. Percorsi transnazionali e Italia repubblicana*, il Mulino, Bologna, 2022.

² Gli interventi in dottrina sul tema specifico della rieleggibilità e della rielezione del Presidente della Repubblica sono molteplici. Senza pretesa di esaustività si segnalano: AA. VV. (a cura di A. Apostoli, M. Gorlani), *Il primo settennato di Sergio Mattarella. Dentro la Presidenza della Repubblica: fatti, atti, considerazioni*, Giappichelli, Torino, 2022; F. BLANDO, *Rieleggere il Presidente. Il Parlamentarismo italiano alla prova della vicenda Mattarella*, in *Federalismi*, 27/2022, p. 47 ss.; A. CIANCIO, *La rielezione di Mattarella, il de profundis per la politica e quel "soffitto di cristallo" che non si infrange*; E. FURNO, *La rivincita dei peones*; C. FUSARO, *L'elezione del tredicesimo presidente (24-29 gennaio 2022). Ottimo risultato, meccanismo da rivedere, sistema in crisi irreversibile*; M.C. GRISOLIA, *L'elezione di Mattarella: problematiche e prospettive*; V. LIPPOLIS, *La seconda elezione di Mattarella: la rieleggibilità e l'inconsistenza di una Presidenza a tempo*; I.A. NICOTRA, *La finestra schiusa sulla rielezione, un porto sicuro nella tempesta dell'instabilità politica*; I. PELLIZZONE, *Il ruolo del Parlamento nella rielezione presidenziale, tra vuoto dei leader e crisi di governo. Riflessioni a margine della seconda elezione del Presidente Mattarella*; S. PRISCO, *Appunti su una rielezione*, tutti in *Federalismi*, Paper, *Elezione del Presidente della Repubblica: riflessioni costituzionali "a caldo"*, 9 febbraio 2022; L. DE CARLO, E. ROSSI, G. SANTINI, *L'elezione del Capo dello Stato tra regole, regolarità e innovazioni (Rileggendo la tornata presidenziale del gennaio 2022)*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 1/2022; gli interventi sulla "lettera" 02/2022 - La rielezione del Presidente della Repubblica rintracciabili sul sito dell'Associazione italiana dei costituzionalisti a firma di S. STAIANO, *La rielezione del Presidente della Repubblica del gennaio 2022*; A. CERRI, *Note minime sui problemi di "fine mandato" del Presidente della Repubblica*; M. BELLETTI, *Dall'opportunità politica alla inopportunità istituzionale della rielezione del Capo dello Stato*; I. PELLIZZONE, *L'impatto della rielezione del Presidente Mattarella: verso aspettative di rieleggibilità della carica presidenziale?*; V. TEOTONICO, *Note (sul dibattito) intorno alla rielezione del Presidente della Repubblica*, in *Rivista AIC*, 2/2022, p. 60 ss.; A.M. POGGI, *Con lo sguardo oltre l'elezione del Presidente della Repubblica*, in *Federalismi*, 3/2022; G.M. SALERNO, *Dalla prima alla seconda Presidenza: novità nella continuità*, in *Federalismi*, 5/2022; F. SALMONI, *Brevi note sulla rielezione del Presidente della Repubblica*, in *Federalismi*, paper, 23 febbraio 2022; A. RANDAZZO, *L'elezione del Presidente della Repubblica in tempo di pandemia: problemi e prospettive*, in *laCostituzione.info*, 13 gennaio 2022; A. LAURO, *Due bis fanno una consuetudine?*, in *laCostituzione.info*, 30 gennaio 2022; A. MORELLI, *La rielezione di Mattarella, i miraggi del semipresidenzialismo e della stabilità ritrovata*, in *laCostituzione.info*, 8 febbraio 2022; V. LIPPOLIS, G.M. SALERNO, *La presidenza più lunga. I poteri del capo dello Stato e la Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 2016; G. SCACCIA, *Il re della Repubblica. Cronaca costituzionale della presidenza di Giorgio Napolitano*, Mucchi, Modena, 2015; AA.VV. (a cura di F. Giuffrè, I. Nicotra), *L'eccezionale "bis" del Presidente della Repubblica Napolitano*, Giappichelli, Torino, 2014; M. OLIVETTI, *Il tormentato avvio della XVII legislatura: le elezioni politiche, la rielezione del Presidente Napolitano e la formazione del governo Letta*, in *Amministrazione in cammino*, 9 maggio 2014, spec. p. 49 ss.; G. SCACCIA, *La storica rielezione di Napolitano e gli equilibri della forma di governo*, in *Rivista AIC*, n. 2/2013; E. CHELI, *Il capo dello Stato: un ruolo da ripensare?*, in *Il Mulino*, 3/2013, p. 436 ss.; V. LIPPOLIS, *Un regime parlamentare sotto tutela presidenziale*, ivi, p. 444 ss.; C. PINELLI, *Napolitano visto dai costituzionalisti*, ivi, p. 453 ss.; M. CALISE, *La personalizzazione presidenziale*, ivi, p. 460 ss.; N. MACCABIANI, *La (ri)elezione di Giorgio Napolitano*, in *Osservatorio costituzionale*, luglio 2013.

A questo dato bisogna aggiungerne un altro: nessun Presidente della Repubblica è stato rieletto fino al 20 aprile 2013, al momento in cui il Parlamento in seduta comune, in composizione integrata dai delegati regionali, ha eletto per una seconda volta il Presidente allora in carica, Giorgio Napolitano.

Almeno sotto il profilo delle meccaniche costituzionali, identica occasione si è ripetuta con la rielezione di Sergio Mattarella il 29 gennaio 2022.

Due Presidenti, consecutivamente eletti, sono stati altrettanto consecutivamente *rieletti* e – bisogna precisare – il primo ha rassegnato dimissioni anticipate rispetto alla scadenza naturale del suo mandato, dimostrando, così, inequivocabilmente il desiderio di interrompere l’incarico. Non si sono ancora verificate, insomma, le condizioni per un terzo mandato consecutivo, evento che, dal dato normativo puro e semplice, non si può teoricamente escludere.

Il tema della possibilità di rielezione del Presidente della Repubblica non era sconosciuto ai costituenti. Il 19 dicembre 1946 la prima Sezione della seconda Sottocommissione della Commissione per la Costituzione aveva approvato un emendamento al termine del primo comma di quell’articolo che sarebbe diventato l’ottantacinquesimo della Carta del seguente tenore: «e non è rieleggibile»³.

Il 22 ottobre 1947, al momento di discutere il futuro art. 85 Cost. nell’aula dell’Assemblea costituente, tale formula era sparita e così resterà nella versione definitiva.

A livello di dibattito, il 20 dicembre 1946 nella seduta della prima Sezione citata, l’on. Tosato si era espresso nel senso di «non rit[enere] conforme al sistema del Governo parlamentare stabilire un’eguale durata per tutti gli organi supremi costituzionali, specialmente per quanto riguarda il Presidente della Repubblica, che deve rappresentare un elemento di continuità e di stabilità nella vita dello Stato». Il Presidente doveva elettoralmente, e dunque meccanicamente, trovarsi disallineato rispetto alle Camere (che, come noto, nella versione del 1948 avevano durate diverse) tale per cui, al netto di improvvise interruzioni del mandato presidenziale, a nessuna legislatura spettasse eleggere più di un Capo dello Stato e, in determinate combinazioni di eventi, nemmeno uno.

Sul tema della continuità del mandato è intervenuto anche il Presidente Segni nel messaggio ricordato, sostenendo che «la nostra Costituzione non ha creduto di stabilire il principio della non immediata rieleggibilità del Presidente della Repubblica, ma mi sembra opportuno che tale principio sia introdotto nella Costituzione, essendo il periodo di sette anni sufficiente a garantire una continuità nell’azione dello Stato».

³ Ora rintracciabili all’indirizzo <http://legislature.camera.it/>. V. altresì V. FALZONE, F. PALERMO, F. COSENTINO, *La Costituzione della Repubblica italiana. Illustrata con i lavori preparatori e corredata da note e riferimenti*, Mondadori, Milano, 1976 (ristampa), spec. p. 235 ss.

Come ovvio, la non immediata rieleggibilità è diversa dalla non rieleggibilità *tout court*. Si dedicherà apposito spazio all'analisi della teoria e della meccanica costituzionale della non rieleggibilità immediata.

L'on. Nitti, nella seduta pomeridiana del 16 settembre 1947 dell'Assemblea Costituente osservò che «la democrazia non richiede uniformità; spesso anche l'esclude» e aggiunse che negli Stati Uniti «il Presidente dura quattro anni, termine molto ampio o almeno abbastanza largo, perché vi è sempre il correttivo della rielezione. Quando si crede che sia utile conservare una grande personalità, la si rielegge. In generale pochi Presidenti sono stati rieletti. Ora il termine di 7 anni da noi è lungo e bisogna che il Paese sia consultato dopo un certo tempo». Il Paese, nel testo costituzionale che conosciamo, non viene consultato in modo diretto⁴, ma valgono i principi così sinteticamente esposti: la continuità non è uniformità, le grandi personalità possono essere riellette (ma in riferimento al sistema statunitense, con mandato quadriennale) e il mandato settennale è ampio.

Ancora, a titolo introduttivo del tema si riprendono le parole (*rectius*, la sintesi stenografica) dell'intervento dell'on. Tosato nella richiamata seduta del 19 dicembre 1946 nel corso della quale ritenne «che non sia opportuno escludere la possibilità della rielezione, soprattutto data la situazione politica attuale di penuria di uomini politici, dopo venti anni di carenza di vita politica. D'altra parte, l'affermazione che non è rieleggibile potrebbe anche essere interpretata, per quanto indirettamente, in un senso poco favorevole per l'attuale Capo provvisorio dello Stato.

«Né [l'on. Tosato] approverebbe una formula limitativa nel senso di specificare che il Presidente può essere rieletto una sola volta, in quanto ciò rappresenterebbe un vincolo morale, seppure tenue, per il collegio elettorale che nel procedere alla elezione del Presidente si troverebbe sempre di fronte alla positiva possibilità di rieleggere il Presidente cessante. A suo avviso è dunque preferibile lasciare impregiudicata la questione, rimettendola alla completa discrezionalità del corpo elettorale».

La natura monocratica dell'organo pone sempre il problema della persona. È interessante notare come il tema della rielezione serpeggiava anche letteralmente in quella seduta che si teneva a pochi mesi dall'elezione del Capo provvisorio dello Stato (28 giugno 1946), in un Paese dove il precedente⁵ Capo di Stato era stato ininterrottamente in carica per ben quarantacinque anni: il re Vittorio Emanuele III.

⁴ «Sebbene sondaggi nazionali e internazionali abbiano rilevato, a sei mesi dall'elezione, che 4 italiani su 5 o il 67% dei nostri concittadini vorrebbero veder rieletto Pertini, in realtà sia il parere della maggioranza dei parlamentari sia un esame delle posizioni dei partiti inducono a ritenere il contrario o, quantomeno, fanno ritenere che le *chances* di rielezione del settimo presidente siano legate alla concomitanza di condizioni eccezionali» A. BALDASSARRE, C. MEZZANOTTE, *Gli uomini del Quirinale*, Laterza, Roma-Bari, 1985, p. 315.

⁵ Formalmente, come noto, non si tratta del Capo di Stato *immediatamente* precedente, stante la parentesi della Repubblica sociale italiana in parte del territorio e il brevissimo regno di Umberto II.

Resta di solito dimenticato dalla narrazione comune il fatto che il primo Capo di Stato, sia pure non ancora Presidente della Repubblica ai sensi della Costituzione, ad essere rieletto fu proprio Enrico De Nicola⁶. Dimissionario il 25 giugno 1947 per ragioni di salute che – stando al messaggio inviato da De Nicola al Presidente dell’Assemblea costituente – «mi impediscono in modo assoluto l’ulteriore esercizio delle mie funzioni», motivazioni espresse insieme alle scuse («chiedo venia per non aver saputo adempiere il mio dovere come avrei voluto»), fu rieletto il giorno seguente e inviò un ulteriore messaggio contenente «le espressioni della mia gratitudine, che ho già manifestato oggi all’Ufficio di Presidenza, per la nuova testimonianza di benevolenza di cui ha voluto onorarmi e l’assicurazione che compirà ogni sforzo per condurre a termine la mia missione»⁷.

Il Capo provvisorio dello Stato è stato quell’Enrico De Nicola del quale si disse «decida di decidere se accetta di accettare»⁸: decise (in quell’occasione) e accettò, ma fu con lui che si inaugurò la cortesia (non la si definisce prassi per evidenti ragioni metodologiche), su cui si tornerà, della *recusatio*: nel caso di don Enrico, nonostante le sue parole esplicite in tal senso, non si trattava di ragioni di salute, bensì politiche⁹, tanto è vero che il giorno successivo riaccettò l’incarico, caso unico di rielezione seguita a dimissioni. Sempre con De Nicola si ebbe anche il primo caso di Capo dello Stato che desiderava essere rieletto (o forse eletto, dato che la carica che ricopriva era provvisoria) Presidente della Repubblica anche se, per ragioni politiche cui non era estraneo il carattere dell’uomo, così non fu¹⁰.

Dunque, parlando della vigenza della Costituzione, la rielezione di un Presidente della Repubblica non si è verificata fino a tempi recenti, mentre si segnalano nei lavori parlamentari diversi disegni di legge costituzionale volti a fissare nella Carta il divieto di rielezione (S. 845 – X legislatura; C. 599 – IV legislatura; C. 397 – IV legislatura; AS 2468 XVIII legislatura).

Difficile che, come notava l’on. Tosato, dopo circa sette decenni di vita repubblicana, l’evento di una ripetuta rielezione accada per “penuria di uomini politici”, ammesso che ne

⁶ Caso esplicitamente «non comparabile» secondo S. CECCANTI, *Rieletto ma non troppo: le grandi differenze tra l’undicesimo e il dodicesimo Presidente*, in *forumcostituzionale.it*, 2013, p. 1.

⁷ I messaggi sono rintracciabili nell’archivio online del Quirinale https://archivio.quirinale.it/discorsi-bookreader/discorsi/De_Nicola.html#page/20/mode/2up.

⁸ La frase è di Manlio Lupinacci sul Giornale d’Italia; si veda REDAZIONE, *Quirinale 1946: il ‘tentennante’ Enrico De Nicola*, Ansa, 6 dicembre 2021.

⁹ Pare che la polemica fosse diretta contro il governo per il protrarsi dei lavori dell’Assemblea costituente.

¹⁰ «Ricorse alla sua abituale linea, comunicando ufficialmente di non voler accettare la riconferma, per sollecitare subito una disposizione positiva della pubblica opinione e una presa di posizione in tal senso dei democristiani», P. CRAVERI, *Enrico De Nicola*, in AA.VV. (a cura di S. Cassese, G. Galasso, A. Melloni), *I Presidenti della Repubblica*, Il Mulino, Bologna, 2018, vol. I, p. 109. G. ANDREOTTI, *Visti da vicino*, Rizzoli, Milano, 1982, p. 8 annota che «più volte De Nicola aveva manifestato il fermo proposito di non protrarre il suo mandato» salvo poi ritirarsi «nella più imperturbabile clandestinità» al momento dell’elezione e, scelto Einaudi, partire «subito dopo, molto irato, per il suo rifugio partenopeo». Appartiene al medesimo momento l’aneddoto del letto portato al Quirinale in vista di un’elezione che non avvenne. Stranezze caratteriali che interessano gli storici delle istituzioni e solo marginalmente – sia pure sensibilmente – il diritto costituzionale.

mancasse l'Italia del dopoguerra e considerato che l'incarico di Presidente della Repubblica, per quanto delicato e prestigioso, non impegna più di una persona per volta tra tutti i cittadini italiani con più di 50 anni di età.

Nel contempo, l'indirizzo da ultimo seguito è stato quello di una doppia rielezione di due Presidenti consecutivamente eletti. La relazione d'accompagnamento del ddl cost. AS 2468 riporta una considerazione sintetica: «È infatti evidente che, se l'eccezione divenisse regola [cioè la rielezione] e quella che è stata la regola cominciasse ad apparire come eccezione [cioè la scelta di una nuova persona], l'equilibrio dei poteri delineato dalla Carta potrebbe risultarne alterato».

Obiettivo delle pagine che seguono è circostanziare equilibri e disequilibri.

2. Profili di distribuzione dei poteri.

Trattare di perturbazioni dell'equilibrio costituzionale dei poteri è particolarmente delicato per ragioni metodologiche: si tratta di un equilibrio che “potrebbe risultar[e] alterato” o che è alterato?

L'analisi costituzionale prescinde dalle singole persone e guarda al diritto e ai fatti. Per tale ragione, la questione deve essere ben impostata per ricevere una risposta metodologicamente completa.

Sotto il profilo delle regole e delle eccezioni, per mutuare i termini della relazione al ddl cost. 2468, l'instaurarsi di una prassi di rielezione del Presidente della Repubblica modificherebbe il dettato costituzionale. Si dice, però, una prassi, cioè un modo preciso di interpretazione e di applicazione uniforme delle regole sull'elezione del Presidente. Un caso isolato di certo non è una prassi e nemmeno due casi isolati lo sono¹¹.

D'altra parte, ci possono volere decenni per valutare se si sta instaurando l'abitudine – per usare un termine che significhi meno che prassi – di un secondo mandato presidenziale o magari che la scelta di un nuovo Presidente debba cadere non quando il calendario lo impone bensì quando gli attori istituzionali, o anche solo i partiti politici, sono pronti¹².

Nell'attesa di valutare le abitudini e le prassi, di certo si può ragionare attorno all'opportunità costituzionale. Qui è necessario ulteriormente precisare: è evidente che se si

¹¹ Secondo A. CIANCIO, *La rielezione di Mattarella, il de profundis per la politica e quel “soffitto di cristallo” che non si infrange*, in *Federalismi*, 31 gennaio 2022, p. 3 si tratterebbe di una prassi; secondo G. ZAGREBELSKY, *Ora silenzio e serietà*, in *La Repubblica* del 1° febbraio 2022 «due volte dimostrano un malessere di fondo che testimonia un cambiamento della “costituzione materiale”»; parla di «superamento della prassi o, forse, meglio, della convenzione sulla non rielezione del Presidente» S. CECCANTI, *Rieletto ma non troppo*, cit., p. 1; infine pone una domanda A. LAURO, *Due bis fanno una consuetudine?*, cit.

¹² Sembra in questo senso l'osservazione di Q. CAMERLENGO, *Le convenzioni costituzionali tra principio di leale collaborazione e teoria dei giochi*, in *Consulta Online*, n. 1/2022, p. 41 quando si riferisce a una (nascente) «regola convenzionale che ammette la rielezione del Capo dello Stato in carica allorché le divisioni riscontrate oggettivamente in seno all'organo collegiale preposto alla elezione siano tali da lasciar intravedere, con un ragionevole tasso di probabilità, una seria, concreta e oggettiva difficoltà nella scelta del successore».

guarda alla forma di governo, non vi sono cambiamenti. La rielezione di due Presidenti non comporta presidenzialismo, né semipresidenzialismo, e nemmeno *in nuce*¹³. La dottrina maggioritaria è concorde nel concludere in questo senso ma si tratta di un risultato che non apporta una vera conclusione innovativa, in quanto dovrebbe essere eventualmente onere di chi ritiene instaurata una consuetudine che modifichi nientemeno che la forma di governo dimostrarne l'esistenza.

Sotto un diverso profilo, la risposta alla domanda di cui sopra può essere affrontata direttamente: indipendentemente dalle condizioni e dalle persone, valutare se c'è una alterazione degli equilibri. Non per polemica politica, bensì per valutazione ponderata, attenta e critica sul piano costituzionale.

Si propone, su questo punto, un'ulteriore suddivisione.

Primo, il tema degli equilibri. Per quanto non sia insolito fare riferimento alla statica e alla dinamica delle forme di governo¹⁴, gli equilibri – di per sé – rifuggono queste categorie. È certo che le norme vanno vissute ed è altrettanto certo che l'analisi solo teorica di una Costituzione inattuata non può andare oltre ciò che è, cioè un'analisi teorica: dunque, rifuggendo sia derive di pura forma sia derive di pura prassi, è proprio sugli equilibri costituzionali che si fonda l'onere dell'analisi.

Né può essere totalmente soddisfacente imputare al sistema politico-partitico ogni appunto critico¹⁵. Anzi, il problema è costituzionale. Al di là del fatto che gli equilibri istituzionali li fanno le persone che occupano le cariche; al di là del fatto che i partiti sono il motore democratico delle scelte che danno vita alle istituzioni; il fatto della rielezione del Presidente ha un rilievo costituzionale e non solo politico.

¹³ Secondo G. PASQUINO, *L'elasticità della Presidenza della Repubblica*, in *Quad. cost.*, 1/2013, p. 114, «gli italiani hanno intravisto nella straordinaria Presidenza di Giorgio Napolitano i bagliori di una Repubblica semipresidenziale nella quale l'accoppiata “elezione popolare diretta della Presidenza” e “sistema elettorale a doppio turno in collegi uninominali” servono a garantire il bipolarismo e l'alternanza». Sul punto, ma nel senso di veder confermata una solida impostazione parlamentare cfr. M. LUCIANI, *La parabola della Presidenza della Repubblica*, in *Rivista AIC*, 1/2014, spec. p. 6.

¹⁴ Secondo M. LUCIANI *La (ri)elezione nella dinamica della forma di governo*, in *Osservatorio costituzionale*, 2/2022, p. 1, «costantemente attirata dal funzionamento delle forme di governo, la dottrina italiana mostra una significativa ritrosia a occuparsi della loro struttura».

¹⁵ Anche se in questo senso appaiono indirizzate le critiche in dottrina: «il sistema parlamentare ha tenuto, la forma di governo ha tenuto e la vera crisi è stata tutta dalla parte dei partiti e del sistema politico. Ma per quanto le forme di governo, in quanto forme, siano da tener distinte dai corrispondenti sistemi politici, la crisi dei secondi, a lungo andare, non può non incidere nelle prime, de-formandole» M. LUCIANI, *La (ri)elezione nella dinamica*, cit., p. 7; «la rielezione del Presidente Mattarella costituisce manifestazione del fallimento dei leader dei partiti politici e si inserisce in una crisi dei partiti divenuta, come noto, cronica. Tale fallimento non coinvolge però il Parlamento in seduta comune, che, invece, ha dato buona prova», I. PELLIZZONE, *L'impatto della rielezione*, cit.; «invero, la elezione del Presidente della Repubblica ha colto i partiti in impegnativi processi di trasformazione, in consolidamento o ancora in corso, o giunti a maturazione e già interessati da nuova crisi», S. STAIANO, *La rielezione del Presidente della Repubblica*, cit.

Secondo: le persone fisiche. Parlare della rielezione del Presidente della Repubblica significa parlare della rielezione di due persone precise: Giorgio Napolitano e Sergio Mattarella. Ecco dunque, che la domanda di cui sopra (cioè se si tratta di una effettiva, attuale, concreta perturbazione degli equilibri costituzionali) può sembrare improvvisamente un problema personale o politico, a seconda che si valuti il Presidente come persona fisica o come espressione di un certo equilibrio politico, e soprattutto può sembrare una domanda formulata in senso critico e personale insieme: cioè se l'elezione per un secondo mandato di quella specifica persona costituisca una perturbazione degli equilibri costituzionali. Non è questo l'intento che muove le presenti pagine: l'intento non è giudicare sotto il profilo storico o sotto il profilo politico l'operato di questo o quel Presidente, piuttosto, l'obiettivo è argomentare se la rielezione del Presidente costituisce una perturbazione (perché no, anche concreta e attuale) degli equilibri costituzionali. In questo, nessuna analisi politologica, nessuna personalizzazione del dibattito, nessuna mancanza di rispetto alla persona o alla figura istituzionale.

L'ultimo profilo generale da affrontare è se la motivazione per cui il Presidente accetta la rielezione sia rilevante. Pare che il Presidente possa determinarsi alla rielezione sostanzialmente per due motivi: il primo, perché lui lo desidera attivamente; il secondo, perché, pur non ricercando l'occasione, lo consente. In entrambi i casi non può venire meno la volontà del Presidente. Ciò che potrebbe cambiare è il contesto e, allo stesso tempo, l'utilizzo dei poteri: il Presidente che cerchi la rielezione gestirebbe la propria condotta in tal senso e potrebbe usare o addirittura piegare i suoi poteri a tal fine. Il Presidente che si trovi ad accettare la rielezione senza averla cercata non avrebbe fatto un uso indirizzato (che non si significa necessariamente improprio) dei suoi poteri.

La distinzione è sensibile, anche se di fatto inconoscibile, perché riguarda le motivazioni più recondite della persona. Il punto sta proprio negli equilibri: da un lato un Presidente che potrebbe modificarli volutamente, dall'altro un Presidente che potrebbe modificarli anche non volendolo fare. Ecco, dunque, che il problema non va cercato solo nella patologia dei rapporti istituzionali, bensì anche nel loro svolgersi ordinario, sempre avendo come riferimento un Presidente riletto, indipendentemente dalla natura delle sue convinzioni intime. In sintesi su questo punto, le motivazioni che muovono il Presidente hanno un peso ma sono ben lontane dall'essere non decisive nell'analisi.

2.1. Il rapporto con l'organo deputato all'elezione.

Si è detto, poco sopra, *ubi lex voluit dixit* per argomentare la mancanza di un divieto esplicito che possa impedire la rielezione. Ed è così, sotto il piano delle possibilità concesse alle regole elettorali in senso stretto. Seguitando e approfondendo il discorso, bisogna anche considerare

che la Costituzione volle un mandato settennale¹⁶. Non più e non meno, per la specifica ragione che ha fissato un termine preciso, tra l'altro lungo: se avesse voluto che la medesima persona fisica occupasse la carica per più tempo, sarebbe stato sufficiente allungare il termine. Dunque, la Costituzione ha ritenuto come regola¹⁷ che la singola persona fisica ricoprisse la carica per quel numero di anni e, allo scadere, non vi fosse una valutazione di conferma, bensì l'elezione di qualcun altro¹⁸.

Il Parlamento, come organo deputato all'elezione, ha il compito di scegliere il Presidente e su questo non vi è il minimo dubbio, ma la riconferma ha un carattere sostanzialmente diverso dall'elezione. E si parla di carattere, non semplicemente di meccanismo, il quale peraltro non cambia nel suo aspetto tecnico. Per quanto il Parlamento indirizzi naturalmente la sua scelta su persone che hanno un progresso *curriculum* istituzionale, tutte le elezioni presidenziali avvengono al buio, nel senso che di nessun Presidente neo-eletto si può dire alcunché, se non congetturare quello che potrà essere il suo modo di intendere il nuovo ruolo dai suoi trascorsi e, ovviamente, attendere di vederlo concretamente all'opera. L'inesistenza di candidature, di programmi, di dichiarazioni (almeno a livello ufficiale o comunque noto al grande pubblico) impedisce di conoscere come Tizio svolgerà l'incarico di Presidente prima che Tizio sia Presidente. La rielezione ha tutt'altro significato, dato che segue un settennato intero di attività. Il Parlamento che conferma il Presidente uscente sa perfettamente come egli ha interpretato il suo ruolo e ne può pronosticare gli sviluppi con notevole esattezza e piena consapevolezza.

Il primo degli equilibri che si modifica tra il Presidente rieletto e gli altri organi costituzionali è proprio con i suoi elettori: il Parlamento che elegge non conosce il Presidente; il Parlamento che rielegge, sì.

Non a caso, la rielezione del Presidente della Repubblica nei sistemi presidenziali assume una valenza politica di fiducia da parte dell'elettorato e, appunto, di conferma nella continuazione di una certa linea politica di azione.

Replicare la medesima connessione non è possibile in un sistema parlamentare, tuttavia sorge la domanda su quali siano gli aspetti del mandato presidenziale che il Parlamento voglia

¹⁶ Diffusamente sulle origini e i precedenti F. BONINI, *Il capo dello Stato*, in AA.VV. (a cura di M. Ridolfi), *Presidenti. Storia e costumi della Repubblica nell'Italia democratica*, Viella, Roma, p. 27 ss.

¹⁷ Secondo M. LUCIANI, *La (ri)elezione nella dinamica*, cit., p. 4, «la rielezione, in Costituzione, è fattispecie *normale* (nel senso che corrisponde a una norma) ma non è fattispecie *ordinaria*».

¹⁸ Sotto questo aspetto, su cui si tornerà, è assolutamente necessario prescindere da ogni valutazione esplicitamente storica o politica o, peggio, politica o storica sotto mentite spoglie costituzionali. Pare comunque indubitabile che la rielezione (o la proposta) sia da intendersi come conferma. Nel messaggio del 2006 con cui si dichiara indisponibile, l'allora Presidente Ciampi (*Dichiarazione del Presidente Ciampi in merito ad un rinnovo del mandato* del 3 maggio 2006, rintracciabile in <https://presidenti.quirinale.it/Elementi/188501>) si disse «profondamente grato per le molteplici dichiarazioni in favore della mia rielezione a Presidente della Repubblica, anche perché esse implicano una valutazione positiva del mio operato quale Capo dello Stato, garante dell'unità nazionale e custode dell'ordine costituzionale».

confermare. Postura istituzionale, gradimento politico, rapporti con l'esecutivo, utilizzo dei poteri presidenziali (in senso favorevole al Parlamento o alla maggioranza politica che esprime)? Rispondere affermativamente a ognuna delle questioni poste è senza dubbio problematico.

Si è citato, sempre poco più sopra, il tema della continuità istituzionale che il Presidente della Repubblica sarebbe chiamato strutturalmente a garantire. A questo punto, si può distinguere agevolmente tra una funzione istituzionale della continuità, che viene garantita dal Presidente come figura in sé, come organo costituzionale, e uno specifico modo di intendere la continuità, che viene incarnata in una persona singola. Si tornerà su questo punto, che può essere declinato in diversi modi e in rapporto a diversi organi. Ci si limita introduttivamente a rilevare che il Parlamento che rielegge sceglie una versione politica, e non istituzionale, della continuità. Si tornerà sul punto.

2.2. Il primo e gli ulteriori mandati: stessi poteri o stessi equilibri?

La dottrina esclude per lo più che la rielezione sottenda un “partito del Presidente”¹⁹ che possa fungere da attore politico più o meno in prima linea nel dettare l'indirizzo politico del Paese.

Si potrebbe osservare che un Presidente riconfermato non ha più né meno poteri di un Presidente al primo mandato: dunque, non dovrebbe avere un partito il primo più del secondo. In un caso o nell'altro, guardando agli equilibri costituzionali, le due ipotesi si equivarrebbero.

Questa osservazione non convince in quanto appare viziata da una petizione di principio. Sospendendo il giudizio sulle caratteristiche e sulla stessa definizione di un partito presidenziale, nonché sull'opportunità costituzionale di una simile compagine, è certo che ogni Presidente abbia e abbia avuto un proprio modo di intendere i poteri presidenziali e di attuarli²⁰. L'esercizio di un potere genera una ragnatela d'interessi esattamente come – sia concessa la metafora – un sasso gettato in uno stagno genera moto d'onde. Non vi è modo di evitare i secondi mantenendo i primi. Del resto, è la stessa Corte costituzionale a confermare che il Presidente sia «magistratura d'influenza» (sent. 1/2013²¹) e che debba essere libero di intrattenere rapporti.

¹⁹ In conformità a un «aspetto – che è probabilmente assurdo a regola aurea dell'elezione – [cio]è la prassi che tradizionalmente impedisce l'accesso al Quirinale a un leader di partito», R. BRIZZI, *Storia dell'elezione del capo dello Stato*, in AA.VV., *I Presidenti della Repubblica*, cit., p. 680. Con maggiore incisività: «i cavalli di razza non diventano presidenti, né in (questa [della Terza Repubblica]) Francia, né in Italia», F. BONINI, *Il capo dello Stato*, cit., p. 39.

²⁰ Per tutti, M. GIANNETTO, *Storia dei poteri dei Presidenti*, in AA. VV. *I Presidenti della Repubblica*, cit., vol. II, p. 1041 ss.

²¹ *Ex multis*, A. PACE, *Intercettazioni telefoniche fortuite e menomazione delle attribuzioni presidenziali*, in *Consulta Online*, www.giurcost.org, 2013; F. SORRENTINO, *La distruzione delle intercettazioni del Presidente della Repubblica tra giusto processo e principio di eguaglianza, per gentile concessione di Giurisprudenza costituzionale*, in *Consulta Online*, www.giurcost.org, 2013; S. CECCANTI, *Una prima lettura rapida in 7 punti della sentenza 1/2013: il Quirinale ha ragione perché se il Presidente fosse intercettabile sarebbe in gioco l'equilibrio tra i poteri e la sua funzione di garantire prestazioni di unità*, in *Forumcostituzionale.it*, 16 gennaio 2013; M. CARRER, *La sentenza 1/2013: osservazioni di logica e di argomentazione*, in AA. VV. (a cura di L. Violini), *il ruolo del capo dello Stato*

Questi rapporti *simul stabunt* e altrettanto *simul cadent* col Presidente in carica.

Riconfermarlo significa perpetuare un modo di intendere la carica, i poteri e, soprattutto, quella determinata e precisa «influenza» che è connaturata alla «magistratura» espressa da quella persona.

Ecco, dunque che emerge qualcosa di più e di diverso rispetto a un generico e spesso impalpabile “partito presidenziale”. Ciò osservato, gli osservatori politici concordano sul fatto che la rielezione di Sergio Mattarella sia servita, nell'immediato, a rinsaldare il governo in carica²² e ad allontanare la prospettiva di uno scioglimento anticipato delle Camere, che pure è avvenuto²³. Questa è stata la visione nell'immediato, e per quanto sia impossibile all'analisi giuridica discutere le motivazioni che portano il Parlamento in seduta comune a un certo accordo (il diritto può al massimo prenderne atto come elemento esterno al suo campo di indagine scientifica) nonché per quanto sia impossibile stabilire quanto le motivazioni di breve periodo prevalgano sulle motivazioni di lungo periodo (ammesso di poterle distinguere), l'effetto politico concreto non può essere negato né sottovalutato.

Ancora, si è ipotizzato sopra che poiché il Presidente rieletto non ha più poteri del Presidente al primo mandato, gli equilibri costituzionali propriamente detti non dovrebbero cambiare.

Anche questa affermazione non convince. Il fraintendimento sta nel guardare agli equilibri come qualcosa che prescinde dalla statica e dalla dinamica costituzionale. Se si pensa agli equilibri come un dato raggiunto, essi sono immutabili e identici per tutti i Presidenti oppure, ma il ragionamento non cambia, identici per tutti gli anni di carica di un determinato Presidente, qualsiasi sia la durata del suo mandato. Se si pensa agli equilibri come un dato mutevole, sempre diverso, allora questi cambiano man mano e non sarebbe il caso di parlarne in quanto cambiano per tutti i Presidenti e in modo scollegato dalla durata del mandato del singolo Presidente. Tuttavia, il problema non è di statica e di dinamica, come si accennava in sede di ragionamento metodologico.

nella giurisprudenza costituzionale. Atti del seminario annuale dell'associazione “gruppo di Pisa” 14 novembre 2014, Editoriale scientifica, Napoli, 2015, p. 81 ss.; F. FERRARI, Ma non era una Repubblica? Sul ruolo costituzionale del Presidente della Repubblica dopo Corte cost. 1/2013, in Federalismi, 13/2013, p. 1 ss.; G. VOSA, Percorsi di legittimazione del potere. La figura del Presidente della Repubblica nei primi mesi del bi-setteennato di Napolitano, rileggendo C. cost., 1/2013, in Rivista AIC, 1/2014, p. 1 ss.

²² «Così, la soluzione più rassicurante è parsa la rielezione di Sergio Mattarella, senza alcun dubbio la migliore per garantire la continuità dell'azione di governo e la conduzione a termine della legislatura senza troppi scossoni» M. BELLETTI, *Dall'opportunità politica*, cit. *Mutatis mutandis*, del tutto sovrapponibile pare l'analisi per la rielezione di Giorgio Napolitano: «ha avvinto l'elezione presidenziale a un preciso accordo di coalizione ponendo quasi Governo e Presidente in rapporto di reciproca condizionalità (*simul stabunt, simul cadent*) e, in ultima analisi, ha rafforzato la tendenza a conferire centralità al Quirinale nella funzione di direzione politica del Paese»: G. SCACCIA, *La storica rielezione*, cit., p. 4.

²³ La XVIII legislatura si è conclusa anticipatamente il 21 luglio 2022.

In verità, gli equilibri cambiano perché è avvenuta la rielezione. Il Presidente rieletto *continua* nella sua opera in base agli input politici e costituzionali che riceve e che ha fornito lui stesso nel precedente settennato. Il Presidente neoeletto *inizia* la sua opera. La differenza è nei fatti. Il Presidente rieletto ha piena cognizione dei meccanismi, del suo ruolo, del fatto che è stato rieletto (e quindi riconfermato, nei limiti di significato già descritti). Ha esperienza, ha contatti e influenze ben avviati. Il Presidente neoeletto, molto semplicemente, no.

La conferma di questo assunto arriva dai discorsi di insediamento dei Presidenti rieletti: Giorgio Napolitano e Sergio Mattarella hanno entrambi avuto parole dure nei confronti della politica, cioè nei confronti di quegli stessi partiti che li hanno confermati a palazzo Quirinale²⁴. Parole di difficile utilizzo da parte di un Presidente neoeletto. Si ipotizzi che sia un Presidente neoeletto a fare un discorso d'insediamento di inusitata durezza, con un piglio risoluto e di forte critica. È probabile che ne seguirebbe un terremoto politico e che il Parlamento immediatamente si domandi quale tipo di personalità abbia eletto alla massima carica dello Stato. Per dirla all'interno del diritto costituzionale, vi sarebbe una presa d'atto di un certo modo di intendere la "magistratura" e un certo modo di impostare l'"influenza".

2.3. La rielezione e la *recusatio*.

Fin qui si è parlato della rielezione come un fatto indipendente da tutto e da tutti, compreso il Presidente rieletto. Resta da affrontare, dunque, il problema del Presidente che attivamente desidera un secondo (o ulteriore) mandato. In diritto costituzionale, le motivazioni personali e psicologiche non rilevano, così come non rilevano le manovre politiche. D'altra parte, sarebbe irrealistico considerare le dinamiche istituzionali come un elemento completamente scollegato dal profilo personale e politico.

Nel contempo, il ruolo del Presidente è circondato da un'aura di rispetto e alta considerazione tale per cui: primo, appare più elegante (o, se l'eleganza è un criterio impalpabile, si dica: politicamente opportuno) che si venga chiamati a ricoprire la carica piuttosto che proporsi in prima persona; secondo, l'eleganza istituzionale (o l'opportunità) vuole che il Presidente uscente viene ringraziato da tutti i partiti e dalle componenti istituzionali della

²⁴ Per tutti: F. SPASIANO, *Il durissimo e inascoltato discorso che Giorgio Napolitano pronunciò in occasione della sua rielezione il 22 aprile del 2013*, in *www.ildubbio.news*, 29 gennaio 2022; F.Q., *Quirinale, "sono qui dopo una serie di guasti, omissioni e irresponsabilità": le parole di Napolitano alla sua rielezione nel 2013*, in *Il fatto quotidiano*, 29 gennaio 2022; *Cosa ha detto Mattarella nel suo discorso*, in *Il post*, 3 febbraio 2022, «in uno dei passaggi più applauditi dal Parlamento, Mattarella ha fatto una critica nemmeno troppo velata alle modalità con cui il governo Draghi (e probabilmente anche quello precedente, di Giuseppe Conte) hanno approvato le leggi contenenti le restrizioni sulla pandemia senza passare dal Parlamento, sfruttando lo strumento dei DPCM. È stato uno dei passaggi di gran lunga più applauditi dai parlamentari».

Repubblica a chiusura del mandato anche e nonostante possibili dissensi politici intercorsi²⁵; terzo, infine, quale ambiguo elemento di cortesia che a giudizio di chi scrive si discosta con nettezza dalla opportunità, al termine del mandato si parla e non si parla al tempo stesso di un possibile rinnovo²⁶.

L'ultima affermazione merita migliore dettaglio: se ne parla nel senso che il nome del Presidente uscente è tenuto in considerazione dai giornali per succedere a sé stesso, non di rado con il puntuale rilievo di dichiarazioni più o meno attinenti del Presidente medesimo. Non se ne parla nel senso che mai nessun Presidente uscente ha mai manifestato in modo chiaro e pubblico di ambire ad un rinnovo. Forse nella considerazione di cui sopra, magari motivata da un *self restraint* che sfiora (o sfonda) il paradosso, tale per cui nemmeno colui che è il Presidente in carica può ambire alla carica di Presidente: se non in relazione al mandato che ricopre, quantomeno a quello che gli succede. È un dato che le vicende più interessanti degli interessi di rinnovo, così come delle candidature, vengano conosciute tempo dopo o *molto* tempo dopo gli avvenimenti²⁷.

Qui sta l'ambiguità, nel senso che la *recusatio* non giova all'equilibrio di poteri né alla figura del Presidente, poiché un Presidente della Repubblica che dichiara di non essere interessato a un rinnovo e accetti poi di essere rieletto viene meno alla sua stessa parola. La discrepanza è oggettiva e sorprende che non rilevi a livello comunicativo, considerata l'eleganza, il *self restraint* e quanto ricordato sopra²⁸. Ulteriori considerazioni possono giustificare il ripensamento sul piano politico o etico o psicologico, ma non sul piano di un Capo dello Stato che contraddice sé stesso, per di più a stretto giro. Che alle cariche istituzionali sia concesso di

²⁵ Secondo autorevole dottrina, «appare chiaramente che la possibilità di rielezione viene sempre presa in considerazione tra gli scenari possibili nella fase della elezione»: S. GALEOTTI, B. PEZZINI, *Presidente della Repubblica nella Costituzione italiana*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XI, Utet, Torino, 1996, p. 433.

²⁶ Einaudi «avrebbe voluto essere rieletto, anche se per una parte soltanto del secondo settennato» secondo G. ANDREOTTI, *Visti da vicino II*, Rizzoli, Milano, 1983, p. 13. Cfr. A. BALDASSARRE, C. MEZZANOTTE, *Gli uomini del Quirinale*, cit., p. 67; A. VIARENGO, *Luigi Einaudi*, in AA.VV. *I Presidenti della Repubblica*, cit., vol. I, p. 149, «non mancò di pensare alla possibilità di una sua rielezione»; F. CECCARELLI, *Quirinale, da De Nicola a Pertini l'inconfessabile voglia del bis*, in *La Repubblica*, 21 novembre 2005. I Presidenti dimissionari non erano certo interessati ad un rinnovo: non Segni, colpito dalla malattia, non Leone e nemmeno Cossiga e tantomeno Napolitano quando ha interrotto il secondo mandato. Carlo Azeglio Ciampi si è pubblicamente dichiarato indisponibile con un comunicato e Sergio Mattarella aveva lasciato chiaramente intendere di non ambire al rinnovo.

²⁷ È il caso, ad esempio, di Amintore Fanfani, di cui G. ARTIERI, *Quarant'anni di Repubblica*, Mondadori, Milano, 1987, p. 349 scrive che «era ben noto che il Papa stesso desiderava il ritiro di Fanfani dalla gara» dove sarebbe risultato eletto Saragat.

²⁸ F. CERQUOZZI, *La non rielegibilità del Capo dello Stato a tutela dell'equilibrio costituzionale: l'insegnamento del Presidente Sergio Mattarella*, in www.iusinitinere.it, 28/12/2021. Come fonti giornalistiche, cfr.: C. VECCHIO, *Mattarella allontana il bis: "Anche Leone chiese la non rielegibilità del Presidente della Repubblica"*, in *La Repubblica*, 11 novembre 2021; M. BREDI, *Quirinale, Mattarella «commosso» ma resta contrario al bis: gli applausi della Scala? Decide il Parlamento*, in *corriere.it*, 7 dicembre 2021; A. FABOZZI, *Mattarella «stupito» ribadisce: niente bis*, in *Il Manifesto*, 4 dicembre 2021; P. DELGADO, *Spiragli inattesi: adesso un bis di Mattarella non è più solo fantapolitica*, in *Il Dubbio*, 20 gennaio 2022 (pur ricordando che Mattarella «ha detto e ripetuto più volte il suo no»)

mentire sapendo di mentire è questione che merita più approfondita analisi forse non solo sul piano costituzionalistico: apparirebbe corretto, nel senso di rispondenza tra parole e fatti, che il Presidente uscente si dimostrasse disponibile a un reincarico o, se proprio volesse attenersi alla *recusatio* e della supposta indegnità di chiunque, Presidente in carica compreso, a ricoprire *pro futuro* la carica, non dichiarare nulla a tale proposito. Al contrario, il Presidente che escluda (per propria insindacabile valutazione) la prospettiva di accettare un reincarico, dovrebbe coerentemente rifiutare qualsiasi proposta con chiarezza, sia pur nelle modalità comunicative che preferisce e reputa opportune, come nel caso di Carlo Azeglio Ciampi già citato.

Non giova alla credibilità e alla statura della carica istituzionale una *recusatio* di maniera, che nasconda più o meno apertamente la disponibilità dietro il rifiuto, in particolare perché il Presidente, che è eletto dal Parlamento ma verso di questo non è responsabile, e che rappresenta l'unità nazionale ma non ha collegamenti diretti con il corpo elettorale, si troverebbe a parlare in modo diverso agli attori politici (più specificamente, ai partiti) e alla cittadinanza (in generale), rappresentando ai primi in privato le sue vere intenzioni e alla seconda in pubblico le comunicazioni di circostanza.

Non giova altresì che condizioni politiche contingenti (ad esempio, la difficoltà del Parlamento di convergere su un nome al primo o al terzo scrutinio) siano motivi sufficienti per consentire al Presidente di contraddirsi, dato che il Presidente è garanzia di stabilità e continuità, con un mandato che arriva e procede ben oltre le incertezze, sempre possibili, dei giorni di riunione del Parlamento in seduta comune. Per quanto possano essere i partiti, in ultima istanza, a chiedere al Presidente che si sia espresso pubblicamente contro la propria rielezione di venir meno alla parola data, è tuttavia onere del Presidente decidere.

2.4. I poteri formali e il potere di persuasione.

Si è visto che quello nei confronti del Parlamento in seduta comune è il primo degli equilibri costituzionali che viene a modificarsi nel caso di rielezione, tuttavia il Parlamento in seduta comune è deputato alla elezione ma, per l'occasionalità della riunione dell'organo, non è il "dante causa" politico-istituzionale del Presidente. In altri termini, un Presidente interessato alla rielezione non vorrà ingraziarsi tanto il Parlamento in seduta comune quanto gli attori politici, la maggioranza parlamentare e il governo.

Si rileva in dottrina che «specie nell'ultimo scorcio del suo mandato, questi, pur di "guadagnarsi" la rielezione, potrebbe infatti mostrarsi più sensibile a condizionamenti e pressioni politiche partigiane e meno intransigente nel difendere la Costituzione anche contro il Governo e le forze politiche»²⁹.

²⁹ G. SCACCIA, *La storica rielezione*, cit., p. 1.

Si è già trattato del caso del Presidente che non tenga fede alla parola data. È qui opportuno affrontare *sine ira et studio* il caso del Presidente che desideri essere rieletto e che utilizzi i propri poteri a tale fine.

Innanzitutto, si rileva che vi sarebbe un metodo molto aperto con il quale il Presidente possa cercare di “guadagnarsi” la rielezione: dimostrare a chiare lettere la propria disponibilità, esternando la richiesta di una rielezione. Tuttavia, tale richiesta o manifestazione di disponibilità costituirebbe, per l'appunto, un'esternazione del Presidente, con ciò che ne segue dal punto di vista della presa d'atto da parte di tutti gli attori politici e istituzionali di un “parere” presidenziale, sia pure rivolto a sé. Il cortocircuito è interessante: se il Presidente si attenesse alla *recusatio* desiderando il rinnovo, non opererebbe con chiarezza e limpidezza, se si autocandidasse a succedere a sé stesso già utilizzerebbe i suoi poteri in modo indirizzato.

Da cui l'ipotesi dello sviamento di poteri. Il Presidente interessato alla rielezione, non potendo dichiararlo *apertis verbis*, lascerebbe intendere attraverso i fatti il suo interesse. In verità, non conta se per fare questo divenga “meno intransigente” o “più intransigente”, poiché questa sarebbe una valutazione politica: ciò che conta è che in questa ipotesi si considera che i poteri del Presidente della Repubblica possano essere piegati al raggiungimento di un obiettivo politico personale. Ed è questo il punto costituzionale.

In verità, è estremamente delicato: se è problematico che il Presidente pieghi i suoi poteri ai suoi scopi, bisogna forse ipotizzare che il Presidente della Repubblica non possa avere obiettivi politici personali? O che possa teoricamente ma non *debb*a averli per svolgere bene le sue funzioni? O che *normalmente* non li ha e solo la prospettiva della rielezione glieli potrebbe suggerire? Oppure bisognerebbe ipotizzare che il Presidente della Repubblica ha in via per così dire normale degli obiettivi politici personali e potrebbe invece essere interessato a influenzare le istituzioni con un uso errato, parziale, discutibile dei propri poteri? Oltretutto, in ognuno di questi casi il Presidente sarebbe portato a svolgere letteralmente un “doppio gioco” istituzionale, fingendo di essere garante imparziale della Costituzione ma in realtà piegandosi o piegando le istituzioni a pressioni per essere rieletto.

Se si guardano le possibilità sotto questa luce, i comportamenti del Presidente assumono connotazioni potenzialmente preoccupanti, aggravati da quell'aura di imparzialità e intangibilità che circonda *coram populo* la figura del Capo dello Stato.

Anche se la dottrina in parte non trascurabile dubita del connotato “neutro” del potere del Presidente³⁰, è proprio l'alta considerazione del ruolo e della figura a porre dei problemi, che

³⁰ Il punto è aperto e amplissimo. Per tutti, si rimanda al sintetico eppure profondo contributo di R. GUASTINI, *Teoria e ideologia della funzione presidenziale*, in *Rivista AIC*, 15 luglio 2008: «che in una forma di governo parlamentare il Presidente della Repubblica sia non “capo dell'esecutivo” ma “garante della costituzione” – salvo il caso di una esplicita disposizione costituzionale in tal senso – è tesi dogmatica. Una tesi, cioè, che non segue dall'interpretazione delle disposizioni costituzionali vigenti in materia di poteri presidenziali, ma la precede».

possono essere riassunti in una nuova petizione di principio: tanto più è sconveniente per il Presidente dichiarare di ambire alla rielezione, tanto più è difficile dimostrare che egli dietro le quinte pieghi i poteri di cui dispone a tale obiettivo.

Si diceva sopra che vi è una differenza, quantomeno nell'*animus*, tra il Presidente che cerchi attivamente la riconferma e quello che si veda condotto ad accettarla, persino *obtorto collo*.

Nello specifico, quali poteri potrebbe esercitare il Presidente per garantirsi la rielezione? Se si teme un Presidente che forza i meccanismi istituzionali a suo favore, quali potrebbero essere i punti su cui concentrare l'attenzione? La domanda non può avere una risposta circostanziata. Tendenzialmente, qualsiasi dei poteri presidenziali può prestarsi a questa possibilità. Alcuni, però, possono essere più significativi. Tra questi, se ne citano innanzitutto due: lo scioglimento delle Camere e la nomina del Presidente del Consiglio nonché dei Ministri.

Tali poteri sono collegati alla costruzione di una maggioranza in entrambi i rami del Parlamento, quello stesso organo che, riunito in seduta comune, elegge il Presidente. Il Presidente potrebbe dunque costruire una maggioranza a lui gradita. Poiché l'esperienza italiana indica che i governi non durano a lungo, la scelta di un Presidente del Consiglio che inizi il suo incarico verso il termine del mandato presidenziale può essere strategica per indirizzare una certa maggioranza. Anche il potere di scioglimento può essere significativo, con due precisazioni. Primo, il cosiddetto "semestre bianco" impedisce al Presidente di sciogliere le Camere quando gli sarebbe più utile nell'ottica di essere rieletto. Secondo, quella stessa eleganza istituzionale che impedisce al Presidente di lasciar filtrare un interesse alla propria rielezione renderebbe oltremodo difficile giustificare l'interruzione di una legislatura che non presenti particolari problemi di stabilità.

Sarebbe necessario che il Presidente operi dietro le quinte per destabilizzare il rapporto fiduciario e, dunque, crei artificialmente o alimenti in modo sostanziale l'instabilità forzando la fine della legislatura. Oppure, sarebbe necessario che la legislatura presenti spontaneamente profili di instabilità e che il Presidente ne approfitti per sciogliere le Camere al momento che egli ritiene favorevole per i suoi obiettivi di rielezione. Al di là del fatto che si tratterebbe di un caso piuttosto vicino ai reati presidenziali di cui all'art. 90 Cost., se non ad un vero *coup d'Etat* presidenziale, il meccanismo è così complesso ed articolato da rappresentare un'opzione quasi puramente scolastica.

Si ammetta per chiarezza di argomentazione che il Presidente forzi lo scioglimento delle Camere o approfitti di un'instabilità non da lui generata. Ebbene, ciò non basta alla sua rielezione. Sarebbe necessario che il Presidente sciolga le Camere, che le sue previsioni sulle elezioni si dimostrino corrette (e con ottimo grado di precisione), che le nuove Camere prendano un certo assetto di alleanze politiche, che infine il Parlamento in seduta comune converga sul

suo nome. I passaggi sono molti e tutt'altro che scontati. Anche dando per scontato che il Presidente della Repubblica disponga del tutto liberamente del potere di scioglimento³¹, egli controlla uno solo di questi delicati passaggi e, ad essere precisi, controllerebbe solo il momento dello scioglimento, oltretutto limitato dal semestre bianco. In sintesi, l'ipotesi è del tutto scolastica. Non può essere questa la preoccupazione che fonda timore per la tenuta strutturale del sistema³².

Piuttosto, potrebbe essere la garanzia politica di *non* sciogliere le Camere a poter fare la differenza, oppure la *minaccia* dello scioglimento delle Camere (*rectius*, l'eventualità che il Presidente possa indirizzare la soluzione di un'eventuale crisi di governo verso nuove elezioni) a costituire un elemento di potenziale perturbazione.

Se così fosse, infatti, il Presidente interverrebbe direttamente nel rapporto tra Governo e Parlamento. Resta da discutere con quale estensione e per quanto tempo. Ovvero, si potrebbe pensare che il Parlamento in seduta comune si indirizzi a rieleggere una certa persona ben sapendo che questa prenderà una certa decisione (*rectius*, contribuirà a definire un certo indirizzo nella soluzione di eventuali crisi del rapporto fiduciario) sulla base della situazione politica e partitica attuale se non imminente. La rielezione di un Presidente può contribuire a risolvere un momento di tensione, anzi *il* momento di tensione che il Parlamento sperimenta al di fuori del suo essere riunito in seduta comune per l'elezione del Capo dello Stato. Pare impossibile, tuttavia, prevedere cosa accadrà nel lungo futuro settennato. *Contra*, se pure resta vero che nulla è possibile dire sulla soluzione di problemi politici che potrebbero toccare addirittura due legislature future, è altrettanto vero che scegliere un Presidente della Repubblica già sperimentato dà ragionevolmente delle aspettative. In conclusione, anche il *mancato* scioglimento sarebbe solo una possibile carta nelle mani del Presidente in una partita lunga e complessa.

L'analisi approfondita suggerisce un paradosso, cioè che il Presidente che desideri la rielezione debba comportarsi come se non la desiderasse. Pertanto, il punto più interessante non è il caso di scuola dello sviamento di poteri, bensì il normale ordine dei poteri presidenziali.

Si torni al punto principale: quali di essi potrebbero essere modificati nella rielezione, con la rielezione o per la rielezione?

La risposta pone un problema di ricognizione dei poteri. Il caso dell'indirizzo governativo esemplifica bene la ricerca di raccordi politici. Altri poteri possono essere interessanti ma non

³¹ Così non è per unanime dottrina, che qualifica lo scioglimento delle Camere come un atto formalmente presidenziale complesso eguale, con la sostanziale partecipazione della volontà governativa. Si ipotizzi che il Presidente, ciononostante, pieghi la volontà governativa alla sua.

³² Tanto più se è vero che «ogni elezione ha un *king maker*, è cioè frutto della regia sapiente o dell'intuizione di un leader di partito, che si dimostra capace di imporre il proprio candidato alla maggioranza dell'Assemblea», R. BRIZZI, *Storia dell'elezione*, cit., p. 680.

certo decisivi: con una presenza continuativa a palazzo Quirinale per più mandati, è sicuro che il Presidente della Repubblica nomini tutti i cinque giudici costituzionali di nomina presidenziale ed è possibile che nomini tutti i senatori a vita di nomina presidenziale. Le evenienze sono diverse ma accomunate da una scelta discrezionale da parte del Capo dello Stato, così come egli sicuramente interviene come Presidente del Consiglio Superiore della Magistratura e del Consiglio Supremo di difesa.³³

Dunque se nessun potere, nemmeno quelli più inerenti alla maggioranza politica possono essere significativamente modificati ai fini della rielezione, o attraverso la rielezione, possiamo concludere che il problema è solo apparente e nella realtà non si pone? La risposta è negativa. Se nessun potere singolo è di per sé possibile indice di profili particolari, è la trama dei rapporti istituzionali a venire in esame: «È indispensabile, in questo quadro, che il Presidente affianchi continuamente ai propri poteri formali, che si estrinsecano nell’emanazione di atti determinati e puntuali, espressamente previsti dalla Costituzione, un uso discreto di quello che è stato definito il “potere di persuasione”, essenzialmente composto di attività informali, che possono precedere o seguire l’adozione, da parte propria o di altri organi costituzionali, di specifici provvedimenti, sia per valutare, in via preventiva, la loro opportunità istituzionale, sia per saggiarne, in via successiva, l’impatto sul sistema delle relazioni tra i poteri dello Stato. Le attività informali sono pertanto inestricabilmente connesse a quelle formali.

Le suddette attività informali, fatte di incontri, comunicazioni e raffronti dialettici, implicano necessariamente considerazioni e giudizi parziali e provvisori da parte del Presidente e dei suoi interlocutori. Le attività di raccordo e di influenza possono e devono essere valutate e giudicate, positivamente o negativamente, in base ai loro risultati, non già in modo frammentario ed episodico, a seguito di estrapolazioni parziali ed indebite. L’efficacia, e la stessa praticabilità, delle funzioni di raccordo e di persuasione, sarebbero inevitabilmente compromesse dalla indiscriminata e casuale pubblicizzazione dei contenuti dei singoli atti comunicativi»³⁴.

È noto che la Corte costituzionale abbia inteso descrivere i poteri del Presidente nell’ottica di un’intercettazione, indubitabilmente parziale per definizione. Il passaggio citato, quasi inavvertitamente, mette in luce il lavoro quotidiano del Presidente, preparatorio e collaterale rispetto agli atti formali.

³³ Si domanda M. BELLETTI, *Dall’opportunità politica*, cit.: «è istituzionalmente opportuno che il Capo dello Stato permanga in carica più a lungo dei giudici costituzionali che nomina?» e ancora, «il mandato presidenziale settennale, a fronte di quello novennale dei giudici costituzionali rende sostanzialmente improbabile che tutti i giudici di nomina presidenziale siano espressi dallo stesso Presidente, così da garantire una pluralità ed eterogeneità di orientamenti in seno alla Consulta».

³⁴ Sent. 1/2013, punto 8.3. del considerato in diritto.

Indipendentemente dal Presidente, dal suo modo personale di gestire il “potere di persuasione” e persino indipendentemente dai suoi obiettivi politici (che comprendano o meno la rielezione), se viene protratto per più di un mandato, condiziona gli equilibri.

Si è rimandato il problema della continuità dello Stato di cui il Presidente della Repubblica sarebbe al tempo stesso garante e personificazione. Il concetto di continuità meriterebbe migliore approfondimento, poiché è facile confondere la continuità intesa come elemento di fatto o come valore dalle sue declinazioni ulteriori, quali la governabilità, la stabilità e, infine, dall’istituto della *prorogatio*. Si ponga, per semplicità e seguendo l’indicazione dei costituenti, che il mandato del Presidente abbia la conformazione che ha proprio in considerazione della stabilità e della continuità dello Stato. «Se, come è nella realtà storica ed era nelle intenzioni dei costituenti, il capo dello Stato è il rappresentante dell’unità nazionale e quindi il garante e il simbolo della continuità dello Stato, allora va da sé che questa funzione viene meglio assicurata quanto più è lunga la durata in carica del Presidente della Repubblica»³⁵. Seguendo questo ragionamento, si dovrebbe concludere che l’eventuale riconferma della medesima persona fisica a Presidente sia una sostanziale miglioria in termini di stabilità e continuità.

D’altra parte, si potrebbe argomentare non senza fondamento che un regime democratico e repubblicano abbia come elemento della sua stessa costruzione l’alternanza. Di nuovo, la perpetuazione di un modo specifico di utilizzo del potere di persuasione e dei poteri formali del Capo dello Stato non solo non garantiscono, bensì ostacolano l’alternanza.

Per quanto suoni paradossale, in qualsiasi modo si intenda la figura del Presidente e i poteri ad esso collegati – cioè se in senso più notarile o in senso più interventista – entrambe le alternative convergono verso l’opportunità costituzionale della non rieleggibilità³⁶. Semplificando molto: se il Presidente è un notaio, non si vede perché confermare una persona fisica che non influenza i compiti che svolge; se il Presidente è un attore politico, sia pure *sui generis*, non si vede perché il Parlamento che lo elegge non debba esprimere un indirizzo che può essere proprio, nuovo o comunque diverso e debba limitarsi a confermare l’indirizzo precedentemente espresso.

³⁵ G.U. RESCIGNO, *Art. 87*, in AA.VV. (a cura di G. Branca), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna-Roma, 2006, p. 65. Appare *contra* F. CERQUOZZI, *La non rieleggibilità del Capo dello Stato*, cit., tuttavia le argomentazioni non sono specificamente indirizzate alla rielezione e si possono riferire ai meccanismi democratici come alternanza: «è la temporaneità a fornire l’equilibrio necessario nelle istituzioni democratiche» e, ancora, «la democrazia differisce dagli altri regimi *ab imis* dalla legittimazione popolare (che avviene attraverso l’elezione) e, in limine, proprio dalla temporaneità delle cariche».

³⁶ A. MORRONE, *Il Presidente della Repubblica in trasformazione*, in *Rivista AIC*, n. 2/2013, p. 1: «a seguire la teoria della garanzia, si può arrivare a sostenere che qualsiasi atto del capo dello Stato è legittimo o comunque “coperto” dalla funzione di custodia della Costituzione; a seguire la teoria dell’indirizzo politico (con o senza aggettivazione) si scopre il nervo di atti presidenziali ai confini, se non al di là, delle regole costituzionali».

3. La non immediata rieleggibilità.

Si è accennato, sopra, al caso della non rieleggibilità non assoluta, bensì non consecutiva, per dire che si tratta di un caso diverso. Certamente diversa sarebbe la norma costituzionale, tuttavia non bisogna limitarsi a notare una formulazione per differenza, bensì misurare tale differenza in senso complessivo.

Si ponga il seguente esempio: se una persona venisse eletta Presidente a 50 anni, il mandato scadrebbe all'età di 57, il successore occuperebbe Palazzo Quirinale per un settennato ed egli potrebbe tornare ad ambire alla carica all'età di 64 anni fino ai 71, potendo inseguire un terzo mandato dai 78 agli 85.

La successione è puramente ideale, dunque si pensi, per semplicità, a Tizio, eletto Presidente nel 1970, nel 1984 e nel 1998: abissi politici separano i periodi storici. A ciò si aggiunga che il Presidente più giovane nella storia repubblicana è stato Francesco Cossiga a 57 anni (il più anziano Giorgio Napolitano a 87 alla riconferma), pertanto il caso di un Presidente al quale accada (o che, perché no, persegua) di essere eletto in più mandati, massimizzando la propria presenza a palazzo Quirinale, al di là degli equilibri politici e partitici, comporta elezioni a distanza di multipli di 7 anni (14, 21, 28, 35) dal primo mandato. Ragion per cui si tratta di un caso puramente scolastico.

Il problema si porrebbe nella diversa ipotesi della costruzione di una “diarchia” presidenziale, competitiva o alternativa. Il Presidente Tizio potrebbe lasciare spazio al Presidente Caio, poi di nuovo Tizio e poi di nuovo Caio: difficile pensare a delle condizioni politiche realistiche nel contesto italiano tali per cui questo possa avvenire, sia se Tizio e Caio fossero espressione dello stesso partito³⁷ sia se fossero espressione di partiti diversi.

Una ulteriore possibilità è quella di un mandato intervallato solo formale. Il successore del Presidente potrebbe lasciare il posto dopo un periodo più breve dei sette anni. Volendo, anche dopo un solo giorno. E così dopo il settennato di Tizio il successore Caio potrebbe presentare dimissioni anticipate e spianare la strada alla rielezione (stavolta, per altri sette anni pieni) di Tizio.

Per quanto possibile, questa operazione sconterebbe una difficoltà politica: se Tizio avesse alle spalle un partito tanto forte da poter guidare a piacimento il Parlamento in seduta comune e lo stesso Presidente Caio, questo esponente politico e questo partito potrebbero più efficacemente promuovere una riforma costituzionale tale da evitare simili giochi di potere. Una

³⁷ Qualcosa di simile è avvenuto, ma in condizioni politiche diverse, nell'alternanza tra Vladimir Putin e Dimitrij Medvedev alla Presidenza della Federazione russa, il secondo storico “delfino” del primo, il quale, impossibilitato a ricandidarsi (con le regole costituzionali allora vigenti) dopo i due mandati quadriennali consecutivi del 2000 e del 2004 ha ceduto il passo per un mandato, peraltro ricoprendo nel frattempo la carica di Primo ministro.

riforma che potrebbe consistere, semplicemente, nella rimozione del limite (ipotizzando che esista, ovviamente) della non rieleggibilità *consecutiva*.

Dopo il caso del Presidente massimizzatore, dopo il caso del delfinato, resta il caso di un Presidente Cincinnato, cioè richiamato alla poltrona di Palazzo Quirinale non a succedere a sé stesso, bensì a un suo autentico successore. Rimarrebbe politicamente misterioso perché il Parlamento in seduta comune nel 2006, invece di eleggere Giorgio Napolitano avesse scelto di rieleggere non Carlo Azeglio Ciampi, Presidente uscente, bensì Oscar Luigi Scalfaro o Francesco Cossiga; o perché il Parlamento nel 1985 invece di eleggere Francesco Cossiga avesse scelto di rieleggere non Sandro Pertini bensì Giuseppe Saragat o Giovanni Leone³⁸. Poiché ragionando di meccaniche costituzionali bisogna prescindere da considerazioni contingenti, si ammetta la possibilità di divieto di rielezione consecutiva, cioè al Presidente Tizio non può succedere Tizio medesimo, bensì i suoi predecessori, senatori a vita salvo rinuncia, Caio e Sempronio. Il punto, di nuovo, è anagrafico: non sono molti i Presidenti che sono ancora in attività a 14, 21, 28, 35 anni di distanza dalla *propria* elezione.

Dunque, alla prova non tanto della logica, quanto della meccanica costituzionale, la previsione di non rieleggibilità consecutiva equivale sostanzialmente alla non rieleggibilità. Le condizioni partitiche che permetterebbero dei comportamenti come quelli descritti, di massimizzazione, diarchia o delfinato, sono di difficile (se non impossibile) realizzazione nel contesto di un sistema parlamentare in considerazione del ruolo del Parlamento in seduta comune. Quanto alle condizioni che richiedessero un Presidente Cincinnato, è il problema della “carezza di uomini politici” cui faceva riferimento l'on. Tosato. Possibile che, a distanza di multipli di sette anni dall'elezione, l'unica persona adeguata a svolgere l'incarico di Presidente della Repubblica sia colui che era già stato scelto tempo prima? Davvero la Costituzione dovrebbe fare salvo un caso così particolare e raro? La risposta, a giudizio di chi scrive, è indubabilmente negativa³⁹.

Piuttosto, la regola della rielezione possibile ma non immediata si presta meglio al caso del delfinato, che pure si è visto essere distorsivo. Pertanto, nell'ottica di una valutazione complessiva del divieto di rielezione, fare salvo il caso della rielezione non consecutiva rappresenta una possibilità giuridica che non sposta i termini della questione: o rieleggibilità *tout court* o divieto. La via intermedia, esplorata a fondo, non rappresenta nessuna forma di mediazione né aggiunge nulla all'una o all'altra possibilità.

³⁸ In tutti i casi citati, gli ex Presidenti citati erano viventi: nel 1985 Leone, deceduto nel 2001 e Saragat, deceduto nel 1988; nel 2006 Scalfaro, deceduto nel 2012 e Cossiga, deceduto nel 2010.

³⁹ Tuttavia, *contra* A. CERRI, *Note minime sui problemi*, cit.: «una soluzione drastica, come quella di abolire il “semestre bianco” e, al contempo, di abolire la rieleggibilità del Presidente in carica non è facilmente praticabile, perché in realtà le istituzioni possono aver bisogno o possono giovare di personalità di sperimentata esperienza e di affidabilità non facilmente surrogabile».

4. Conclusioni.

Al termine dell'*excursus* si pongono alcuni punti riassuntivi.

Il primo proviene dal dato di fatto e sta nella durata del mandato presidenziale. Un settennato è oggettivamente un periodo di tempo lungo per le istituzioni, per un incarico elettivo e per la politica in generale. Se prolungato oltre (per una frazione ulteriore oppure autenticamente raddoppiato o persino triplicato) il settennato comporta una permanenza della medesima persona fisica nella stessa carica che inevitabilmente comporta una identificazione della persona con la carica. Un meccanismo noto e anzi essenziale per una forma di governo monarchica, un meccanismo non sconosciuto per una qualsiasi carica politica repubblicana ma che ci si può domandare se compatibile con la presidenza della Repubblica⁴⁰. La questione si potrebbe riassumere in una ulteriore domanda: la più alta carica dello Stato è un servizio alla Nazione o l'esercizio di un potere? Nel secondo caso, è comprensibile che possa essere inteso da difendere e conservare, nel primo ciò è insostenibile e, anzi, suggerisce che alla scadenza non vi siano conferme. Né, come si diceva sopra, per il Presidente-notaio né per il Presidente-attore politico.

Quanto si diceva sulla *recusatio* deporrebbe inequivocabilmente nel senso del servizio: se il “troppo onore” della più alta carica dello Stato spettava alla persona fisica del Re a tempo indeterminato per grazia di Dio e volontà della Nazione, nell'ottica di una continuità della Corona, comportando un onere insieme all'onore, in un sistema repubblicano il Presidente occupa la carica per il periodo prescritto dalla Costituzione e ciò non si combina con l'ambizione di proseguire per un ulteriore mandato, né per autentica aspirazione personale né per la convinzione (o l'accettazione, se suggerita da altri) di essere letteralmente l'unica persona giusta al posto giusto.

Un Presidente vitalizio o semplicemente un Presidente per lungo tempo in carica tende a personalizzare l'organo⁴¹.

⁴⁰ La risposta è negativa per Carlo Azeglio Ciampi, il quale nel citato messaggio del 2006 ritiene che «a mio avviso, il rinnovo di un mandato lungo, quale è quello settennale, mal si confà alle caratteristiche proprie della forma repubblicana del nostro Stato». Secondo G. SCACCIA, *La storica rielezione*, cit., p. 1, «la rinnovazione della carica appare per più versi politicamente inopportuna. È infatti consigliabile evitare che l'organo personale al quale la Costituzione assicura il mandato più lungo possa detenere una quota tanto rilevante di poteri – di influenza, mediazione, regolazione – per un periodo approssimativamente corrispondente a tre legislature» e secondo M. BELLETTI, *Dall'opportunità politica*, cit., «Un Presidente rieletto permarrebbe in carica 14 anni, rompendo quel delicato equilibrio di durata degli organi costituzionali pensato dai Costituenti».

⁴¹ Posto che «un Presidente della Repubblica rieletto non è tenuto a un mandato ridotto, né nella sostanza né nell'estensione temporale» (V. LIPPOLIS, *La seconda elezione*, cit., p. 3), è sulla durata che si appuntano le critiche: il settennato è «un termine ragionevole che rientra nella vita normale di un uomo di cinquanta anni e quindi garantisce che la carica non si trasformi in una elezione a vita mascherata; oppure, detto in altro modo, si tratta di un termine non così lungo da permettere a ciascun Presidente di sviluppare una sua politica indipendente per un così gran numero di anni da divenire praticamente irresistibile» G.U. RESCIGNO, *Art. 87*, cit., p. 65-66. Ancora, «essere irresponsabili politicamente per sette anni o impedisce la conquista di veri poteri politici (perché

Pertanto, si torna all'argomento dell'alternanza come elemento base della forma democratica e, anche qualora il Parlamento confermasse nella successione dei Presidenti una certa linea politica, comunque una rinnovata possibilità di mettere in discussione persone e incarichi.

Una possibilità diversa sarebbe offerta da diversi comportamenti degli attori istituzionali, come si anticipava sopra. Un Presidente che si offra apertamente di proseguire l'incarico con un secondo mandato, oppure uno o più candidati che non solo non ricusino l'onore bensì lo reclamino⁴² non per "giochi politici" di posizionamento bensì per autentico confronto cambierebbero del tutto il quadro che si è finora analizzato. Si tratta di una eventualità improbabile, oltretutto consolidata in una abitudine comunicativa che oltrepassa i decenni e che per molti aspetti genererebbe più problemi di quanti ne risolve. Dunque, nessuna ostensibile innovazione potrebbe arrivare da questo lato, né compete alla dottrina suggerire comportamenti in tale senso.

Il terzo punto riguarda le prospettive o le opportunità di una riforma del testo costituzionale. Escluso che la non rieleggibilità consecutiva possa rappresentare una mediazione interessante, resta il divieto *tout court*. Posto che la dottrina maggioritaria è sempre stata concorde nel considerare la non rielezione come «l'alternativa che meglio si conforma al modello costituzionale del Presidente della Repubblica»⁴³, si potrebbe pensare ad una modifica costituzionale nel momento in cui la tendenza di rielezione che si è sperimentata dovesse convergere verso una prassi. Come si accennava, si tratta di una evenienza misurabile col metro dei decenni, dunque molto lontana dalla visione politica di una singola legislatura. È vero che sarebbe lo stesso Parlamento (*rectius*, gli stessi membri delle due Camere, poiché i meccanismi formali sono distinti e diversi) che elegge il Presidente della Repubblica a dover limitare la sua possibilità di scelta escludendo il Presidente in carica tramite l'approvazione di una legge di revisione costituzionale, compiendo una limitazione di fatto auto-inflitta, che avrebbe senso solo con una contrapposizione di volontà, cioè di due diverse legislature. Al contempo, però, una legislatura che, come la XIX, non ha come prospettiva prevedibile quella di partecipare ad

irresponsabili) oppure all'inverso provoca l'assunzione di poteri senza responsabilità ma allora entra in grave contraddizione con l'ordinamento e l'ideologia democratica», *Ibidem*, p. 66.

⁴² L'esistenza di "candidature" (si intende, come indicazioni politiche e non formalmente tali) non è impossibile nel dibattito che precede l'elezione presidenziale. Rispetto al momento in cui si scrive, prima della rielezione di Sergio Mattarella, vi sono state almeno due candidature: quella di Mario Draghi, Presidente del Consiglio (P. MOLINARI, *Draghi continua ad essere il principale candidato per il Colle*, in *Agenziaitalia*, www.agi.it, 1 gennaio 2022; in dottrina A. GIGLIOTTI, *Elezione al Quirinale del Presidente del Consiglio in carica. Quanti problemi!*, in *LaCostituzione.info*, 22 gennaio 2022), e quella, a ridosso della prima votazione, di Silvio Berlusconi, leader del centrodestra (C. VECCHIO, *Silvio Berlusconi ci crede e la sinistra lo sottovaluta. Ritorno al 1994*, in *La Repubblica*, 17 gennaio 2022). Il secondo, in particolare, per qualche giorno ha formalmente dichiarato la propria disponibilità, salvo poi ritirarla (*Quirinale, Berlusconi rinuncia alla candidatura*, in *Il Sole 24 ore*, 22 gennaio 2022).

⁴³ L. PALADIN, *Presidente della Repubblica (voce)*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 183.

un'elezione presidenziale potrebbe semplicemente decidere di non occuparsi del problema⁴⁴, anche semplicemente confidando che la rielezione non si ripeta più. E, come rilevato, possono volerci decenni per una conferma o una smentita⁴⁵.

L'ultimo dei punti ragiona attorno al ruolo complessivo del Presidente della Repubblica, che non si è tratteggiato nelle pagine che precedono ma che si riconosce nella tendenza all'espansione, mediatica e di poteri⁴⁶. Rieleggere il Capo di Stato significa sovraesporlo ulteriormente e, in definitiva, non rendere un buon servizio né alla persona né alla carica.

Le conclusioni convergono unanimemente verso la palese non opportunità costituzionale della rielezione del Presidente della Repubblica. Il rimedio, in verità, appare piuttosto semplice. Ancor più semplice di una modifica costituzionale *ad hoc*: sarebbe opportuno che un paio di persone, cioè i prossimi futuri presidenti, l'uno dopo l'altro, al termine del settennato escludano con chiarezza inequivocabile la disponibilità a un reincarico. In tal modo, sarebbero fermate sul nascere tentazioni in senso opposto del Parlamento in seduta comune o dell'asse Governo-Parlamento e sarebbe ripristinata l'abitudine della non-rielezione. In caso contrario, cioè se avvenissero di nuovo rielezioni, bisognerebbe concludere che è il Presidente della Repubblica il primo soggetto istituzionale interessato alla modifica della prassi costituzionale e, da questa presa d'atto, riallacciare le conseguenze.

⁴⁴ Quando vi è stata una legislatura *interessata*, è sfumata comunque la modifica. Pur avendo modificato la disciplina del semestre bianco, il Parlamento non incluse l'introduzione del divieto di rielezione «probabilmente motivato anche dalla estrema difficoltà, tutta politica, di introdurre il divieto di elezione in immediata prossimità con la scadenza del mandato del Presidente Cossiga», S. GALEOTTI, B. PEZZINI, *Presidente della Repubblica*, cit., nota 56.

⁴⁵ Senza contare che, come ovvio, vi potrebbero essere voci discordanti: ad esempio, secondo G.M. SALERNO, *Dalla prima alla seconda*, cit., p. 4, «si deve tener conto della nuova “regolarità” rappresentata dalla rielezione del Capo dello Stato nel segno della continuità istituzionale, ma soprattutto occorre considerare che tale nuova regolarità rappresenta un'ulteriore prova della peculiare elasticità del modello elaborato dai costituenti».

⁴⁶ Al punto che ci si può domandare della bontà della scelta se «le preoccupazioni derivanti dall'investitura, per quattordici anni, della stessa persona nella carica monocratica di vertice dell'ordinamento, la quale ha visto per di più progressivamente espandersi in via di prassi il raggio d'azione riservato e pubblico dei suoi poteri, cede dunque il passo alle contingenti esigenze di stabilità dell'esecutivo», I. PELLIZZONE, *L'impatto della rielezione*, cit. Cfr. S. TRAVERSA, *Il Capo dello Stato parlamentare come reggitore dello Stato nella crisi di sistema*, in *Rassegna parlamentare*, 2/2011, p. 229 ss.

queste istituzioni

**Alcune considerazioni
sull'indipendenza del Garante
nazionale delle persone private
della libertà**

Francesco Picozzi

Numero 1/2023

31 marzo 2023

Alcune considerazioni sull'indipendenza del Garante nazionale delle persone private della libertà

di Francesco Picozzi*

Sommario

1. Inquadramento e attualità del tema. – 2. La natura collegiale dell'organo e la procedura di nomina. – 3. La durata del mandato. – 3.1. La non prorogabilità e la (mancata) non rinnovabilità. – 4. I requisiti di indipendenza e di competenza tecnico-professionale. – 5. Inconferibilità dell'incarico: un particolare rigore nei confronti dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni. – 5.1. Incompatibilità con la carica: un evidente lassismo verso i dipendenti privati e i liberi professionisti. La questione delle retribuzioni. – 5.2. Il peculiare rischio di "cattura" che incombe sul GNPL. – 6. L'utilità di una novella che migliori alcuni profili tecnicamente non convincenti.

Sintesi

L'articolo analizza i caratteri dell'indipendenza del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà sotto il profilo statico, espressione con la quale si fa riferimento a elementi come: la composizione (monocratica o collegiale) dell'organo di vertice, la procedura di nomina, la durata del mandato, le regole sulle incompatibilità e sulle retribuzioni dei titolari del Garante. Le norme che disciplinano questi importanti aspetti sono state più volte criticate in passato dalla dottrina, in quanto ritenute non adeguate ad assicurare una reale indipendenza del Garante nazionale rispetto al Governo. A parere dell'Autore, tali contestazioni sono solo in parte condivisibili, poiché talora sono state eccessive, talaltra hanno invece trascurato profili che – anche alla luce dell'evoluzione normativa degli ultimi anni – suscitano non minori perplessità sul piano tecnico.

Abstract

The article analyzes the independence of the National Guarantor of the rights of persons deprived of their liberty, from a static point of view, in particular with reference to the composition (monocratic or collegiate) of the top management body, the procedure of appointment, the duration of the mandate, the rules on the incompatibilities and on the salaries of the holders of the Guarantor.

In the past, the rules governing these important aspects have been repeatedly criticized by the doctrine, as they are deemed inadequate to ensure real independence of the National Guarantor from the Government. In the author's opinion, these disputes are only partially acceptable, since at times they have been excessive, at others they have instead neglected profiles which -

* Dirigente del Corpo di Polizia penitenziaria, Ufficio legislativo del Ministero della Giustizia – Dottore di Ricerca in *Tecnica della legislazione*, Università di Genova. Le opinioni espresse dall'autore sono personali e non impegnano l'Amministrazione di appartenenza.

also in the light of the regulatory evolution of recent years - arouse no less perplexity on a technical level.

Parole chiave

Garante nazionale persone private libertà; NPM; Garanti regionali; Autorità amministrative indipendenti; diritti fondamentali.

1. Inquadramento e attualità del tema.

Dopo sette anni di permanenza in carica (in parte dovuti a un prolungamento *ad hoc* del termine quinquennale ordinario), sono recentemente venuti a scadenza, con decorrenze differenziate¹, gli incarichi dei tre componenti del Collegio del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, che in seguito talora indicheremo per comodità con l'acronimo GNPL oppure – consapevoli dell'imprecisione – con altre formule di sintesi². Si è, pertanto, in attesa del formale avvio del procedimento di attribuzione degli incarichi per il prossimo mandato. Sembra, dunque, il momento giusto per affrontare uno specifico e circoscritto, ma assai importante, aspetto della disciplina di questa giovane istituzione: quello delle regole concernenti il profilo statico, cioè strutturale, della sua indipendenza, con ciò riferendosi alle norme sulla composizione (monocratica o collegiale) dell'organo di vertice, sulla procedura di nomina, sulla durata del mandato, sulle incompatibilità e sulle retribuzioni dei titolari³.

La ragione di tale interesse, in verità, non risiede soltanto nella coincidenza temporale del rinnovo del Collegio, ma si fonda sul rilievo che i profili sopra citati rivestono a fini «di legittimazione e di funzionamento» dell'organo⁴, nonché sul dubbio, nel corso degli anni più volte espresso in dottrina, che la disposizione istitutiva del GNPL (art. 7 del d.l. 23 dicembre

¹ Ne dà conto A. ALBANO, *Lo sviluppo del paradigma preventivo. L'esperienza del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale (GNPL) – Parte I*, in *Studium iuris*, 2021, 10, 1161, ricordando come «[i]l d.p.r. 1° febbraio 2016 nominava il Presidente (Mauro Palma) e un Membro del collegio (Emilia Rossi), mentre con successivo d.p.r. 3 marzo 2016 veniva nominato l'altro Membro (Daniela de Robert)».

² Si pensi, ad esempio, al diffuso impiego della definizione “Garante dei detenuti”. Occorre sempre tenere presente che, anche in ragione dei riferimenti internazionali in materia, l'ambito di competenza del GNPL non è limitato alla tutela dei diritti delle sole persone propriamente definibili “detenute”, ma si estende a tutte le categorie di soggetti variamente sottoposti a limitazioni della libertà personale, intendendo tale ultima espressione in un senso differente, e più ampio, rispetto a quello proprio dell'ordinamento italiano. Sul punto, cfr. il presidente uscente del Garante, M. PALMA, *Il Garante nazionale delle persone private della libertà personale*, in *Quaderni della Rivista della Corte dei conti*, 2022, 1, 156, che individua nelle seguenti le «varie aree di privazione della libertà [...]»: la detenzione penale, la custodia da parte delle Forze di polizia, il trattenimento dei migranti irregolari, il ricovero in servizi psichiatrici di diagnosi e cura, la residenzialità in strutture sociosanitarie e assistenziali, tendenzialmente chiuse».

³ Riprendo tale classificazione da L. CUOCOLO, *Le Autorità indipendenti*, in G.F. FERRARI, L. CUOCOLO, O. POLLICINO, A. VEDASCHI, *Diritto pubblico*, Egea, 2021, 224.

⁴ Cfr. C. PINELLI, *Diritto pubblico*, il Mulino, 2022, II ed., 284.

2013, n. 146)⁵ non detti una disciplina soddisfacente rispetto all'esigenza di garantire la «reale neutralità della figura e la sua effettiva indipendenza sotto il profilo dei condizionamenti politici»⁶.

A tal fine, sembra interessante svolgere una sintetica ricognizione dei principali snodi di tale regolamentazione, analizzandoli e ponendoli a confronto con la corrispondente disciplina di altri apparati pubblici statali che, pur con differenti ruoli e funzioni, sono comunque caratterizzati dall'essere sottratti all'indirizzo politico e amministrativo del Governo, posti al di fuori della gerarchia propria delle pubbliche amministrazioni, ma anche tutelati dal rischio di “cattura” da parte di poteri esterni privati⁷. Ciò, naturalmente, senza pretesa alcuna di procedere in questa sede a ricostruzioni dogmatiche né a inquadramenti del Garante dei detenuti in categorie del diritto pubblico discusse e variamente ricostruite in dottrina, tanto da far ritenere che non sia «possibile una precisa e univoca individuazione dei soggetti che ricadono sotto [...] l'espressione [...] “autorità indipendenti”»⁸. Pertanto, al di là dei richiami a più note e influenti “autorità” o “garanti” dotati di poteri anche normativi, decisionali e sanzionatori di notevole impatto, quali l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni o l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, di particolare interesse si presenta il confronto con altri organi che hanno diretta rilevanza per la materia dei diritti umani⁹ e che per giunta, come il GNPL, trovano la loro origine in convenzioni internazionali adottate in sede ONU; è il caso, ad esempio, dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza¹⁰, così come – se fosse stata già attuata la delega legislativa – del Garante nazionale delle persone con disabilità¹¹.

⁵ *Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria*, convertito, con modificazioni, dalla l. 21 febbraio 2014, n. 10.

⁶ Così, tra i primi, L. SCOMPARIN, *Il Garante nazionale*, in *Sovrappollamento carcerario e diritti dei detenuti. Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, a cura di F. Caprioli, L. Scomparin, Giappichelli, Torino, 2015, p. 286; successivamente, v. D. BRUNO, D. BERTACCINI, *I Garanti (dalla parte) dei detenuti*, Bononia University Press, 2018, 112, i quali, in termini più netti e specifici, ritengono che la legge abbia operato una «configurazione del Garante nazionale come istituzione gradita e legata al potere esecutivo».

⁷ In maniera al contempo sintetica ed efficace, C. PINELLI, *Diritto pubblico*, op. cit., 283, spiega che le Autorità in discorso vanno configurate come «indipendenti (dal potere politico come dai privati)».

⁸ Così L. CUOCOLO, cit., 219, il quale precisa come tale impossibilità classificatoria valga tanto per il nostro quanto per altri ordinamenti giuridici.

⁹ In proposito, pur con tutta l'opinabilità delle classificazioni che possono essere operate dagli osservatori dei fenomeni istituzionali, sembra ragionevole – a fini meramente descrittivi – l'elenco ipotizzato da A. COFELICE, A. MENECHINI, A. DI FABIO, *Autorità indipendenti*, in <https://unipd-centrodirittiumani.it>, 25 febbraio 2016.

¹⁰ Sottolinea questa stretta comunanza di origini fra i due Garanti, R. MEDDA, *L'Ombudsman in Italia tra Stato e Regioni: la perdurante assenza di un sistema integrato di garanzia*, in *Istituzioni del federalismo*, 2017, 4, 972.

¹¹ Infatti, per l'istituzione di tale nuovo «organo di natura indipendente e collegiale, competente per la tutela e la promozione dei diritti delle persone con disabilità», il termine assegnato al governo per l'esercizio della delega non è ancora scaduto (art. 2, co. 2, lett. f), l. 22 dicembre 2021, n. 227).

Invero, lasciando come detto impregiudicata la questione della riconducibilità del GNPL al novero delle “autorità (amministrative) indipendenti”¹², ovvero ad altri “modelli”¹³, è dirimente ai fini di questo scritto l’indiscutibilità del riconoscimento del requisito dell’indipendenza a tale organo non giurisdizionale di tutela dei diritti delle persone private della libertà, innanzitutto in quanto Meccanismo nazionale di prevenzione della tortura e di altri trattamenti inumani e degradanti¹⁴. Vale dunque la pena indagare sulle disposizioni che mirano a realizzare l’indipendenza dell’organo sotto il profilo strutturale.

2. La natura collegiale dell’organo e la procedura di nomina.

È indubbio che la procedura di nomina e la natura, collegiale o monocratica, dell’organo abbiano non poco rilievo nel definire il concreto livello di indipendenza di un soggetto o di un organo rispetto al circuito politico-rappresentativo. Tuttavia, non sono sempre scontate le considerazioni che si possono svolgere rispetto alle eterogenee previsioni della normativa in materia.

Per quanto riguarda il Garante delle persone private della libertà, l’art. 7, co. 2, della legge istitutiva ne chiarisce immediatamente la natura, stabilendo che esso «è costituito in collegio, composto dal presidente e da due membri»¹⁵. Quanto alle regole procedurali per la scelta dei titolari, il medesimo comma 2 prevede che questi «sono nominati, previa delibera del Consiglio dei ministri, con decreto del Presidente della Repubblica, sentite le competenti commissioni parlamentari». Non viene espressamente individuato, diversamente da altre leggi istitutive di garanti, l’organo competente ad avviare la procedura, formulando la proposta iniziale al Consiglio dei ministri¹⁶. La vigente previsione è il risultato di una modifica apportata nella fase

¹² Può essere di un qualche interesse segnalare il fatto che, in dottrina, il GNPL talvolta viene ricompreso (ad es., v. M. SICLARI, *Altri organi*, in F. MODUGNO (a cura di), *Diritto pubblico* Giappichelli, 2021, 574, nonché P. BONINI, A. CELOTTO, *profili costituzionali delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Quaderni della Rivista della Corte dei conti*, 2022, 1, 25), ma più frequentemente escluso dalle elencazioni, per quanto esemplificative, delle Autorità indipendenti (in questo secondo senso, cfr., tra gli altri, A. BARBERA, C. FUSARO, *Corso di diritto costituzionale*, Il Mulino, 2020, V ed., 481 s.; C. PINELLI, op. cit., 283; nonché E. DE MARCO, F. SGRÒ, *Il Governo e la Pubblica Amministrazione. Gli organi ausiliari*, in *L’ordinamento della Repubblica*, Wolters Kluwer – Cedam, 2021, IV ed., 312 ss.).

¹³ R. MEDDA, cit., 971 s. che riconduce il GNPL al modello dell’ombudsman/difensore civico. In senso difforme v., però, A. ALBANO, *Lo sviluppo del paradigma preventivo. Parte I*, cit., 1162 s.

¹⁴ V. l’art. 7, co. 1-*bis* della l. istitutiva, a mente del quale il Garante «opera quale meccanismo nazionale di prevenzione ai sensi dell’articolo 3 del Protocollo opzionale alla Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, adottato il 18 dicembre 2002 con Risoluzione A/RES/57/199 dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite» (c.d. OPCAT), ratificato con l. 9 novembre 2012, n. 195»).

¹⁵ Si tratta di un modello piuttosto diffuso; per un esempio di poco precedente al GNPL v. l’art. 37, co 1-*bis*, del d.-l. 6 dicembre 2011, n. 201, come novellato dall’art. 36, co. 1, lett. a), del d.-l. 24 gennaio 2012, n. 1, istitutivo dell’Autorità di regolazione dei trasporti (ART).

¹⁶ È il caso delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, rispetto alle quali il ministro competente per materia è titolare del potere di proposta al Consiglio dei ministri (art. 2, co. 7, l. 14 novembre 1995, n. 481).

di conversione in legge del d.-l. n. 146, il quale nella sua versione originaria attribuiva al Presidente del Consiglio dei ministri, anziché al capo dello Stato, la competenza ad adottare il decreto di nomina.

In dottrina la regolamentazione appena vista è oggetto di critica, innanzitutto per la natura collegiale del GNPL, il cui fondamento viene contestato, in quanto non correlato dalla legge alla previsione «di categorie differenziate di nominabili»¹⁷. In secondo luogo, è la stessa procedura a non essere ritenuta soddisfacente, giungendosi addirittura a considerarla non distinguibile da quella prevista per la nomina di un alto funzionario ministeriale quale il capo del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria¹⁸. Per contro, viene considerata maggiormente idonea a individuare persone indipendenti dal circuito politico-rappresentativo la disciplina del Garante per l'infanzia¹⁹, il quale è guidato da un organo monocratico nominato «con determinazione adottata d'intesa dai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica» (art. 2, co 1, l. 12 luglio 2011, n. 112).

Se da un punto di vista teorico queste osservazioni presentano un loro valore, è necessario tuttavia tenere conto di plurime considerazioni. Sono note le letture dottrinali in favore o contro la collegialità degli organi di vertice dei Garanti. In senso contrario, viene fatto notare come l'organo di vertice composto da più persone, soprattutto in relazione a talune procedure di nomina, offra maggiormente il fianco al rischio di lottizzazione politica degli incarichi²⁰. In senso favorevole, però, si fa rilevare come la presenza di una pluralità di titolari renda più equilibrate le decisioni e meno agevole l'esercizio di pressioni da parte di poteri esterni, pubblici o lobbistici²¹. Per giunta, pare militare a sostegno della scelta del legislatore del 2013 una ragione di funzionalità, legata al peculiare e primario compito del Garante delle persone ristrette di monitorare, con funzione preventiva, i molteplici tipi di luoghi di privazione della libertà; attività materiale che, per evidenti ragioni, è più agevolmente espletabile da tre componenti dell'organo, anziché da uno, essendo pacifico nella prassi, che gli accessi alle strutture – quali, ad esempio, gli istituti penitenziari – possano essere effettuati dai membri del Collegio singolarmente.

¹⁷ M. MAGRI, *Le autorità regionali di tutela dei diritti: il caso dell'Emilia-Romagna*, in *Istituzioni del federalismo*, 2017, 947.

¹⁸ Cfr., ad esempio, A. DIDDI, *La verifica ab externo: il Garante nazionale dei diritti delle persone in vinculis*, in A. DIDDI, R.M. GERACI (a cura di), *Misure cautelari ad personam in un triennio di riforme*, Giappichelli, 2015, 359, a parere del quale la procedura per la nomina del GNPL «non sembra manifestare significative differenze» con quella prevista per la nomina del capo del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria. Sulla medesima linea interpretativa, v. C. FIORIO, *Art. 7 d.-l. n. 146 del 2013*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Cedam-Wolters Kluwer, 2019, VI ed., 1373.

¹⁹ M. MAGRI, cit., 947.

²⁰ Cfr. L. CUOCOLO, cit., 224.

²¹ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, 2022, V ed., 337.

Quanto agli aspetti procedurali, le regole sulla scelta dei titolari del GNPL non sembrano eccentriche rispetto ai principali esempi di altri garanti o autorità indipendenti: al contrario tali previsioni paiono agevolmente riconducibili ad uno di questi “modelli”. Certo, si tratta di quello nel quale maggiore è il ruolo del Governo²²; inoltre, a un più attento esame, si può rilevare che la procedura prevista dal d.l. 146/2013 non contiene alcuni accorgimenti teoricamente utili a favorire la scelta di personalità svincolate dalla maggioranza politica, mediante il coinvolgimento delle minoranze²³: si pensi, in tal senso, alla previsione che le Commissioni parlamentari competenti non siano genericamente “sentite”, ma esprimano sulle proposte dell’esecutivo un parere favorevole a maggioranza qualificata²⁴. Tuttavia, deve riconoscersi che la procedura – pur nella centralità del ruolo dell’esecutivo – è articolata in modo da coinvolgere tanto organi parlamentari, il cui voto non può essere considerato ininfluenza²⁵, quanto il Presidente della Repubblica, il cui potere a seconda delle situazioni potrebbe non essere puramente “notarile”.

3. La durata del mandato.

Quanto alla permanenza negli incarichi, l’art. 7, co. 2, prevede che i tre membri del Collegio restino in «carica per cinque anni».

Sul punto possono formularsi alcune osservazioni; innanzitutto, quanto alla durata propriamente intesa del mandato che, per come fissata dalla norma istitutiva, coincide con quella della legislatura. Come autorevolmente fatto rilevare, uno dei tipici presìdi a tutela dell’indipendenza è costituito da una permanenza in carica dell’organo particolarmente lunga, tale da garantire un «disallineamento rispetto al ciclo elettorale»²⁶. Orbene, se vero è che l’avvio dell’istituzione in discorso si ebbe in un momento distante dalle elezioni per le Camere, non può

²² Per una ricostruzione della frammentata materia dei rapporti fra canone dell’indipendenza e potere di nomina, v. C. CONTESSA, A. LALLI, *Manuale di diritto amministrativo*, La Tribuna, 2021, 342, ove si individuano tre fondamentali modelli, a seconda che il potere di nomina sia attribuito: 1) a organi che ricoprono funzioni di garanzia di particolare rilievo costituzionale; b) al Parlamento, che decide con procedure e maggioranze particolari; c) al Governo, sia pure mediante la veste formale del d.P.R.

²³ Simile rilievo è formulato da M. CERESA, GASTALDO, *Una authority di cartapesta per i diritti dei detenuti*, in *La legislazione penale*, 2014, 4, 421.

²⁴ Cfr., ad esempio, il modello costituito dalle Autorità per i servizi di pubblica utilità disciplinato dall’art. 2, co. 7, l. 481/1995, a mente del quale non è possibile procedere alle nomine in mancanza del parere favorevole espresso dalle competenti Commissioni parlamentari «a maggioranza dei due terzi dei componenti». Più in generale, in senso favorevole alla «fissazione di quorum deliberativi adeguati ad assicurare il coinvolgimento delle minoranze, e quindi un effettivo svincolo dall’indirizzo politico», F.S. MARINI, *Le Autorità amministrative indipendenti nell’architettura costituzionale*, in *Quaderni della Rivista della Corte dei conti*, 2022, 1, 21.

²⁵ Lo stesso GNPL – in un documento rivolto alle Nazioni Unite (*The National Guarantor [Garante Nazionale, hereinafter NG] for the Rights of Persons Detained or Deprived of Liberty, its Independence and its Operation*, 12 ottobre 2017, in <https://tbinternet.ohchr.org>) – riferisce che dopo il parere negativo del Parlamento su uno dei candidati designati, è stato proposto un nuovo nome per il Collegio.

²⁶ Così, M. CLARICH, op. cit., 337.

non osservarsi come l'imprevedibilità delle evoluzioni del quadro politico possa condurre al riavvicinamento fra l'inizio di una nuova legislatura e il rinnovo dei titolari del GNPL, con il conseguente effetto di far coincidere il mandato politico con quello dell'organo di garanzia; rischio che si è puntualmente concretizzato nella fase attuale.

È noto che l'opportuna sfasatura fra le scadenze delle istituzioni politiche e quelle degli organi di garanzia può essere ottenuta non necessariamente con la previsione di un incarico dei secondi particolarmente duraturo²⁷, potendo all'uopo essere idonea anche una permanenza in carica del garante breve, purché non coincidente con il quinquennio di durata di una legislatura²⁸. Tuttavia, nel caso del Garante delle persone ristrette non si è adottato né l'uno né l'altro accorgimento, aprendo la strada alla possibilità che la maggioranza governativa del momento nomini un intero Collegio politicamente affine, sostanzialmente per tutta la possibile durata della legislatura appena iniziata, così depotenziando uno dei tradizionali presidi normativi a tutela di una collocazione estranea all'indirizzo politico-amministrativo degli organi di tutela di diritti fondamentali.

3.1. La non prorogabilità e la (mancata) non rinnovabilità.

Strettamente connesso al profilo appena esaminato è quello della rinnovabilità, o meno, del mandato. È frequente, nell'ambito delle leggi istitutive di autorità od organi indipendenti, il divieto di un secondo mandato, soprattutto se la permanenza in carica prevista dalla legge è piuttosto lunga²⁹. Il caso del Garante per i minori costituisce un esempio minoritario, poiché alla brevità della durata dell'incarico si correla il meno rigoroso limite della rinnovabilità per una sola volta³⁰.

Sul punto, la disposizione istitutiva del GNPL (art. 7, co. 2) appare foriera di criticità, poiché si limita a stabilire che il presidente e i membri del Collegio «restano in carica per cinque anni non prorogabili». Orbene, alla luce di quanto appena ricordato, si potrebbe essere tentati da un'interpretazione sistematica, che tenga conto della natura dell'organo e della necessità di ridurre i rischi che il titolare «uscente possa caratterizzare l'ultima parte del suo mandato in modo da guadagnarsi l'appoggio di qualche parte politica»³¹. In tale prospettiva, si dovrebbe

²⁷ Esempio quale mandato "di lunga durata" è il caso del presidente e dei componenti del collegio del Garante per la protezione dei dati personali che, ai sensi dell'art. 153, co. 3, del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, «hanno durata settennale».

²⁸ Si consideri in tal senso l'art. 2, co. 1, della l. n. 122/2011 che prevede per il titolare dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza una permanenza in carica pari a quattro anni.

²⁹ Tra le altre, v. la disposizione concernente il Garante della concorrenza e del mercato (art. 10, l. 10 ottobre 1990, n. 287, di recente novellato), a mente della quale: «[I] membri dell'Autorità sono nominati per sette anni e non possono essere confermati».

³⁰ Art. 2, co. 2, l. 112/2011.

³¹ Così, con riferimento alla generalità delle Autorità indipendenti, L. CUOCOLO, cit., 225.

intendere l'espressione "non prorogabili" come equivalente a "non rinominabili"³². Una tale ricostruzione, però, per quanto lodevole negli scopi, sembra più avvicinata all'attività nomopoietica che a quella interpretativa strettamente intesa: essa, infatti, forza il dato testuale e presuppone che il legislatore abbia impiegato le parole in maniera inappropriata³³.

Invece, secondo un'interpretazione più fedele alla lettera della legge, questa non prevede limiti allo svolgimento di nuovi mandati – il che costituisce un profilo problematico – e l'unico espresso divieto riguarda la possibilità di prorogare, cioè prolungare, con atti di rango inferiore a quello primario la permanenza nell'incarico oltre la scadenza del termine quinquennale. D'altronde, il fatto che i titolari delle autorità durino «in carica per un periodo predeterminato» è considerato in dottrina come uno dei fattori che contribuiscono a garantire terzietà e indipendenza³⁴. Certo, se tale esegesi fosse condotta fino al punto di ritenere esclusa anche la *prorogatio*³⁵, si produrrebbe l'inconveniente pratico di non garantire la continuità nel funzionamento dell'organo, nel caso in cui non fossero tempestivamente riattribuiti gli incarichi. In proposito, la prassi di questi giorni, si mostra nel senso contrario a quest'ultima ipotesi, essendo i tre componenti del Collegio rimasti nell'esercizio delle loro funzioni ben oltre le rispettive scadenze in attesa della nomina dei nuovi titolari.

Oltre a quanto appena osservato, va ricordato che, nel corso dei primi anni di esperienza della nuova istituzione, il divieto di prorogare i componenti del Collegio è stato espressamente disatteso dallo stesso legislatore: il che pare stridere con la *ratio* di tale disposizione, comunque la si voglia interpretare. Infatti, con il d.l. 21 ottobre 2020, n. 130, «il Garante nazionale in carica» è stato «prorogato per un periodo di due anni oltre la scadenza naturale». La deroga, si badi, è stata introdotta con un decreto-legge, dunque con un atto che nasce dall'Esecutivo e non è di iniziativa parlamentare. A sostegno di tale scelta, è stato addotto un duplice ordine di ragioni: da un lato, il fatto che, trattandosi «del primo insediamento del Garante», il Collegio in carica aveva «natura fondativa» e perciò si era trovato a sottrarre tempo all'esercizio delle funzioni istituzionali per costituire la sua struttura amministrativa di supporto³⁶; d'altro lato, la

³² Si rammenti che il divieto di un secondo mandato è considerato da C. PINELLI, op. cit., 285, forse il più importante fra i requisiti di indipendenza strutturale.

³³ Cfr. voce *Proroga*, in *Grande dizionario della lingua italiana*, Vol. XIV, UTET, 1993, 679.

³⁴ *Ex plurimis*, R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, 2022, XXIII ed., 601.

³⁵ Si impiega tale termine nella sua accezione, «sia pure molto empirica», di istituto in forza del quale un organo scaduto può continuare a esercitare, benché limitatamente, i suoi poteri, senza necessità di un provvedimento di proroga, ma di diritto; in tal senso, G. D'ORAZIO, *Prorogatio (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVII, Giuffrè, 1988, 428.

³⁶ Cfr. la *Relazione* al d.d.l. A.C. 2727 di conversione in legge del d.l. 21 ottobre 2020, n. 130, recante *disposizioni urgenti in materia di immigrazione, protezione internazionale e complementare, modifiche agli articoli 131-bis, 391-bis, 391-ter e 588 del codice penale, nonché misure in materia di divieto di accesso agli esercizi pubblici ed ai locali di pubblico trattenimento, di contrasto all'utilizzo distorto del web e di disciplina del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale*, 19, ove il Governo sottolinea il fatto che «[d]all'atto del proprio insediamento [...] il collegio del Garante nazionale è stato impegnato, parallelamente all'ordinario svolgimento delle funzioni istituzionali, a costituire l'Ufficio dell'organo di vigilanza, ricercando e acquisendo [...]

«contingenza delle esigenze conseguenti alla pandemia del COVID-19» aveva consentito al Garante di acquisire «ulteriori competenze operative», che il legislatore d’urgenza del 2020 ha ritenuto «opportuno valorizzare in un arco temporale più lungo» di quello previsto dalla legge istitutiva³⁷. Certo non si vogliono sminuire le comprensibili difficoltà organizzative sorte nella fase di avvio del nuovo organo di tutela né, tantomeno, il ruolo svolto dal GNPL durante i primi mesi di emergenza sanitaria³⁸; tuttavia tali aspetti non sembrano essere stati peculiari della sola esperienza del Garante dei detenuti³⁹. Inoltre, per quanto non possa considerarsi un’anomalia il fatto che la durata complessiva del mandato, a seguito della proroga, sia divenuta di sette anni⁴⁰, sembra comunque che l’introduzione di quella che gli stessi proponenti hanno definito «deroga *ad hoc*», in favore del Garante in carica⁴¹, abbia potuto essere letta come un segnale di particolare sintonia tra maggioranza governativa e organo di garanzia che, se non sulla sostanza, potrebbe avere inciso negativamente sull’immagine di indipendenza del secondo.

4. I requisiti di indipendenza e di competenza tecnico-professionale.

Anche i requisiti soggettivi richiesti per ricoprire le cariche di presidente o membro del Collegio del Garante delle persone ristrette, se posti a confronto con quelli di altri organi o soggetti, non convincono pienamente. Si pensi, ad esempio, che il vertice dell’Autorità per l’infanzia e l’adolescenza è scelto «tra persone di notoria indipendenza, di indiscussa moralità e di specifiche e comprovate professionalità, competenza ed esperienza nel campo dei diritti delle persone di minore età nonché delle problematiche familiari ed educative di promozione e tutela delle persone di minore età»⁴², mentre per i titolari del collegio del GNPL è più genericamente, e modestamente, previsto che si tratti di persone «che assicurano indipendenza e competenza nelle discipline afferenti la tutela dei diritti umani».

le risorse umane necessarie e compiendo tutte le attività, anche di ordine materiale, indispensabili al suo funzionamento»; impegno che «ha consentito di acquisire un patrimonio umano e materiale prezioso per lo svolgimento del mandato istituzionale».

³⁷ *Ibidem*, ove si afferma che «l’emergenza della pandemia di COVID-19 e le sue note conseguenze sul piano della libera circolazione delle persone nel territorio nazionale, oltre che su quello del mantenimento dell’ordinaria attività lavorativa, non hanno determinato la sospensione dell’attività del Garante nazionale, che ha conservato inalterate le sue funzioni di vigilanza nella situazione eccezionale data e ha acquisito ulteriori competenze operative che pare opportuno valorizzare in un arco temporale più lungo garantito da un tempo contenuto di proroga».

³⁸ Sull’argomento si rinvia allo specifico scritto di C. STORACE, *Il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà nel periodo di emergenza sanitaria*, in *Osservatorio AIC*, 2020, 4.

³⁹ *Contra*, A. ALBANO, *Lo sviluppo del paradigma preventivo. L’esperienza del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale (GNPL) – Parte II*, in *Studium iuris*, 2021, 11, 1301, il quale ritiene che la proroga sia basata su «solide motivazioni».

⁴⁰ Si tratta di una durata prevista dalle varie leggi istitutive di non poche Autorità indipendenti, come risulta – *ictu oculi* – dalla tabella riepilogativa di A. BARBERA-C. FUSARO, op. cit., 483.

⁴¹ Così, la *Relazione*, A.C. 2727, cit., 19.

⁴² Art. 2, co. 1, l. 112/2011.

Orbene, non si vogliono attribuire virtù salvifiche a formulazioni delle disposizioni di legge più ricche di aggettivi, come “comprovata” o “elevata”, riferiti all’esperienza o alla competenza dei potenziali componenti di un organo: la certezza che vengano sempre prescelte persone dall’alto profilo tecnico-professionale e dalla indiscutibile autorevolezza dipende chiaramente dal senso di responsabilità degli organi istituzionali competenti a decidere. Tuttavia, non si può neppure giungere al punto di non riconoscere alcun valore precettivo alle norme vigenti né pensare che queste siano completamente ininfluenti rispetto all’esercizio della discrezionalità nella scelta degli aspiranti. Se ci si pone in questa ottica, il filtro selettivo astrattamente richiesto dal legislatore per la scelta degli organi del GNPL appare oggettivamente più lasco rispetto a quello della citata Autorità per l’infanzia o a quello del Garante per la protezione dei dati personali, tanto per l’indipendenza quanto per la competenza richieste agli aspiranti all’incarico quanto, altresì, per il troppo generico riferimento alla vasta materia dei diritti umani, tenendo conto della natura settoriale del Garante delle persone ristrette⁴³.

5. Inconferibilità dell’incarico: un particolare rigore nei confronti dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni.

Con una scelta molto rigorosa, che non sembra, almeno in linea generale, trovare corrispondenza nelle norme concernenti organi simili, l’art. 7, co. 2, secondo periodo, della legge istitutiva statuisce che i tre componenti Collegio del GNPL sono scelti tra persone «non dipendenti delle pubbliche amministrazioni»⁴⁴. Pare così configurarsi un regime di radicale inconferibilità dell’incarico nei confronti di tutti coloro i quali prestano servizio per lo Stato o altri enti pubblici, territoriali o meno, a qualsivoglia settore o professionalità appartengano, non risolvibile con il collocamento degli interessati in aspettativa o fuori ruolo; tali istituti giuridici, infatti, non vengono neppure menzionati dall’art. 7, diversamente da molte altre leggi istitutive di organi indipendenti. Appare assai differente, ad esempio, la scelta operata dal legislatore per il Garante per l’infanzia e l’adolescenza, al vertice della quale è assodata la possibilità di nominare un «dipendente pubblico», il quale in tal caso, «secondo l’ordinamento di

⁴³ Cfr. l’art. 12, l. 12 giugno 1990, n. 146, relativo alla Commissione di garanzia dell’attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, che circoscrive con precisione le materie nelle quali è richiesta esperienza ai commissari; v. anche l’art. 153, co. 1, d. lgs. 196/2003, il quale, mirando a delimitare la discrezionalità degli organi politici deputati alla scelta, richiede che i candidati «assicurino indipendenza e [...] risultino di comprovata esperienza nel settore della protezione dei dati personali, con particolare riferimento alle discipline giuridiche o dell’informatica».

⁴⁴ Si consideri che nemmeno per i vertici dell’Autorità nazionale anticorruzione – che pure svolge pregnanti funzioni di controllo sugli apparati pubblici – è previsto un divieto analogo (cfr. art. 13, co. 3, d. lgs. 27 ottobre 2009, n. 150).

appartenenza, è collocato fuori ruolo o in aspettativa senza assegni»⁴⁵; assai simile è la previsione per il Garante della *privacy*⁴⁶.

La ragione di una così rigida e generalizzata preclusione non appare evidente e, d'altronde, la sua stessa legittimità costituzionale sembra dubbia⁴⁷, anche considerando che, in non pochi casi, l'appartenente a una medesima categoria professionale (medico, professore, educatore) rientrerebbe o meno nel divieto per il solo fatto di dipendere da un datore di lavoro pubblico o privato. Peraltro, l'inconferibilità dell'incarico avrebbe, forse, potuto presentare una sua ragionevolezza se fosse stata limitata ai soli appartenenti alle pubbliche amministrazioni principalmente soggette all'attività di controllo del Garante⁴⁸. Rivolta, però, alla totalità del variegato mondo del lavoro pubblico, finisce per impoverire non poco la platea di candidati all'incarico, escludendo categorie in possesso di competenze in materia di diritti umani, talune delle quali strutturalmente abituate alla terzietà, altre espressamente richiamate nelle fonti sovranazionali⁴⁹. Il tutto senza recare alcun beneficio alla tutela dell'indipendenza dell'istituzione. Sembra, infatti, che professori, magistrati, medici del Servizio sanitario nazionale, dirigenti dei servizi sociali di Enti locali e funzionari pubblici in genere, se posti in aspettativa, possano calarsi in un ruolo terzo non meno agevolmente di dipendenti di Ong o di multinazionali private, dirigenti, militanti o dipendenti di associazioni per i diritti delle persone private della libertà, lavoratori del terzo settore o avvocati.

⁴⁵ Art. 2, co. 3, l. 112/2011. Cfr., altresì, l'art. 2, co. 7, della l. 481/1995, relativo alle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità che, in maniera pressoché identica, recita: i «dipendenti delle amministrazioni pubbliche [nominati nei collegi delle *Authority*] sono collocati fuori ruolo per l'intera durata dell'incarico».

⁴⁶ Cfr. l'art. 153, co. 5, del d.lgs. 196/2003, che chiaramente ammette i pubblici dipendenti a ricoprire incarichi di vertice del Garante per la riservatezza dei dati personale, disciplinando precisamente le conseguenze dell'accettazione della nomina («il presidente e i componenti sono collocati fuori ruolo se dipendenti di pubbliche amministrazioni o magistrati in attività di servizio; se professori universitari di ruolo, sono collocati in aspettativa senza assegni»).

⁴⁷ In tal senso si esprime M. MAGRI, cit., 947, a parere del quale la ragione di tale drastica previsione «non è chiara ed è forse in contrasto con gli articoli 3, 51, 97 e 98 Cost.».

⁴⁸ Pur con la prudenza dovuta dalla diversità di competenze dei legislatori regionali rispetto a quello statale, sembra interessante richiamare, tra gli altri, l'esempio – pur non esente da incoerenze – dell'art. 3, co. 2, n. 5), l. r. Liguria 1° giugno 2020, n. 10, che rende ineleggibili alla carica di Garante regionale dei diritti delle persone sottoposte a misure restrittive della libertà personale, tra gli altri, «coloro che hanno ricoperto incarichi nell'amministrazione penitenziaria». Su tal disposizione, in senso parzialmente critico, sia consentito rinviare a F. PICOZZI, *I Garanti regionali dei detenuti nel riparto di competenza legislativa fra Stato e Regioni*, in questa *Rivista*, 2021, 4, 50.

⁴⁹ In proposito, pur con le opportune cautele dovute, tra l'altro, alle necessità di adattamento al nostro ordinamento nonché al fatto che si riferiscono a un diverso tipo di istituzione, si considerino i *Principi relativi allo status delle istituzioni nazionali per i diritti umani* (“Principi di Parigi”), annessi alla Risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite 48/134 del 20 dicembre 1993, che, nella parte concernente la composizione del menzionato organismo, richiamano professori universitari, scienziati e ricercatori.

5.1. Incompatibilità con la carica: un evidente lassismo verso dipendenti privati e liberi professionisti. La questione delle retribuzioni.

Il rigorismo nei confronti dei dipendenti pubblici si accompagna, in maniera del tutto distonica, a un notevole lassismo nei riguardi di liberi professionisti e dipendenti di datori di lavoro privati. Invero, l'art. 7, co. 3, del d.-l. 146/2013, nel disciplinare le incompatibilità dei titolari del Garante, prevede i soli divieti di rivestire «cariche istituzionali, anche elettive, ovvero incarichi in partiti politici»⁵⁰. Dunque, per le categorie di lavoratori per le quali non vige l'inconferibilità dell'incarico si prevede un regime di incompatibilità circoscritto a limitatissime ipotesi, tanto che allo stato è possibile ricoprire al contempo un posto nel Collegio e, ad esempio, svolgere la professione forense nel settore penale⁵¹, lavorare per un datore privato oppure avere impieghi o cariche dirigenziali in organizzazioni che operano nei vari ambiti di competenza del GNPL. Stante questa disciplina per i titolari in carica, ovviamente non viene stabilita alcuna incompatibilità successiva alla conclusione del mandato, ulteriore strumento di tutela dell'indipendenza talvolta codificato dal legislatore per le Autorità indipendenti⁵².

Una disciplina così stringata appare in evidente contrasto con l'idea, condivisa dagli studiosi, che la «previsione di ampie clausole di incompatibilità» costituisca uno dei fondamentali «dati comuni» degli organi e dei soggetti in posizione di indipendenza⁵³, regime che deve valere tanto nei riguardi di cariche pubbliche quanto di interessi privati⁵⁴. Risulta, dunque, agevole individuare normative concernenti altri organi al cui confronto la disposizione istitutiva del GNPL, sul punto, appare evidentemente lacunosa. Basti qui rammentare che nei confronti del titolare del Garante dell'infanzia la legge stabilisce, «per tutta la durata dell'incarico», un più ragionevole e ampio divieto, proibendo «a pena di decadenza» di esercitare

⁵⁰ La vigente disposizione è frutto di una modifica operata in fase di conversione in legge; come sottolineato da G. DI ROSA, *Il Garante dei diritti dei detenuti e dei soggetti privati della libertà personale*, in C. CONTI, A. MARANDOLA, G. VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Cedam, 2014, 127 ss., nella sua versione originaria, infatti, l'art. 7, co. 3, d.-l. 146/2013 sembrava ancor più blando, poiché, da un lato vietava soltanto di «assumere» nel corso del mandato le cariche in discorso – anziché «rivestire», dall'altro, circoscriveva l'incompatibilità con gli incarichi in partiti politici soltanto se «di responsabilità».

⁵¹ Esprime perplessità in proposito anche G. DI ROSA, cit. 132. In senso contrario, anche per l'ulteriore dottrina ivi citata, cfr. A. ZAPPULLA, *Art. 7 d.l. 23.12.2013, n. 146*, in F. FIORENTIN, F. SIRACUSANO (a cura di) *L'esecuzione penale*, Giuffrè, 2019, 1400, a parere del quale l'assenza di «incompatibilità rispetto all'esercizio di una libera professione» si spiega con l'idea che quest'ultima sia «considerata esente dal potere determinare condizionamenti rispetto al ruolo di garanzia [...] e, anzi, forse funzionale a evitare una "professionalizzazione" della figura del Garante».

⁵² Cfr., con riferimento al Garante per la protezione dei dati personali, l'art. 153, co. 8, d.lgs. 196/2003, a mente del quale «il presidente, i componenti, il segretario generale e i dipendenti si astengono dal trattare, per i due anni successivi alla cessazione dell'incarico ovvero del servizio presso il Garante, procedimenti dinanzi al Garante, ivi compresa la presentazione per conto di terzi di reclami richieste di parere o interpellati».

⁵³ P. CARETTI, U. DE SIERVO, *Diritto costituzionale e pubblico*, Giappichelli, 2020, IV ed., 326.

⁵⁴ Così, A. PISANESCHI, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, 2022, V ed., 445, che sottolinea l'importanza dei «regimi di incompatibilità con cariche pubbliche e interessi privati», al fine di «accentuare, attraverso l'indipendenza dei componenti, le caratteristiche di indipendenza dell'organo».

qualsiasi «attività professionale, imprenditoriale o di consulenza», nonché di «essere amministratore o dipendente di enti pubblici o privati»; al Garante è altresì vietato ricoprire qualsiasi ufficio pubblico o qualunque carica o incarico «in associazioni, organizzazioni non lucrative di utilità sociale, ordini professionali o comunque in organismi che svolgono attività nei settori dell'infanzia o dell'adolescenza» (art. 2, co. 3, l. 112/2011).

Sembra, dunque, che l'assetto attualmente cristallizzato nella legge sul Garante dei detenuti sia non poco problematico e frutto dello stratificarsi di interventi legislativi non adeguatamente coordinati fra loro. Infatti, la disciplina delle incompatibilità è, per sua natura, strettamente correlata alla questione della retribuzione dei componenti del Collegio. In proposito, il testo originario dell'art. 7, co. 3, d.l. 146/2013 prevedeva che ai tre titolari dell'organo non spettassero «indennità od emolumenti per l'attività prestata, fermo restando il [solo] diritto al rimborso delle spese». Pare evidente come, a fronte della totale assenza di retribuzione – a meno di non voler selezionare i componenti del Collegio esclusivamente fra i fortunati appartenenti alla categoria dei *rentier* – il legislatore non potesse precludere lo svolgimento di attività lavorative.

Se si tiene conto di come, in dottrina, il riconoscimento di indennità e compensi sia ritenuto un importante rafforzamento del sistema di garanzia di indipendenza dei singoli titolari⁵⁵, si comprende che la previsione appena vista era obiettivamente troppo penalizzante. Lo stesso legislatore, infatti, prima ancora che il GNPL iniziasse concretamente a operare, ha ritenuto di doversi correggere sul punto; invero, con una disposizione della “legge di stabilità 2016”, fermo il diritto al rimborso spese, è stata introdotta un'indennità fissa – differenziata fra presidente, da un lato, e membri del Collegio, dall'altro – e commisurata a una percentuale di quella spettante ai parlamentari⁵⁶. Tale compenso, a ulteriore garanzia degli interessati, è direttamente fissato dalla legge, senza possibilità di influenze da parte del potere esecutivo⁵⁷.

Un logico corollario del riconoscimento di una retribuzione non simbolica, per quanto inferiore a quello dei vertici di altri organismi indipendenti, avrebbe potuto consistere nell'introduzione di divieti allo svolgimento di attività libero professionali o alle dipendenze di privati. Invece, nulla è stato innovato sul punto. Lo stesso Garante nazionale pare consapevole

⁵⁵ L. CUOCOLO, cit., 225.

⁵⁶ Art. 1, co. 317, lett. a), l. 28 dicembre 2015, n. 208, a mente del quale: «Ai componenti del Garante nazionale è attribuita un'indennità forfetaria annua, determinata in misura pari al 40 per cento dell'indennità parlamentare annua per il Presidente e pari al 30 per cento per i membri del collegio, fermo restando il diritto al rimborso delle spese effettivamente sostenute di vitto, alloggio e trasporto per gli spostamenti effettuati nello svolgimento delle attività istituzionali».

⁵⁷ In senso difforme, cfr. l'art. 2, co. 11, l. 481/1995, in base al quale le indennità spettanti alle Autorità per i servizi di pubblica utilità «sono determinate con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro del tesoro».

dei rischi che tale squilibrata disciplina può comportare, tanto da avere, in qualche misura, integrato la disciplina di legge con il proprio Codice etico⁵⁸.

5.2. Il peculiare rischio di “cattura” che incombe sul GNPL.

Da quanto detto nei due paragrafi precedenti deriva quello che potremmo individuare quale peculiare rischio di “cattura” del Garante delle persone ristrette. La legge istitutiva, infatti, impedisce a tutti i dipendenti pubblici di far parte del Collegio (fatto salvo il personale in quiescenza). Le nomine vengono così orientate prevalentemente, da un lato, verso liberi professionisti (in particolare avvocati), dall’altro, verso dirigenti, dipendenti o esponenti di ONG, di organizzazioni non lucrative di utilità sociale, di associazioni o comunque di organismi che svolgono attività nei settori della privazione della libertà. Tale assetto oggettivamente impoverisce il Garante di modi di vedere e sensibilità propri delle professionalità escluse e, in certa misura, rischia di non agevolare la formazione di collegi che rispecchino a pieno il pluralismo esistente nella società italiana su temi così divisivi dal punto di vista culturale e (perché non dirlo?) ideologico.

A ciò deve aggiungersi il fatto che, nei confronti delle categorie ammesse a ricoprire gli incarichi, la legge non prevede neppure le minimali incompatibilità normalmente poste a presidio dell’indipendenza contro influenze di poteri privati o rischi di conflitto di interessi. Si pensi, come si è detto sopra, alla possibilità di rivestire il ruolo di presidente o componente del Collegio senza dover rinunciare a cariche in organizzazioni private o attività libero-professionali (situazioni, invece, opportunamente precluse al Garante dell’infanzia).

Insomma, sembra che la legge istitutiva lasci incombere sul GNPL un rischio di “cattura” non tanto da parte di potentati economici, quanto da parte di attori del settore che svolgono funzioni pienamente legittime e, talora, costituzionalmente indefettibili, ma che al contempo sono naturalmente portatori di peculiari sensibilità culturali, obiettivi politici e interessi. Tutto ciò potrebbe non essere necessariamente in contrasto con un modo di concepire il Garante quale istituzione «di natura partigiana» che svolge una «funzione di assistenza e di rappresentanza in favore, *dalla parte* dei ristretti»⁵⁹. Se, però, si vuole accostare il GNPL al variegato contesto italiano delle *Authority* – ricostruendone il ruolo quale organo che, in posizione di terzietà e indipendenza, opera a tutela della legalità e dei diritti fondamentali in forma collaborativa con

⁵⁸ V. il Codice etico approvato con delibera del 31 marzo 2021, in www.garantenazionaleprivatiliberta.it. In part. art. 6, co. 3, in materia di obbligo di astensione in caso di conflitto di interessi «di qualsiasi natura, anche non patrimoniali, inclusi quelli connessi all’intento di assecondare pressioni politiche, professionali, sindacali e di superiori gerarchici» e art. 7, co. 3, ove si prevede che i componenti del Collegio «evitano di partecipare attivamente e di assumere incarichi presso associazioni, circoli o altri organismi, ove possano derivarne vincolo, obblighi o aspettative tali da poter pregiudicare l’imparzialità di comportamento nelle attività istituzionali».

⁵⁹ D. BRUNO, D. BERTACCINI, 41 ss. e 115, ai quali si rimanda per l’inquadramento, anche in chiave comparatistica, della definizione riportata nel testo.

le altre istituzioni – allora la disciplina vigente in materia di inconfirmità e incompatibilità non sembra ottimale.

6. L'utilità di una novella che migliori alcuni profili tecnicamente non convincenti.

Si è sin qui cercato di ricostruire la disciplina dell'indipendenza strutturale del Garante delle persone private della libertà, evidenziando quelli che paiono i profili di debolezza, cioè le disposizioni che possono ritenersi formulate in maniera non adeguata rispetto all'obiettivo di assicurare all'organo e ai suoi vertici una ragionevole tutela da influenze esterne. Si è, però, cercato di segnalare altresì come le scelte del legislatore siano state negli scorsi anni oggetto di critiche talvolta troppo radicali: non sembra, infatti, che nel complesso la legge istitutiva del GNPL delinei una «*Authority* di cartapesta»⁶⁰, indistinguibile dagli apparati del potere esecutivo soggetti al suo controllo.

Rispetto alle criticità tecniche del testo normativo sin qui evidenziate, sembra non essere estraneo l'aver introdotto questa nuova istituzione con decreto-legge. Al di là dei dubbi espressi riguardo alla sussistenza dei requisiti della necessità e urgenza richiesti dall'art. 77 Cost.⁶¹, è ragionevole pensare che lo strumento normativo prescelto abbia inevitabilmente compresso i tempi di riflessione parlamentare su disposizioni che, con maggiore ponderazione, avrebbero potuto essere redatte meglio; al Parlamento, come si è visto, è rimasta soltanto la possibilità di apportare pochi e circoscritti emendamenti. Tutto ciò non deve stupire, se letto nel più ampio contesto della situazione emergenziale legata al sovraffollamento carcerario, generata anche a causa della insufficienza delle politiche legislative e della gestione amministrativa degli anni precedenti alla nota sentenza *Torreggiani* dell'8 gennaio 2013. La necessità di dare seguito a questa pronuncia della Corte EDU, infatti, ha costituito l'occasione per intervenire su molteplici e svariati aspetti del diritto penale, processuale penale e penitenziario, prevalentemente mediante decretazione d'urgenza, così «spostando il baricentro della normazione dal Parlamento al Governo» e relegando il primo a mera «sede per apportare correzioni e integrazioni a discipline decise altrove, seppure [...] nevralgiche per la tutela dei diritti della persona e la responsabilità dello Stato a livello internazionale»⁶².

Tutto ciò non cancella l'idea che il Garante nazionale delle persone private della libertà abbia rappresentato un'innovazione «di grande valore simbolico»⁶³, tra le più rilevanti di quella – pur confusa e in parte frettolosa – stagione di riforme. Anche per questo non resta che

⁶⁰ Per tale espressione v. M. CERESA, GASTALDO, cit., 413.

⁶¹ Esprimono perplessità in tal senso F. BIONDI DAL MONTE, *Poteri normativi del governo e sovraffollamento carcerario*, in *Rivista AIC*, 2017, 14 e 24, nonché M. MAGRI, cit., 946.

⁶² F. BIONDI DAL MONTE, cit., 15-16.

⁶³ F. FIORENTIN, *Con il nuovo svuota carceri 3 mila detenuti in meno e braccialetto elettronico esteso ai non domiciliari*, in *Guida al diritto*, 2014, 3, 20.

auspicare una novella della sua disposizione istitutiva che, mediante circoscritti interventi, riformuli le previsioni meno coerenti rispetto all'obiettivo di configurare un'istituzione indipendente da poteri pubblici e gruppi di pressione privati.

queste istituzioni

**La stabilità del rapporto
giuridico amministrativo,
tra vecchi e nuovi paradigmi**

Augusto Di Cagno

Numero 1/2023

31 marzo 2023

La stabilità del rapporto giuridico amministrativo, tra vecchi e nuovi paradigmi

di Augusto Di Cagno*

Sommario

1. Il paradigma tradizionale dell'atto amministrativo "instabile". – 2. La stabilità dell'atto amministrativo tra inoppugnabilità e non annullabilità *ex art. 21-octies*, comma secondo, l. n. 241/90. – 3. La stabilità del rapporto giuridico amministrativo e i limiti all'autotutela. – 4. La partecipazione del privato come fattore di stabilizzazione del rapporto giuridico amministrativo. – 5. Il ruolo del nuovo art. 10-*bis*, l. n. 241/90. – 6. Le "sanatorie" dell'atto amministrativo: la convalida, gli istituti di sanatoria "speciale" e la "riemissione" dei provvedimenti annullati *ex art. 21-decies*, l. n. 241/90. – 7. Considerazioni conclusive.

Sintesi

L'atto amministrativo è da sempre considerato un atto per natura "instabile", perché soggetto alle continue modifiche imposte dall'esercizio del potere, che, proprio in quanto diretto alla cura costante dell'interesse pubblico, può sempre tornare a riesaminare un rapporto giuridico già deciso da un precedente provvedimento. Il paradigma classico del provvedimento amministrativo "instabile" è, però, messo in crisi da quelle regole che, nel mito della certezza del diritto, della tutela del legittimo affidamento e della conservazione dei valori giuridici applicati anche al diritto amministrativo, hanno l'effetto opposto di stabilizzare gli effetti dell'atto amministrativo. Nel saggio vengono quindi passate in rassegna alcune di queste disposizioni che, disciplinando l'inoppugnabilità dell'atto, l'irrilevanza dei vizi di cui all'art. 21-*octies*, comma secondo, l. n. 241/90, la partecipazione al procedimento amministrativo, i limiti al riesame in secondo grado e al riesercizio del potere in seguito a pronuncia giudiziale, nonché gli istituti di sanatoria dell'atto invalido, hanno l'effetto di definire un diverso statuto giuridico dell'atto amministrativo improntato alla "stabilità"; onde, in definitiva, tentare di evidenziare alcune criticità sottese agli istituti descritti, specialmente in punto di cura dell'interesse pubblico.

Abstract

The administrative act has always been considered "unstable", because it is subject to the continuous modifications imposed by the exercise of power. Power is aimed at the constant care of the public interest, and so it can always return to re-examine a legal relationship already decided by a previous measure. The classic paradigm of the "unstable" administrative provision is, however, thrown into crisis by those rules which, in the myth of the certainty of the law, of legitimate expectations and of the conservation of juridical values also applied to administrative law, have the opposite effect of stabilizing the effects of administrative act. The essay reviews some provisions which have the effect of defining a different juridical statute of

* Ricercatore di Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro".

the administrative act based on “stability”; in order, ultimately, to highlight some critical issues underlying the institutions described, especially in terms of public interest care.

Parole chiave

Atto amministrativo; Sanatoria dell’atto; Pubblica amministrazione; Legge 241/90.

1. Il paradigma tradizionale dell’atto amministrativo “instabile”.

Nella ricostruzione dello statuto giuridico dell’atto amministrativo come atto “instabile” assume estrema importanza la funzionalizzazione che caratterizza il potere amministrativo. Il potere amministrativo è attribuito al fine di perseguire costantemente e con carattere continuativo l’interesse pubblico, secondo una logica di “legalità indirizzo”, la quale pervade anche l’attività non autoritativa (contrattuale) posta in essere dall’amministrazione¹. La necessità che sia continuamente assicurata la rispondenza dell’atto amministrativo all’interesse pubblico primario assume i tratti del “dovere” per il soggetto pubblico e si rivela decisiva nella costruzione delle regole sulla validità e sull’efficacia del provvedimento, con riflessi sul regime dei poteri di riesame e della tutela giurisdizionale².

In particolare, l’esigenza di una cura costante dell’interesse pubblico ha influito nell’affermazione di un paradigma dell’atto amministrativo contrassegnato da una regola generale quale la “mutabilità”³, ovvero quel carattere, considerato espressione dell’imperatività del provvedimento, che si traduce nella revocabilità e nell’annullabilità d’ufficio dell’atto e dei suoi effetti. Secondo una raffigurazione classica del potere come “inesauribile”⁴, la funzione

¹ Nella vastissima letteratura sull’argomento, si vedano più di recente M. MAZZAMUTO, *Contratti pubblici di diritto privato*, in *Dir. ec.*, 2022, 2, 11 ss.; F. PUBUSA, *La rilevanza della funzione amministrativa sui contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2022; A. CASSATELLA, *Pubblica amministrazione e diritto privato nel pensiero di Antonio Amorth*, in *Dir. amm.*, 2, 2021, 335 ss. Tra i contributi meno recenti, si vedano C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, 172 e ss.; e F. CANGELLI, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, 2004, 198 e ss.

² Sulla nozione del potere amministrativo come “dovere” si veda S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, 2016, in particolare alle pp. 28 e ss., ove si ricorda che il potere amministrativo è la capacità che consente ma anche “impone” di agire sempre attraverso atti idonei a produrre effetti finalizzati alla cura di interessi pubblici, il cui esercizio, quale strumento per l’attuazione di un interesse che non è proprio del suo titolare ma della collettività di riferimento, assume carattere “doveroso” ogni qual volta esigenze di cura dell’interesse pubblico si manifestino in concreto.

³ Cfr. M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, 193.

⁴ Cfr. G. CORSO, *L’efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1969, 336, che sostiene la tesi «dell’unità del potere che si esplica nella successione di due atti, il secondo dei quali revoca o annulla o riforma o convalida il primo. Il meccanismo è il seguente: c’è un potere potenzialmente inesauribile, che sopravvive all’atto che ne costituisce l’esercizio; c’è un atto che ne costituisce esercizio; c’è un ulteriore atto di esercizio di esso, che può spiegarsi in direzione antitetica a quella dell’atto precedente (annullamento, revoca), o in direzione parzialmente difforme (riforma), o nella stessa direzione, ma con un rafforzamento della efficacia che si realizza tramite l’eliminazione di un vizio che rende il primo atto precario (convalida)». Alle stesse conclusioni giunge A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, 1991, 82, che precisa come «l’espressione *riesercizio della funzione* appare inadeguata perché presuppone uno iato, una interruzione. Sembra invece più corretto affermare che *la funzione non si rieserciti, ma continui ad esercitarsi nel riesame del fatto e del rapporto*».

amministrativa⁵ può essere riesercitata un numero indefinito di volte sia per rivedere precedenti decisioni amministrative sia per rieditare il potere dopo una pronuncia giudiziale di annullamento dell'atto amministrativo. Il potere amministrativo, caratterizzato dall'inesauribilità, preesiste e sopravvive al suo esercizio, non si stabilizza ma muta al mutare delle circostanze cui si adatta, così da perseguire senza soluzione di continuità l'interesse pubblico⁶.

Orbene, la ricostruzione dell'atto amministrativo, come atto revocabile e annullabile in qualsiasi momento, ha impedito di impiantare tra le regole che ne definiscono lo statuto giuridico un generale principio di stabilità dell'atto, che, invece, si rivela centrale nella ricostruzione del regime normativo del contratto (cfr. art. 1372, c.c.) e della sentenza del giudice (cfr. art. 2909, c.p.c.).

Sono note, infatti, le difficoltà con le quali si sono fronteggiati i tentativi di estendere all'atto e al potere amministrativo categorie elaborate dalla processualciviltistica, quali la nozione di cosa giudicata, e con esso gli effetti di stabilità e di immodificabilità che caratterizzano la sentenza del giudice⁷. Da tale angolo prospettico, il carattere mutevole del provvedimento amministrativo costituisce, dunque, la principale ragione del mancato adattamento all'atto amministrativo della categoria del giudicato propria della sentenza del giudice⁸.

⁵ Per la ricostruzione del concetto di funzione amministrativa si vedano le voci enciclopediche di F. BENVENUTI, *Funzione (teoria generale)*, in *Enc. giur.*, vol. XIV, Roma, 1989; G. MARONGIU, *Funzione (amministrativa)*, *ivi*; G. MIELE, *Funzione pubblica*, in *Noviss. dig. it.*, vol. VII, Torino, 1971, 686 ss.; F. MODUGNO, *Funzione*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Milano, 1969, 301 ss.; G. NAPOLITANO, *Funzioni amministrative*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. III, Milano, 2006, 2631 ss. Tra le opere monografiche si possono citare F. BASSI, *Contributo allo studio della funzione pubblica*, Milano, 1969; M.A. CARNEVALE VENCHI, *Contributo allo studio della funzione pubblica*, I-II, Padova, 1969-1974.

⁶ A. POLICE, *Dai silenzi significativi ai poteri sostitutivi. Una nuova dimensione per il dovere di provvedere della P.A.*, in A. RALLO, A. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *I rimedi contro la cattiva amministrazione: Procedimento amministrativo ed attività produttive imprenditoriali*, Napoli, 2016, 31 e ss., segn. 34, secondo cui «la inesauribilità del potere è strettamente connaturata alla funzione amministrativa ed alla sua preordinazione al perseguimento degli interessi della collettività».

⁷ Per una ricostruzione si veda B. SORDI, *Il tempo e lo spazio nell'attività amministrativa nella prospettiva storica*, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 32, Milano, 2003, 353 e ss., spec. p. 362 e ss.; *ivi* si richiamano S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, voce *Poteri, Potestà*, 186, nonché F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, s.d., 165.

⁸ Categoria del giudicato proposta con il termine corrente di *Rechtskraft* anche per l'atto amministrativo dalle riflessioni della giuspubblicistica di lingua tedesca nel tardo ottocento e agli inizi del novecento. Il riferimento è alla nota teoria dell'affermazione della "forza di diritto" anche rispetto all'atto amministrativo, nel contesto di una più generale teoria unitaria di tutti gli atti del pubblico potere, senza distinzioni tra amministrazione e giurisdizione, il cui principale fautore è Adolf Merkl, nella nota opera A. MERKL, *Zum Problem der Rechtskraft in Justiz und Verwaltung*, 1919, in Id., *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano ed altri saggi*, Milano, 1987, 327 ss. In dottrina, nel senso dell'impossibilità di riferire all'atto amministrativo la teorica della cosa giudicata materiale M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, cit., 187.

Ciò induce ad affermare un principio generale, opposto a quello operante nel diritto civile e processuale, di “instabilità” dell’atto amministrativo, in quanto funzionale al soddisfacimento costante e ininterrotto dell’interesse pubblico.

In tale contesto, influisce proprio la natura non monolitica e relativistica tipica dell’interesse pubblico⁹, accentuata specialmente in un moderno contesto storico, economico e sociale sempre più caratterizzato dalla fluidità e dalla moltiplicazione degli interessi gestiti dall’amministrazione¹⁰. Tanto più, infatti, l’interesse pubblico da perseguire da parte dell’amministrazione assume carattere variabile, tanto più l’atto amministrativo dovrà essere modificabile, rivedibile e annullabile in ogni tempo, per essere adattato alle continue modifiche che connotano l’interesse pubblico. Il che conferma che anche la tutela della stabilità dei rapporti giuridici amministrativi non può mai tradursi in un principio generale e assoluto di intangibilità e di irrevocabilità dell’atto amministrativo, dovendo soccombere di fronte alla necessità di perseguire l’interesse pubblico¹¹.

Ciò posto, occorre prendere atto che il tratto tipico dell’inesauribilità del potere, come detto strumentale alla cura dell’interesse pubblico, ha influenzato il rapporto tra amministrazione e privato sotto due diversi angoli visuali.

Da una parte, è noto che proprio il percorso teorico fondato sull’idea dell’inesauribilità del potere ha consentito di giustificare il riconoscimento in capo all’amministrazione di un generale potere di riesame, in termini coerenti con il principio di legalità, in un contesto normativo, quale quello precedente al 2005, caratterizzato dalla mancanza di regole di diritto positivo che attribuissero i poteri di autotutela; soltanto in seguito, infatti, sono state introdotti gli artt. 21-*quater*, 21-*quinquies* e 21-*nonies*, che hanno espressamente disciplinato la sospensione, la revoca, l’annullamento d’ufficio e la convalida¹². Dall’altra parte, l’esigenza di curare

⁹ Cfr. M. SPASIANO, *Potere amministrativo e interesse pubblico nell’evoluzione del pensiero giuridico e filosofico*, in L. Giani, M. Immordino, F. Manganaro (a cura di), *Temi e questioni di diritto amministrativo*, Napoli, 2019, 18.

¹⁰ F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull’amministrazione pubblica*, in Id., *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 181 e ss., 185, secondo il quale «ai fini della determinazione o decisione discrezionale l’amministrazione assume come misura di valore l’interesse pubblico, del quale nella legge si ha soltanto un’indicazione tipica: più precisamente, non l’interesse pubblico generale ed ancor meno il quasi mitico *Gemeinwohl*, ma un interesse che, sia pure entro in limiti del tipo risultante dalla legge, l’amministrazione stessa pone come esigenza storica reale, modellandolo sull’impronta di una situazione di fatto concretamente individuata»; cfr. B. SORDI, *Il tempo e lo spazio nell’attività amministrativa nella prospettiva storica*, cit., 362.

¹¹ A. CONTIERI, *Il riesame*, cit., 1991, 155. M. IMMORDINO, *Riesame dell’atto ad esito conservativo e situazioni giuridiche soggettive dei privati interessati*, in L. Giani, M. Immordino, F. Manganaro (a cura di), *Temi e questioni di diritto amministrativo*, Napoli, 2019, 229.

¹² F. BENVENUTI, *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 539 e ss., ora in *Scritti giuridici*, Milano, 2006, che qualifica l’autotutela decisoria come “concetto di carattere generale” (p. 541). Nello stesso senso B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, Padova, 1993, 352, che riferisce dell’autotutela come di un “potere generale” che “pur non essendo normativamente previsto da alcuna disposizione di diritto positivo, è sicuramente presente come principio implicito”. Qualifica il provvedimento di secondo grado come «manifestazione di potestà generali che l’amministrazione possiede per dare ordine alla propria attività» anche M.S. GIANNINI, *Diritto*

costantemente l'interesse pubblico ha anche fondato la tesi dell'inesauribilità del potere nei rapporti tra la pronuncia del giudice amministrativo e la successiva riedizione del potere¹³. Sotto l'egida del principio di separazione dei poteri, si è ritenuto che, all'esito del giudizio amministrativo, il riesercizio del potere amministrativo fosse in generale fatto salvo, in quanto non consumato per effetto di una pronuncia giudiziale di annullamento dell'atto amministrativo. L'immediato corollario di tale impostazione è la possibilità teorica di rieditare il potere, finanche un numero potenzialmente infinito di volte, in seguito a una sentenza del giudice amministrativo¹⁴.

Sia il riesame dell'atto amministrativo sia la generale ammissibilità della riedizione del potere in seguito a una pronuncia di annullamento giurisdizionale hanno ricadute negative, oltre che in termini di diminuita effettività della tutela giurisdizionale, anche rispetto alla stabilità del rapporto giuridico tra l'amministrazione e il singolo, minata dall'incertezza e dall'indeterminatezza che caratterizzano il riesercizio della funzione amministrativa nel procedimento di secondo grado o conseguente a un giudicato. In definitiva, in almeno due diversi settori, quali quelli del riesame dell'atto amministrativo e della riedizione del potere successiva al giudicato, il carattere funzionale ed inesauribile del potere ha ostacolato il riferimento ad esso di canoni quali la conservazione, il consolidamento degli effetti, la stabilità e l'immodificabilità dei rapporti, impedendo di configurare in capo al privato una pretesa generale ed assoluta all'invariabilità e alla stabilità di ogni situazione giuridica soggettiva favorevole sorta da un provvedimento amministrativo.

Al modello di atto amministrativo e all'assetto dei rapporti tra amministrazione e singolo appena delineati, si affiancano alcune regole, più o meno recenti, che consentono di delineare un cambio di paradigma nella definizione dello statuto giuridico dell'atto amministrativo nel solco di logiche coerenti con i valori del c.d. "risultato" amministrativo ovvero del c.d. "mercato"; valori che vengono importati da altri campi del diritto e del sapere (privato economico-

amministrativo, II, Milano, 1993, 552. La tesi dell'inesauribilità del potere è espressa chiaramente dai già citati G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, cit., 336, e A. CONTIERI, *Il riesame*, cit., 82, che precisa come «l'espressione riesercizio della funzione appare inadeguata perché presuppone uno iato, una interruzione. Sembra invece più corretto affermare che la funzione non si rieserciti, ma continui ad esercitarsi nel riesame del fatto e del rapporto». In senso critico, M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018, 168 e ss., il quale rileva come la necessità di curare l'interesse pubblico se può rappresentare una spiegazione *ex post* di un fenomeno dell'inesauribilità del potere, cionondimeno non ne può essere anche un valido fondamento.

¹³ In tema, M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità*, cit., 206 e ss.

¹⁴ Con riguardo al tema dell'inesauribilità del potere può essere utile rammentare il comma 8-*bis* dell'art. 2, della legge n. 241 del 1990, introdotto dal d.l. n. 76 del 2020, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 120 del 2020, che prevede l'inefficacia delle «determinazioni relative ai provvedimenti, alle autorizzazioni, ai pareri, ai nulla osta e agli atti di assenso comunque denominati, adottate dopo la scadenza dei termini di cui agli articoli 14-*bis*, comma 2, lettera c), 17-*bis*, commi 1 e 3, 20, comma 1, ovvero successivamente all'ultima riunione di cui all'articolo 14-*ter*, comma 7, nonché i provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti, di cui all'articolo 19, commi 3 e 6-*bis*, primo periodo, adottati dopo la scadenza dei termini ivi previsti».

aziendalistico, politico, sociologico etc.) e che, pertanto, possono risultare estranei al codice genetico proprio del diritto pubblico. Può dirsi, tuttavia, in generale che, specialmente alla luce di più recenti innovazioni normative, l'atto amministrativo appare inserito in una tendenza verso una maggiore conservazione e stabilizzazione del rapporto giuridico amministrativo, in un'ottica di certezza del diritto e di tutela dell'affidamento dei singoli¹⁵.

2. La stabilità dell'atto amministrativo tra inoppugnabilità e non annullabilità ex art. 21-octies, comma secondo, l. n. 241/90.

Ebbene, si è detto che proprio l'interesse pubblico, e il dovere di costante cura che ne deriva in capo all'amministrazione, costituisce il principale ostacolo per l'affermazione di principi di stabilità e di immodificabilità dell'atto amministrativo.

Tuttavia, anche la certezza dei rapporti amministrativi, cui corrisponde l'esigenza di stabilità e conservazione dell'atto amministrativo, può essere talvolta strumentale allo stesso interesse pubblico primario curato dall'amministrazione. Risponde a un'esigenza generale di interesse pubblico la regola per cui l'atto amministrativo, e più in generale il rapporto amministrativo, siano dotati di un certo grado di certezza onde garantire che i risultati dell'esercizio del potere non vengano messi in discussione e resi precari dalle contestazioni, provenienti da soggetti dell'ordinamento diversi dall'amministrazione, inerenti all'invalidità o all'inopportunità dell'atto. In tal senso, l'atto amministrativo deve quindi avere un livello di stabilità tale da favorire un maggior grado di fiducia e certezza degli operatori del mercato nei confronti della pubblica amministrazione come espressione di un valore generale, non soltanto a favore dei privati¹⁶. Basti, tra l'altro, considerare le ricadute negative che proprio l'instabilità del provvedimento amministrativo determina sul complessivo sistema economico e produttivo nazionale, quale possibile concausa del freno degli investimenti nei settori economici

¹⁵ Riferisce espressamente di una tendenza verso la "conservazione" degli atti giuridici e la stabilità degli atti amministrativi, M. IMMORDINO, *op. ult. cit.*, 239. È interessante notare che si tratta di una tendenza opposta a quella che ha riguardato, specie di recente, oltre alla legge, soprattutto il giudicato, sempre più esposto a fenomeni di erosione diretti a instaurare caratteri di incertezza e instabilità incompatibili con i tradizionali tratti di cogenza e immutevolezza che l'hanno sempre caratterizzato; cfr. F. FRANCIOSI, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, in *www.federalismi.it*, 2017, 13, evidenzia come l'instabilità e l'incertezza della legge e del giudicato siano tendenze in atto e che, nonostante il più instabile di tutti sia sempre l'atto amministrativo, «nel caso dell'attività amministrativa si riscontra una linea di tendenza esattamente inversa, volta a irrobustire e irrigidire il livello di stabilità e certezza delle decisioni amministrative. Il che è singolare non solo per la controtendenza in sé considerata, ma anche perché fino ad oggi, rispetto agli atti degli altri pubblici poteri, l'atto amministrativo è stato sempre strutturato come quello caratterizzato dal più basso valore di resistenza alla modificabilità e dalla massima flessibilità possibile della decisione».

¹⁶ S. PUDDU, *La tutela dell'affidamento del cittadino nel quadro delle trasformazioni del sistema amministrativo*, in *Resp. civ. e prev.*, 2021, 5, 1767 e ss.; cfr. A. MEALE, *Autotutela della pubblica amministrazione tra affidamento del privato e garanzia degli investimenti*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

principalmente coinvolti dall'azione pubblica¹⁷. Vi sono quindi delle limitazioni alla possibilità che l'atto amministrativo venga caducato per effetto di contestazioni provenienti dai privati. Tra queste appaiono maggiormente significative, da un lato, la previsione dell'inoppugnabilità dell'atto amministrativo e, dall'altro, la regola contenuta nel comma secondo dell'art. 21-*octies*, l. n. 241 del 1990.

Così, l'esigenza di funzionalizzazione dell'azione pubblica giustifica la regola generale secondo cui anche l'atto amministrativo invalido produce i medesimi effetti dell'atto giuridico valido e perfetto¹⁸.

Si tratta, evidentemente, di effetti precari, perché sempre rimovibili per effetto di un ricorso giurisdizionale o del riesame amministrativo con esito demolitorio. La precarietà degli effetti prodotti dall'atto invalido è però ridimensionata dalla regola dall'inoppugnabilità dell'atto amministrativo garantita dalla previsione di un breve termine decadenziale di impugnazione¹⁹. È significativo, del resto, che l'art. 31, co. 4, c.p.a. abbia previsto che persino per l'azione di accertamento della nullità del provvedimento amministrativo, normalmente soggetta alla regola dell'imprescrittibilità, possa proporsi entro il termine massimo di centottanta giorni. Per profili diversi, può dirsi rispondente alla medesima logica di

¹⁷ A. POLICE, *Dai silenzi significativi ai poteri sostitutivi. Una nuova dimensione per il dovere di provvedere della P.A.*, cit., 34. Cfr. M. TRIMARCHI, *Stabilità del provvedimento e certezze dei mercati*, in *Dir. amm.*, 2016, 3, 321 e ss.

¹⁸ Regola «imposta dalle stesse ragioni di economia e di certezza giuridica che stanno a fondamento della sanatoria»; cfr. G. CORSO, *L'efficacia*, cit., 111.

¹⁹ M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, 188 e 189, che ricollega l'inoppugnabilità all'imperatività dell'atto amministrativo, rilevando che «il fondamento dell'inoppugnabilità si ravvisa normalmente in una ragione pratica: il bisogno di permettere all'amministrazione di procedere speditamente, senza essere esposta troppo a lungo al rischio di impugnative del proprio provvedimento» e che «l'inoppugnabilità non è affatto un tratto necessario e ineliminabile dell'imperatività, ma è piuttosto un istituto di diritto positivo, che serve a rafforzare ancor più la posizione della amministrazione». Sull'inoppugnabilità dell'atto amministrativo G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento*, cit., 413 e ss.; P. STELLA RICHTER, *L'inoppugnabilità*, Milano, 1970. Valorizza il carattere dell'inoppugnabilità nella ricostruzione del regime proprio dell'atto amministrativo J. BERCELLI, *La teoria degli atti confermativi. Tra interesse legittimo del richiedente e interesse legittimo del controinteressato*, Napoli, 2012, segn. 203. L'inoppugnabilità descrive una caratteristica estrinseca dell'atto in quanto dipendente da una norma esterna di diritto positivo operante sul processuale, che viene prevista a tutela dell'interesse pubblico della stessa amministrazione alla continuità dell'azione amministrativa e alla stabilità dei suoi effetti in un'ottica di garanzia della certezza del diritto. M. IMMORDINO, *Riesame dell'atto ad esito conservativo*, cit., 233-234, secondo la quale «che l'inoppugnabilità [...] si collochi al di fuori del riesame è pacifico, unanimemente riconosciuto. L'istituto opera infatti soltanto sul piano giustiziale, e l'effetto di conservazione dell'atto discende non dall'esercizio di un potere della competente amministrazione, ma dal mancato esercizio da parte del titolare del potere di impugnazione dell'atto, in sede giurisdizionale o amministrativa, entro il prescritto termine decadenziale. Termine il cui fine precipuo consiste nella garanzia della continuità dell'azione amministrativa, funzionalizzata al perseguimento di un pubblico interesse attraverso la previsione di un meccanismo che mette al riparo i provvedimenti a rischio di invalidità da eventuali futuri ricorsi, una volta trascorso un breve lasso di tempo, così garantendo, con la stabilità degli effetti dell'atto, la certezza del diritto, cui corrisponde una posizione di legittimo affidamento del controinteressato». È interessante notare come l'esigenza di stabilità del provvedimento, sottesa alla regola dell'inoppugnabilità dell'atto amministrativa, sia avvertita al punto da una parte della giurisprudenza che, oltre a escludere l'obbligo di riesame dell'atto divenuto inoppugnabile, afferma che è addirittura inammissibile l'impugnativa del diniego di autotutela del medesimo atto (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 13 agosto 2020, n. 5010).

salvaguardia dell'interesse pubblico anche la previsione, inserita nell'art. 30, c.p.a., di un termine decadenziale per la proposizione della domanda risarcitoria nei confronti dell'amministrazione, che, sebbene non abbia portata caducante dell'atto, potrebbe, in assenza di limitazioni temporali, comunque compromettere *sine die* l'interesse finanziario dell'amministrazione²⁰.

Tuttavia, anche l'inoppugnabilità non determina la sanatoria dell'atto illegittimo e quindi non impedisce né la rimozione dell'atto in autotutela da parte della stessa amministrazione, per effetto di una revoca o di un annullamento d'ufficio, né la sua disapplicazione da parte del giudice ordinario²¹. La generale "mutabilità" del rapporto giuridico amministrativo non viene quindi esclusa dall'inoppugnabilità dell'atto amministrativo, che pure è imposta per ragioni di certezza del diritto, nella prevalente ottica del perseguimento dell'interesse pubblico primario. L'atto amministrativo, infatti, pure essendo posto al riparo da un possibile annullamento giurisdizionale conseguente a un ricorso proposto da un privato, non è sottratto del tutto all'instabilità e all'incertezza che derivano dall'esercizio dei poteri di riesame. Rimane, quindi, in capo all'amministrazione la disponibilità dell'atto e dei suoi effetti.

Sotto altro profilo, la stabilità dell'atto amministrativo è presidiata dalla regola dell'irrelevanza dei vizi formali e procedurali contenuta nell'art. 21-*octies*, comma secondo, l. n. 241/90. È noto come tale norma si ponga al termine di un percorso che ha variamente coinvolto l'interprete nella ricerca di una valvola di sicurezza al sistema delle invalidità dell'atto amministrativo. La norma costituisce una risposta al tentativo di evitare che la sola violazione di regole formali, in astratto sempre cogenti, sull'esercizio del potere porti all'invalidazione dell'atto amministrativo che risulti, su un piano sostanziale, corretto e rispondente all'interesse pubblico. Nel passaggio da una teorica formale della legittimità a una teorica "di risultato"²², l'art. 21-*octies*, comma secondo, impedisce l'annullamento dell'atto quando, nonostante la violazione di legge formale, per la sua natura vincolata, il contenuto dispositivo dell'atto non avrebbe comunque potuto essere diverso da quello in concreto adottato; ovvero ove l'amministrazione dimostri in giudizio che, nonostante l'omessa comunicazione dell'atto, l'atto amministrativo sarebbe stato comunque adottato con lo stesso contenuto decisionale. È

²⁰ G. TAGLIANETTI, *L'azione risarcitoria per lesione di interessi legittimi tra garanzie di giustizia ed esigenze di certezza*, in *Il processo*, 2022, 1, 101 e ss.

²¹ Sulla disapplicazione da parte del giudice ordinario dell'atto inoppugnabile, si vedano E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950, 139; F. CINTIOLI, *Disapplicazione*, in *Enc. dir.*, Milano, Ann. III, 2010, 274 e ss.; sul tema disapplicazione si veda anche S. PERONGINI, *La disapplicazione e le invalidità che ne costituiscono il presupposto*, in AA. VV., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Napoli, 2020, 3991 e ss. In giurisprudenza, per la disapplicazione dell'atto amministrativo inoppugnabile, Cassazione civile, Sez. trib., 5 marzo 2004, n. 4567, in *Giur. it.*, 2004, 2203.

²² Sull'affermazione della "teorica del risultato" nella definizione dei vizi non invalidanti, nel contesto normativo precedente all'introduzione dell'art. 21-*octies*, comma secondo, l. n. 241/90, si veda A. POLICE, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. amm.*, 2003, fasc. 4, 735 e ss.

significativo, inoltre, che la regola dell'art. 21-*octies*, comma secondo, sia stata estesa anche per l'annullamento d'ufficio. Ebbene, in disparte la natura sostanziale o processuale della norma²³, l'art. 21-*octies*, comma secondo, l. n. 241 del 1990, tramite la “dequotazione” dei vizi di legittimità formali, favorisce, dunque, l'affermazione di un principio di stabilità dell'atto amministrativo. In tal caso, la stabilità dell'atto amministrativo, in tanto è assicurata, in quanto l'atto, sebbene invalido, risponde comunque al dovere di cura dell'interesse pubblico²⁴, ovvero al “risultato” prefigurato dalla legge attributiva del potere. Tuttavia, va pure considerato che, secondo la tesi prevalente, anche nei casi dell'art. 21-*octies*, comma secondo, l'atto, sebbene “non annullabile”, rimane comunque illegittimo, e quindi affetto dalla precarietà che caratterizza gli effetti di un atto invalido. Non è ad esempio da escludere che lo stesso atto venga disapplicato dal giudice ordinario.

Tra l'altro, la non annullabilità dell'atto dipende da una valutazione circa l'irrilevanza dei vizi di invalidità rimessa alla decisione, per natura incerta e variabile, del giudice amministrativo. Ad ogni modo, al pari dell'inoppugnabilità, anche l'art. 21-*octies*, comma secondo, evidenzia che, quand'anche disposta dal legislatore, la stabilità dell'atto amministrativo risulta sempre funzionale all'interesse della stessa amministrazione, e solo indirettamente alla garanzia dei singoli coinvolti nell'azione amministrativa e destinatari degli effetti favorevoli dell'atto amministrativo.

3. La stabilità del rapporto giuridico amministrativo e i limiti all'autotutela.

La costante modificabilità-revocabilità dell'atto non viene rimossa né dalla regola dell'inoppugnabilità dell'atto derivante dalla scadenza di un termine decadenziale per proporre ricorso giurisdizionale, né dall'art. 21-*octies*, comma secondo, l. n. 241/90, che, come anticipato, pure rispondono entrambi alla finalità di offrire un certo grado di certezza al rapporto giuridico sorto dall'atto amministrativo principalmente per scopi di “conservazione” dell'atto a tutela dell'interesse pubblico, e solo indirettamente degli interessi dei privati.

²³ Sul tema, nella vastissima letteratura, la tesi della natura sostanziale è sostenuta più di recente da M. DUGATO, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, in *Munus*, 2020, 49. Si vedano già F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-*octies*, l. n. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve*, in *Giust. amm.*, 2005, n. 4, 20, segn. p. 27. Riferiscono di sanatoria dell'atto, A. ROMANO TASSONE, *Prime osservazioni sulla legge di riforma della l. n. 241/1990*, in *www.giustamm.it*; E. PICOZZA, *La nuova legge sull'azione e sul procedimento amministrativo. Considerazioni generali. I principi di diritto comunitario e nazionale*, in *Cons. Stato*, 2005, II, 1433; M. D'ORSOGNA, voce *Sanatoria dell'atto amministrativo*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, Milano, 2006, 5406 e ss., e segn. p. 5411, che parla di “sanatoria processuale”. Sul fronte opposto la tesi della natura solo processuale dell'art. 21-*octies*, comma secondo, è sostenuta G. BERGONZINI, *Art. 21-*octies* della legge n. 241 del 1990 e annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, nonché in *Dir. amm.*, 2007, fasc. n. 2, 231 e ss.

²⁴ In argomento, R. CAVALLO PERIN, *La cura dell'interesse pubblico come dovere istituzionale che esclude l'annullamento dell'atto amministrativo per violazione di legge*, in *Dir. amm.*, 2022, 1, 119 e ss.

In altri termini, l'instabilità continua a connotare l'atto amministrativo, nonostante la sua non impugnabilità o non annullabilità nei casi previsti dall'art. 21-*octies*, comma secondo, l. n. 241/90, ed è anzi accentuata anche dalla possibilità che l'atto sia rimosso in autotutela.

In una direzione opposta, nel senso dell'affermazione di un principio di conservazione dell'atto amministrativo, assumono, però, importanza decisiva le modifiche normative che hanno introdotto alcuni limiti all'esercizio dei poteri di annullamento d'ufficio, di revoca e di sospensione dell'atto amministrativo.

V'è stato, anzitutto, l'inserimento nell'art. 21-*nonies* della previsione secondo cui restano ferme le "responsabilità" connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo²⁵. A fronte di un atto illegittimo, l'amministrazione è chiamata a valutare se appare più conveniente annullare o meno l'atto d'ufficio, onde evitare le conseguenze in termini di responsabilità che ne derivano. Secondo una impostazione teorica, proprio il richiamo delle "responsabilità" dovrebbe indurre l'amministrazione a preferire la conservazione dell'atto illegittimo, tramite la sua sanatoria, invece della sua eliminazione, onde ovviare alle conseguenze negative che derivano dall'emanazione di un atto invalido²⁶.

Sono state poi introdotte limitazioni all'annullamento d'ufficio sotto il profilo temporale, con la fissazione, da ultimo, di un termine massimo perentorio di dodici mesi per l'annullamento di atti autorizzativi e attributivi di vantaggi economici²⁷; e infine con la restrizione dell'ambito applicativo dell'autotutela, che può riguardare soltanto i provvedimenti illegittimi fuori dai casi di cui all'art. 21-*octies*, comma secondo, l. n. 241 del 1990.

È significativo come, a fronte di modifiche previste soltanto per il comma primo dell'art. 21-*nonies*, l. n. 241 del 1990, il comma secondo dell'art. 21-*nonies* sulla convalida non abbia subito alcuna riforma, che ponesse limitazioni al potere di riesame con esito sanante; e ciò a conferma di una preferenza di sistema per l'autotutela conservativa rispetto a quella demolitoria dell'atto.

²⁵ Si vedano le modifiche introdotte per effetto del c.d. decreto Sblocca Italia, d.l. n. 133 del 2014, conv. con modificazioni nella legge n. 164 del 2014.

²⁶ S. TUCCILLO, *Contributo*, cit., p. 199 secondo cui «l'amministrazione non è più chiamata a valutare se ripristinare la legalità violata o sacrificare gli interessi consolidati, ma anche a soppesare le conseguenze in punto di responsabilità della decisione di non modificare l'assetto degli interessi. In tale ultimo senso si apprezzerà maggiormente la doverosità del ricorso allo strumentario dell'autotutela ad esito conservativo che consente al contempo di ripristinare la legalità violata, conservare inalterato l'assetto degli interessi e evitare la condotta contra legem fonte di responsabilità».

²⁷ Termine che fu introdotto dalla legge n. 124 del 2015 nella misura di diciotto mesi, poi ridotto a dodici mesi dal d.l. n. 77 del 2021 conv. in l. n. 108 del 2021, e che pacificamente viene qualificato come perentorio già nel parere del Consiglio di Stato 2016, Adunanza della Commissione speciale, 30 marzo 2016, n. 839. L'art. 264, comma primo, lett. b), del d.l. n. 34/2020, conv. in l. n. 77/2020, ha invece previsto un'ulteriore riduzione a tre mesi del termine di annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi illegittimi, adottati in relazione all'emergenza Covid-19.

Sempre nell'ottica di favorire certezza e tutela del legittimo affidamento del singolo, anche i poteri di sospensione e di revoca sono stati sottoposti a limitazioni²⁸. La revoca non può essere disposta per rivalutazione dell'interesse pubblico originario rispetto a provvedimenti di autorizzazione e di attribuzione di vantaggi economici; mentre nel caso di mutamento della situazione di fatto originaria la revoca può essere esercitata solo ove tale mutamento fosse imprevedibile alla data di adozione dell'atto di primo grado. Rispetto alla sospensione, invece, si è previsto che non possa essere disposta o perdurare oltre i termini per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio, assoggettando anche tale potere a una limitazione temporale determinata, corrispondente al termine decadenziale massimo previsto per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio; termine, peraltro, da indicarsi espressamente nell'atto che dispone la sospensione (art. 21-*quater*, comma 2, l. n. 241 del 1990).

Ebbene, anche le limitazioni introdotte al potere di autotutela si pongono in linea con questa tendenza verso la stabilizzazione del rapporto giuridico amministrativo²⁹. Invero, se si ammette la natura dell'art. 21-*nonies*, quale norma di relazione che ha introdotto un potere di

²⁸ Si vedano le modifiche alla disciplina della revoca e della sospensione, introdotte rispettivamente all'art. 21-*quinquies*, comma primo, l. n. 241 del 1990, dall'art. 25, comma primo, lettera b-*ter*), d.l. n. 133 del 2014, conv. con modificazioni in l. n. 164 del 2014, e all'art. 21-*quater*, comma secondo, l. n. 241/90, introdotte dall'art. 6, legge n. 124 del 2015. Tra le modifiche alla disciplina della revoca, si rammenti che l'art. 21-*quinquies*, comma primo, l. n. 241 del 1990, come modificato dall'art. 25, comma primo, lettera b-*ter*), d.l. n. 133 del 2014, conv. con modificazioni in l. n. 164 del 2014, secondo cui 1) la revoca non può essere disposta per rivalutazione dell'interesse pubblico originario rispetto a provvedimenti di autorizzazione e di attribuzione di vantaggi economici, ovvero 2) la revoca per mutamento della situazione di fatto originaria può essere esercitata solo ove il mutamento fosse imprevedibile alla data di adozione dell'atto di primo grado. Rispetto alla sospensione, invece, si è previsto che non possa essere disposta o perdurare oltre i termini per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio. A tal riguardo, rileva M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, cit., 196, che le limitazioni ai poteri di autotutela «non si ispirano soltanto alla logica della buona fede oggettiva – che ancora la tutela dell'affidamento alla correttezza dell'azione amministrativa (e quindi all'obbligo di prendere in considerazione l'interesse del privato all'interno dei procedimenti di riesame) e accorda al tempo trascorso tra l'adozione del provvedimento e il procedimento di ritiro il valore di fonte del dovere di correttezza in capo all'amministrazione – bensì anche logica della certezza del diritto a protezione di diritti individuali, nel senso che il provvedimento acquista una stabilità propria, indipendentemente dalla comparazione degli interessi, sulla base di una valutazione generale ed astratta del legislatore che mette fuori gioco la discrezionalità amministrativa».

²⁹ Il Consiglio di Stato nel citato parere dell'Adunanza della Commissione speciale del 30 marzo 2016, n. 839, ha osservato come «questo Consiglio di Stato ritiene che tale confine temporale introduca un “nuovo paradigma” nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione: nel quadro di una regolamentazione attenta ai valori della trasparenza e della certezza, il legislatore del 2015 ha fissato termini decadenziali di valenza nuova, non più volti a determinare l'inoppugnabilità degli atti nell'interesse dell'amministrazione, ma a stabilire limiti al potere pubblico nell'interesse dei cittadini, al fine di consolidare le situazioni soggettive dei privati. In altri termini, ad avviso della Commissione Speciale, è possibile affermare che la legge n. 124, con la novella all'art. 21-*nonies* della legge n. 241, abbia introdotto una nuova “regola generale” che sottende al rapporto tra il potere pubblico e i privati: una regola di certezza dei rapporti, che rende immodificabile l'assetto (provvedimentale-documentale-fattuale) che si è consolidato nel tempo, che fa prevalere l'affidamento». A tal riguardo, si consideri che persino il potere di revoca d'ufficio è escluso per *ius poenitendi*, nell'ipotesi di provvedimenti ampliativi, di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici. Tale potere, tuttavia, è sempre esercitabile «per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto non prevedibile», ove è evidente come sia predominante l'esigenza di tutela dell'interesse pubblico rispetto all'interesse del singolo. Cfr. A. MEALE, *Autotutela della pubblica amministrazione tra affidamento del privato e garanzia degli investimenti*, in www.giustizia-amministrativa.it.

annullamento d'ufficio a termine, si potrebbe addirittura riconoscere al privato un “*diritto alla stabilità*”³⁰ del provvedimento una volta decorso il termine massimo per l'esercizio del potere di autotutela demolitoria.

Tanto ha portato a rievocare la categoria del giudicato con riferimento agli atti amministrativi ampliativi³¹, o, comunque, a evidenziare uno “sbilanciamento” eccessivo in favore di esigenze di certezza e di stabilità degli interessi economici privati a totale discapito della tutela dell'interesse pubblico presidiato dal riesame demolitorio³².

Per altro verso, tuttavia, non si può neppure del tutto sminuire l'importanza che assume l'interesse pubblico nella disciplina dei poteri di autotutela. Anzi, proprio il dovere di curare l'interesse pubblico consente e, soprattutto, impone all'amministrazione, nonostante le limitazioni introdotte rispetto al riesame demolitorio, di rivedere la propria decisione con effetto anche pregiudizievole nei confronti dei privati. Così, le ragioni della “prevalenza” dell'interesse pubblico risultano evidenti nell'ambito della disciplina della revoca, ove, ai sensi dell'art. 21-*quinquies*, l. n. 241/90, al privato spetta un mero indennizzo che, oltre ad essere parametrato al solo danno emergente, è per di più corrisposto tenendo conto «dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico» e «dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico»³³.

Una conferma della predominanza dell'esigenza di cura dell'interesse pubblico si ha, del resto, ove si tenga conto della disciplina dettata in materia di accordi amministrativi. Eloquentemente in tal senso appare quanto prevede l'art. 11, l. n. 241 del 1990, che consente sempre all'amministrazione di recedere dall'accordo «per sopravvenuti motivi di pubblico interesse». Sicché, persino in presenza di un accordo che, per la sua struttura bilaterale, dovrebbe avere maggiori caratteri di “stabilità”, si consente comunque all'amministrazione di rimediare al carattere vincolante dell'atto, recedendo da esso, quando ciò sia necessario per la cura dell'interesse pubblico.

³⁰ In termini, M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto d'equilibrio*, in *Riv. Giur. Urb.*, 2016, 1, p. 112. A tal riguardo, si potrebbe discutere se a fronte di un interesse alla stabilità, che da taluno viene addirittura qualificato quale oggetto di un “diritto soggettivo”, si può discutere se l'interesse pubblico all'eventuale rimozione dell'atto possa davvero ritenersi sempre preminente rispetto all'interesse privato. Nello stesso senso parla di “*norma di relazione*” anche, P. OTRANTO, *Autotutela decisoria e certezza giuridica tra ordinamento nazionale e sovranazionale*, in *www.federalismi.it*, 13 maggio 2020, 14/2020, p. 244.

³¹ Così, P.L. PORTALURI, *Il nuovo diritto procedimentale nella riforma della p.A.: l'autotutela (profili interni e comunitari)*, in *Federalismi.it*, 2016, 20, segn. p. 2, secondo cui «La norma ha novellato l'art. 21-*nonies*, l. n. 241/90 in tema di annullamento d'ufficio, introducendo – decorsi 18 mesi – una vera e propria *materielle Rechtskraft* dei provvedimenti autorizzativi o attributivi di vantaggi economici (come pure – nel caso della SCIA – per la preclusione all'adozione di atti repressivi, inibitori o conformativi)».

³² S. TUCCILLO, *Potere di riesame*, cit., segn. 139.

³³ Cfr. A. MEALE, op. ult. cit., 3.

Va poi considerato che esistono anche ulteriori ipotesi di annullamento non soggette alle limitazioni temporali previste dall'art. 21-*nonies*, l. n. 241/90. Basti pensare all'annullamento straordinario degli atti degli Enti locali da parte del Governo che può avvenire “*in qualunque tempo*” sugli atti illegittimi (art. 138 del d.lgs. 267/2000-TUEL)³⁴; ovvero ancora all'annullamento da parte della Regione delle deliberazioni e dei provvedimenti comunali «...che autorizzano interventi non conformi a prescrizioni degli strumenti urbanistici o dei regolamenti edilizi o comunque in contrasto con la normativa urbanistico-edilizia vigente al momento della loro adozione»; annullamento che può intervenire entro dieci anni dall'adozione degli atti illegittimi, come previsto dall'art. 39 del d.p.r. n. 380/2001-T.U. dell'edilizia. Oppure ancora si pensi al potere di annullamento per motivi di legittimità riconosciuto al Ministro rispetto a provvedimenti o atti di competenza dei dirigenti, dall'ultimo periodo del comma terzo dell'art. 14, d.lgs. n. 165 del 2001.

Sotto altro profilo, inoltre, nell'attuale quadro dei rapporti tra amministrazione e cittadino, è significativo come non risulti possibile contrapporre all'interesse pubblico primario sotteso al potere di riesame la tutela del legittimo affidamento, alla stregua di un limite assoluto all'esercizio del riesame demolitorio. Il principio del legittimo affidamento opera, infatti, come mera “tecnica di bilanciamento” degli interessi incisi dall'autotutela³⁵, al pari degli altri interessi privati che, sebbene oggetto di obbligatoria ponderazione, appaiono comunque “secondari” rispetto all'interesse pubblico “primario” e prevalente.

Dalla prevalenza dell'interesse pubblico, si ricava che, nella ricostruzione dei poteri di riesame amministrativi, risulta ancora difficile affermare un principio assoluto di stabilità dell'atto amministrativo.

³⁴ Cfr. T.A.R. Liguria, Sez. I, 20.1.2012, n. 161, in *Foro amm.*, TAR, 2012, 1, 102, secondo cui «È ancora compatibile con l'attuale assetto costituzionale, anche in materia di governo del territorio, l'istituto dell'annullamento straordinario governativo di cui la figura generale è disciplinata all'art. 138, d.lg. 18 agosto 2000 n. 267».

³⁵ Da qui viene tracciata la differenza tra certezza del diritto e affidamento, per cui si veda A. TRAVI, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alla incentivazione ad attività economiche)*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016, 6 e ss., e segn. 14 e ss., ove si legge che «la certezza del diritto [...] presenta a ben vedere un nucleo precettivo preciso che esclude tendenzialmente ogni possibilità di compromessi: la relazione con interessi divergenti [...] viene affrontata nella logica di un conflitto, che deve risolversi, in quanto tale, secondo un criterio di prevalenza, e in questo conflitto il principio di certezza non può essere recessivo, perché altrimenti verrebbero posti in discussione alcuni valori fondanti (come la stessa continuità dell'ordinamento). Il principio di affidamento, invece, nella giurisprudenza risulta più flessibile, perché, come si è già accennato, introduce tipicamente una tecnica di bilanciamento: di conseguenza il suo sacrificio è senz'altro possibile, purché sia giustificato; la sua garanzia ultima è essenzialmente di ordine procedimentale». ID., *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. Pubbl.*, 2018, 1, 130. Cfr. altresì F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 3, 823 e ss., segn. 843, secondo la quale «l'affidamento non dà titolo alla conservazione del provvedimento favorevole, ma rende necessaria una valutazione il cui esito dipende dalle circostanze del caso».

Ciò appare del resto coerente anche con altre disposizioni che, nell'ambito dei rapporti con l'amministrazione, specie rispetto a titoli abilitativi impliciti o autocertificati, vedono i privati come soggetti sui quali far ricadere, in ossequio a un principio di autoresponsabilità, le conseguenze caducatorie derivanti da errori, lacune o falsità delle dichiarazioni rese dai singoli all'amministrazione; il fine è quello di contemperare l'esigenza di stabilità sottesa al provvedimento ampliativo con l'esigenza di evitare un uso fraudolento degli strumenti di semplificazione e liberalizzazione³⁶. Si pensi, a tal riguardo, all'art. 21-*nonies*, comma 2-*bis*, che esclude l'operatività del limite temporale di dodici mesi previsto per l'annullamento d'ufficio dei provvedimenti «conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato»; ovvero all'art. 75, d.p.r. n. 445 del 2000, che dispone, al comma primo, la decadenza del dichiarante dai benefici «eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera», e al comma 1-*bis*, la “*revoca ex tunc*” degli eventuali benefici già erogati in caso di “*dichiarazione mendace*”. Si tratta di norme che, al di là dell'evidente difetto di coordinamento tra loro, ingenerano numerosi dubbi e incertezze applicative sulla loro applicazione, con effetti pregiudizievoli soprattutto in termini di sfiducia degli operatori economici³⁷; e che, soprattutto, costituiscono un'ulteriore eccezione rispetto all'affermazione di un principio generale di stabilità del rapporto amministrativo.

4. La partecipazione del privato come fattore di stabilizzazione del rapporto giuridico amministrativo.

Nella prospettiva di un rafforzamento dei canoni di stabilità del provvedimento amministrativo, si possono citare anche altre previsioni, come quella dell'art. 10-*bis*, l. n. 241 del 1990, che mira a realizzare anch'essa un risultato di definitiva stabilizzazione del rapporto giuridico amministrativo.

Più in generale, l'art. 10-*bis*, l. n. 241 del 1990, si inserisce tra quelle regole volte ad affermare la più ampia partecipazione nel procedimento, nella forma specifica della c.d. partecipazione-contraddittorio, con valenza principalmente difensiva³⁸.

³⁶ Sul tema, M.A. SANDULLI, *La semplificazione della produzione documentale mediante le dichiarazioni sostitutive di atti e documenti e l'acquisizione d'ufficio*, in Id. (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, III ed., Milano, 2020, 181 e ss., e segn. 187-188; nonché Id., *La “trappola” dell'art. 264 del d.l. 34/2020 (“decreto Rilancio”) per le autodichiarazioni. Le sanzioni “nascoste”*, in www.giustiziainsieme.it, 2020.

³⁷ In termini, M.A. SANDULLI, *La “trappola” dell'art. 264*, cit., 7.

³⁸ Sul principio partecipativo si vedano in dottrina, nella vastissima letteratura sull'argomento, G. GHETTI, *Il contraddittorio amministrativo*, Padova, 1971; F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, 148; A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996; F. FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo*, Napoli, 1996; S.

Per quanto di interesse al tema in esame, si può apprezzare il ruolo della partecipazione al procedimento, unitamente ai principi di completezza e adeguatezza dell'istruttoria e di motivazione, in termini di stabilizzazione e di conservazione degli effetti del provvedimento amministrativo. Attraverso la partecipazione il privato ha la facoltà di offrire il proprio contributo all'azione amministrativa, sia che si guardi agli istituti tipici della partecipazione in termini soltanto difensivi, ovvero di contraddittorio, sia che si ponga attenzione alla funzione collaborativa, ossia di cooperazione con l'amministrazione, assolta dalla partecipazione³⁹.

In un'ottica di contraddittorio, già nel procedimento, il privato, depositando memorie e osservazioni, eventualmente anche in risposta a un preavviso di diniego ovvero nell'ambito del soccorso istruttorio, può opporsi a una decisione dell'amministrazione che si riveli illegittima o inopportuna.

Nella prospettiva della cooperazione tra soggetto pubblico e singolo partecipante, invece, la stessa amministrazione si avvantaggia dell'apporto collaborativo del privato, giungendo all'emanazione di un provvedimento che dovrebbe essere l'esito di una valutazione di fatti e interessi coinvolti nel procedimento più completa in quanto arricchita dagli elementi informativi e di giudizio apportati dal privato.

In ogni caso, specie se l'istruttoria si è svolta in modo completo e adeguato, l'amministrazione è meglio in grado anche di verificare che non siano state commesse illegittimità tali da inficiare il provvedimento finale. In questi termini, il provvedimento, pur conservando sul piano dell'imputazione formale dell'atto la sua unilateralità, è sempre più l'esito di un processo bilaterale di formazione che sul piano sostanziale coinvolge sia il privato che l'amministrazione⁴⁰. Di modo che il provvedimento si rivela anche più stabile, dal momento

COGNETTI, *“Quantità” e “Qualità” della partecipazione*, Milano, 2000; A. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, 2004; G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, I, 637; F. SATTA, *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, 299 ss.; R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Bari, 2014, spec. 133 ss.; T. BONETTI, *La partecipazione strumentale*, Bologna University Press, 2022. Sull'art. 10-bis, si vedano E. FREDIANI, *Partecipazione procedimentale, contraddittorio e comunicazione: dal deposito di memorie scritte e documenti al “preavviso di rigetto”*, in *Dir. amm.*, 2005, 1003 ss.; S. FANTINI, *Il preavviso di rigetto come garanzia “essenziale” del cittadino e come norma sul procedimento*, in *Urb. app.*, 2007, 1384 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *L'istruttoria procedimentale dopo l'articolo 10-bis della legge sul procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2011, 353 ss.

³⁹ È nota la tripartizione delle funzioni assolte dalla partecipazione, che può essere finalizzata alla difesa, e quindi alla garanzia delle posizioni giuridiche dei singoli, in un'ottica di opposizione e contraddittorio rispetto all'amministrazione, ma può essere anche partecipazione collaborativa, diretta a fornire all'amministrazione un contributo conoscitivo e di giudizio utile ai fini della decisione amministrativa; e, infine, può valere come strumento più generale di implementazione del processo democratico.

⁴⁰ M. DUGATO, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, in *Munus*, 2020, segn. p. 14 e p. 24, ove nello specifico si legge che «senonché, il fatto che il provvedimento sia frutto di un procedimento partecipato attivamente dal privato rende l'atto finale unilaterale per imputazione, ma non unilaterale per formazione della volontà. Nella sostanza, quindi, la volontà dell'amministrazione si forma sulla base dell'apporto e del dialogo con l'altra parte del rapporto amministrativo».

che presenta un maggior grado di affidabilità e di condivisibilità circa la sua legittimità e nel merito, accentuati anche dall'esternazione in motivazione delle ragioni di fatto e di diritto che hanno condotto a una determinata decisione.

La partecipazione, inoltre, può anche sfociare nella conclusione di un accordo *ex art.* 11, l. n. 241/90 che, fatto salvo il potere di “recesso”, per sua stessa natura, in quanto frutto di una decisione bilaterale condivisa tra amministrazione e privato, anche nell’ottica del minore contenzioso che ne deriva, si presta a un grado di stabilità maggiore rispetto al provvedimento unilaterale⁴¹.

Oltretutto, la partecipazione, sia nella forma oppositiva che nella forma collaborativa, consente di anticipare nel procedimento l’attività di correzione di quegli errori e vizi che potrebbero inficiare il provvedimento e che, in definitiva, ne minano la stabilità. La correzione dei vizi viene così sottratta all’intervento, soltanto postumo, del giudice o dell’amministrazione in sede di riesame, evitando quindi l’eventualità di un successivo annullamento conseguente al ricorso giurisdizionale o all’esercizio dell’autotutela demolitoria. Di conseguenza, l’approfondimento istruttorio garantito dalla partecipazione dovrebbe evitare che vengano posticipati a un momento successivo al procedimento di primo grado, quale quello eventuale di un giudizio impugnatorio o di un procedimento di secondo grado, strumenti di reazione e correzione dell’invalidità dell’atto amministrativo, che costituiscono cause di “instabilità” dell’agire amministrativo⁴².

Ciò posto, è evidente come la partecipazione nel procedimento possa fungere da fattore di prevenzione dell’invalidità e, conseguentemente, da strumento per rafforzare anche la fiducia nella legittimità dell’atto e nella stabilità dei suoi effetti. Per un verso, ci si aspetta che il provvedimento amministrativo, proprio in quanto esito di un procedimento partecipato, sia anche quello meglio rispondente all’interesse pubblico. Inoltre, almeno in astratto, grazie all’apporto conoscitivo del singolo, il provvedimento amministrativo sarà presumibilmente anche privo di quei vizi di legittimità che proprio la partecipazione del privato ha consentito di evitare.

Per altro verso, se il privato ha partecipato al provvedimento, apportando un contributo collaborativo diretto ed effettivo alla sua formulazione in termini quanto più possibile

⁴¹ In argomento, *ex multis*, M. RAMAJOLI, *Gli accordi tra amministrazioni e privati ovvero della costruzione di una disciplina tipizzata*, in *Dir. amm.*, 2019, fasc. 4, 674 e ss.

⁴² Si possono richiamare le eloquenti osservazioni di F. BENVENUTI, *Scritti giuridici*, vol. IV, Milano, 2006, 3467 e ss., segn. p. 3476, secondo cui «quanti errori potrebbero essere evitati, quanti ritardi potrebbero essere superati, quante cause giudiziarie potrebbero non sorgere se, fin dal principio, il cittadino potesse offrire alla pubblica Amministrazione quegli elementi di giudizio che egli è costretto a presentare al giudice? La funzione del procedimento amministrativo è, sotto un profilo tecnico, anche questa di ottenere il miglioramento del contenuto delle decisioni amministrative, perché esso consente di trasmettere all’Amministrazione, prima della decisione, tutti quei dati e quelle informazioni che, di solito, l’Amministrazione non ha e non è in grado di procurarsi».

rispondenti a un equilibrato regolamento degli interessi in gioco, verosimilmente lo stesso privato sarà maggiormente indotto anche a dividerne il contenuto e quindi a evitare una sua futura eventuale impugnazione. Tutto ciò dovrebbe in definitiva ridurre la possibilità che lo stesso provvedimento sia successivamente modificato, revocato o annullato in autotutela dalla stessa amministrazione oltre che da un giudice, favorendo un risultato di maggiore stabilità dell'atto amministrativo.

Se così è, allora, si comprende come le regole sulla partecipazione, unitamente a quelle che impongono la completezza e l'adeguatezza dell'istruttoria e la motivazione del provvedimento, possano ingenerare nel singolo un atteggiamento di fiducia nella legittimità ed opportunità dell'atto, nonché un ragionevole affidamento sulla correttezza e buona fede dell'amministrazione nel riesercizio del potere amministrativo⁴³. All'esito di un procedimento partecipato, almeno in teoria, il singolo può quindi vantare un'aspettativa di stabilità del risultato amministrativo, che appare fondata su ragioni, sottese alla conservazione e al consolidamento degli effetti prodotti dal provvedimento amministrativo, meritevoli di tutela in quanto presidiate da norme precise sulla partecipazione al procedimento.

5. Il ruolo del nuovo art. 10-*bis*, l. n. 241/90.

Trattando della "tendenza" verso la stabilizzazione del rapporto amministrativo, con particolare riferimento alla sequenza esistente tra pronuncia giudiziale e riedizione del potere, occorre poi considerare le modifiche apportate dal d.l. n. 76/2020, conv. in l. n. 120/2020 all'art. 10-*bis*, secondo cui «in caso di annullamento in giudizio del provvedimento così adottato, nell'esercitare nuovamente il suo potere l'amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato».

Pur con i limiti oggettivi della disposizione, applicabile soltanto ai procedimenti a istanza di parte, l'art. 10-*bis* offre per legge un chiaro risultato di stabilizzazione della decisione amministrativa all'esito di un giudizio amministrativo di annullamento. Secondo lo schema, già prefigurato dalla giurisprudenza, del c.d. *one shot*, già dopo un primo annullamento giurisdizionale si dovrebbe realizzare il definitivo esaurimento del potere amministrativo, che non potrebbe essere riesercitato la seconda volta adducendo «motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato»; talché, secondo taluno, al di là dei dubbi

⁴³ Così, M. IMMORDINO, *Revoca del provvedimento*, in N. Paolantonio, A. Police, A. Zito (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2006, 485, e segn. p. 495, secondo cui «l'innesto stabile del cittadino nel procedimento, a seguito della positivizzazione del principio partecipativo, soprattutto se letto unitamente al principio di completezza e di adeguatezza dell'istruttoria ed a quello di motivazione [...] radica nel cittadino una situazione di fiducia nella legittimità ed opportunità dell'atto, nonché una ragionevole aspettativa di comportamento corretto, e quindi secondo buona fede, da parte dell'amministrazione la quale, chiamata a (ri)esercitare un potere da esigenze di cura dell'interesse pubblico, non potrà non tenere conto delle situazioni di vantaggio in precedenza create».

interpretativi che la norma ingenera, già all'esito del suo primo ed unico esercizio, l'amministrazione consumerebbe il potere senza alcuna ulteriore chance di tornare a decidere una seconda volta sulla medesima istanza, secondo lo schema del c.d. *one shot* assoluto⁴⁴. È noto che la regola del c.d. *one shot* assoluto presenta una notevole rigidità applicativa nel determinare l'automatico esaurimento del potere già al primo esercizio e, è bene rammentarlo, proprio per questo non è stata condivisa dalla giurisprudenza, che ne ha mitigato la portata con la versione del c.d. *one shot* "temperato". Nel modello del c.d. *one shot* temperato, l'amministrazione non esaurisce il potere dopo un suo primo esercizio, ma, per effetto dell'annullamento giudiziale del provvedimento amministrativo sfavorevole per il singolo, ha una seconda *chance* per esercitare, per l'ultima volta, il suo potere. In tale occasione, dopo la pronuncia di annullamento giudiziale, l'amministrazione deve riesaminare per la seconda e ultima volta l'affare nella sua "interezza", sollevando tutte le questioni rilevanti, con definitiva preclusione per l'avvenire e quindi senza poter tornare a decidere sfavorevolmente per il privato, neppure in relazione a profili non esaminati⁴⁵.

Ora, ai sensi dell'art. 10-*bis*, in ipotesi di annullamento giurisdizionale del provvedimento di diniego, per un verso, sarebbe impedito all'amministrazione di ribadire l'originario diniego adducendo «motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato»⁴⁶, e, per altro verso, sarebbe consentito al giudice, in un eventuale e secondo giudizio, sostituirsi pienamente all'amministrazione in ragione di un potere consumatosi una volta per tutte.

In definitiva, per quanto qui interessa, si deve constatare come dall'art. 10-*bis* derivi un risultato di definitiva stabilizzazione del rapporto amministrativo, giacché si evita quella catena, potenzialmente infinita, di annullamenti e successive riedizioni del potere che si avrebbe ove la funzione amministrativa potesse riesercitarsi secondo lo schema classico dell'inesauribilità del potere.

È chiaro, infatti, che una regola, fissata per legge, di esaurimento del potere amministrativo importa che, sia pure all'esito di un annullamento giurisdizionale, un

⁴⁴ In tal senso, G.A. PRIMERANO, *Esecuzione del giudicato amministrativo e prescrizione dell'azione di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 157 ss.; P. CHIRULLI, "The anatomy of administrative law": suggestioni di una lettura, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 646 ss; *contra* M. RICCIARDO CALDERARO, *Il preavviso di rigetto ai tempi della semplificazione amministrativa*, in www.federalismi.it, 6 aprile 2022. Sull'art. 10-*bis*, l. n. 241/1990, così come da ultimo modificato, si vedano anche L. FERRARA, *La preclusione procedimentale dopo la novella del preavviso di diniego: alla ricerca di un modello di rapporto e di giustizia*, in *Dir. Amm.*, 2021, 3, 573 e ss.; M.R. SPASIANO, *Nuovi approdi della partecipazione procedimentale nel prisma del novellato preavviso di rigetto*, in *Dir. econ.*, n. 2/2021, p. 25 ss.; S. BOCCHINI, *Preavviso di rigetto, effetto preclusivo e giudicato di annullamento*, in *Dir. e proc. amm.*, 2022, 1, 149 e ss.; L. TARANTINO, *La novella dell'art. 10-bis della l. 241/1990 e la posizione della giurisprudenza*, in www.giustizia-amministrativa.it, 20 giugno 2022; M. RAMAJOLI, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 3, 595 e ss.

⁴⁵ In giurisprudenza, Cons. Stato, sez. VI, 04 maggio 2022, n.3480, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, Sez. III, 14 febbraio 2017, n. 660, *ivi*; Cons. Stato, Sez. IV, 25 marzo 2014, n. 1457, *ivi*.

⁴⁶ Sui dubbi interpretativi sollevati dall'espressione "motivi già emergenti dall'istruttoria", si veda L. FERRARA, *op. ult. cit.*

determinato assetto di interessi non possa più essere rimesso in discussione dall'amministrazione. Se, quindi, il diniego dell'istanza viene annullato dal giudice amministrativo, l'amministrazione non può modificare le risultanze del procedimento amministrativo originario per addurre ragioni nuove a sostegno di un successivo e secondo diniego. In definitiva, verrebbe precluso all'amministrazione di rivedere la propria decisione di primo grado come conseguenza automatica del solo annullamento giurisdizionale. Dall'esaurimento del potere conseguente a un giudicato, sia che esso consegua già all'esito del primo procedimento, o per effetto della pronuncia giudiziale, o sia prefigurato come conseguenza diretta della legge, deriva in ogni caso l'effetto di stabilizzazione, una volta per tutte, del rapporto amministrativo; e ciò, come si dirà, indipendentemente da ogni considerazione circa le esigenze di migliore cura dell'interesse pubblico, le quali, anzi, potrebbero risultare disattese da un automatismo, quale l'esaurimento del potere amministrativo, imposto dalla legge.

6. Le “sanatorie” dell'atto amministrativo: la convalida, gli istituti di sanatoria “speciale” e la “riemissione” dei provvedimenti annullati ex art. 21-*decies*, l. n. 241/90.

La stabilità dell'atto amministrativo è poi assicurata dai rimedi che consentono di sanare l'atto amministrativo invalido.

Tra tutti, la “possibilità” di convalida del provvedimento amministrativo “annullabile”, fatta “salva” dal comma secondo dell'art. 21-*nonies*, l. n. 241/90⁴⁷. Con la convalida si sana un

⁴⁷ Sulla convalida, oltre all'opera monografica di P. RAVÀ, *La convalida degli atti amministrativi*, Padova, 1937, si possono citare le voci enciclopediche di G. SANTANIELLO, *Convalida (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, pp. 503 ss.; L. MAZZAROLLI, *Convalida dell'atto amministrativo*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, e, in una prospettiva più generale e inserita a fianco di altre fattispecie, di E. CANNADA BARTOLI, (voce) *Conferma (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 856 e ss.; G. GHETTI, *Conferma, convalida e sanatoria degli atti amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl.*, III, Torino, 1987, 347 e ss.; M. D'ORSOGNA, *Sanatoria del provvedimento amministrativo*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. VI, Milano, 2006, 5406 e ss. Tra gli altri scritti si vedano poi G. MANNUCCI, *Della convalida del provvedimento amministrativo*, in *Dir. Pubbl.*, 2011, 201 e ss.; P. COTZA, *Dell'interesse pubblico e di altri incidenti nell'annullamento d'ufficio e nella convalida delle fattispecie precettive di diritto amministrativo*, Napoli, 2012; A. PRONTERA, *La convalida del provvedimento amministrativo. Spunti ricostruttivi*, in *Dir. e Proc. Amm.*, 2013, 1, 203 e ss.; V. ANTONELLI, *La convalida del provvedimento annullabile e la riforma della legge sul procedimento amministrativo*, in *Foro amm. Cds*, fasc. 7-8, 2005, 2214 e ss.; S. TATTI, *Convalida di provvedimento amministrativo annullabile: ambito di applicazione*, in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, fasc. 5-6, 2014, 289 e ss.; S. VASTA, *Convalida e vizi sostanziali: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Dir. pubbl.*, 2014, 953 e ss.; F. COSTANTINO, *La convalida del provvedimento*, cit., 897 ss.; A.G. PIETROSANTI, *La convalida del provvedimento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, 3 ed. Milano, 2020, 501 ss. In trattazioni più ampie su procedimento e provvedimento amministrativi, si vedano A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1964, 351, e 362 e ss.; P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1972; L. ACQUARONE, *Attività amministrativa e provvedimenti amministrativi*, Genova, 1988, 187 e ss.; B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, Padova, 1993, pp. 404 e ss.; R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Tomo II, Bologna, 1998, p. 1540; B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in AA.VV., *Trattato di Diritto Amministrativo*, a cura di S. Cassese, *Diritto Amministrativo parte generale*, I, Milano, 2003, 939; M. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, II ed., 692 e ss. Nella manualistica, si riportano A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 708 e ss.; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, 569.

provvedimento illegittimo, i cui effetti, già resi precari dall'esistenza di una causa di invalidità che inficia l'atto, vengono stabilizzati e sottratti all'eventualità di una caducazione. L'atto sanato acquisisce una stabilità tale da impedirne l'annullamento (giudiziale o d'ufficio) ovvero la disapplicazione da parte del giudice ordinario.

Secondo l'opinione prevalente esisterebbe una "preferenza di sistema" per il riesame con esito conservativo, secondo cui l'amministrazione, prima di disporre l'annullamento d'ufficio, dovrebbe valutare se vi sia la possibilità di convalidare l'atto illegittimo⁴⁸. In alternativa, ove non sia possibile sanare l'atto, l'amministrazione dovrebbe comunque valutare di sospenderne gli effetti in vista di una sua possibile modifica o sanatoria, o di salvarlo quantomeno in parte, tramite un annullamento solo parziale⁴⁹ o con un annullamento limitato a un segmento procedimentale specifico⁵⁰, ovvero, se possibile, con una sua modifica.

In ogni caso, la preferibilità della convalida si rinviene nei principi fondanti l'esercizio dell'azione amministrativa e, tra questi, quelli di conservazione dei valori giuridici, di buon andamento e di economicità, e di collaborazione e buona fede. Sarebbero le stesse "ragioni di interesse pubblico", identificate nei principi di riferimento, a imporre di optare prioritariamente per la convalida invece che per l'annullamento⁵¹.

⁴⁸ A tal riguardo, tra gli altri, cfr. B. CAVALLO, *Provvedimenti*, cit., pag. 403 e 404; L. ACQUARONE, *Attività amministrativa*, cit., p. 189; R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, cit., p. 1540; B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, cit. p. 939; F. COSTANTINO, *La convalida*, cit. 897; M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto di equilibrio*, cit., 121; S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, cit., 255 e ss.; ID., *Potere di riesame, amministrazione semplificata e "paura di amministrare"*, in F. Liguori (a cura di), *Il problema amministrativo. Aspetti di una trasformazione tentata*, Napoli, 2021, 155; V. ANTONELLI, *La convalida del provvedimento*, cit., 2214 e ss.; N. BERTI, *La modifica dei provvedimenti amministrativi*, Torino, 2022, 50; la tesi sarebbe seguita anche dalla giurisprudenza, già con la sentenza Cons. Stato, Sez. V, 13 febbraio 1998, n. 158.

⁴⁹ In tal senso espressamente, la sentenza del TAR Campania, Salerno, Sez. II, 05 gennaio 2021, n. 18 ove si legge «in omaggio al principio di conservazione dei valori giuridici, la giurisprudenza ha reputato illegittima la rimozione in autotutela di un titolo edilizio, se il Comune non abbia dedicato alcun passaggio motivazionale alla possibilità, non implausibile, di annullamento d'ufficio parziale al fine di contemperare le contrapposte esigenze recando il minore sacrificio possibile alla posizione giuridica del privato». Si veda anche Cons. Stato, Sez. IV, 30 settembre 2002, n. 4983. Mentre con riferimento ai piani urbanistici, si veda Cons. Stato, Sez. IV, 5 ottobre 1991, n. 775, in *Foro amm.*, 1991, p. 2551.

⁵⁰ Così, Cons. Stato, Sez. VI, Sez. VI, 8 marzo 2012, n. 1332, in *Foro amm. CdS*, 2012, 3, 677, secondo cui «Nelle gare d'appalto improntate al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa al riscontro dell'illegittimità della valutazione delle offerte tecniche non consegue necessariamente l'annullamento dell'intera gara; infatti, in forza del principio di conservazione dell'effetto utile degli atti giuridici (a sua volta espressione dei principi di economicità e di buon andamento dell'azione amministrativa), è preferibile la soluzione volta ad annullare il solo segmento procedimentale relativo alla valutazione delle offerte tecniche»; Cons. Stato, Sez. IV, 26 luglio 2012, n. 4257, in *Foro amm. CdS*, 7-8, 1890 secondo cui «in base al principio dell'economia dei mezzi giuridici, se l'amministrazione riscontra vizi nel *modus procedendi*, che non travolgono l'intero procedimento ma coinvolgono solo singole fasi, legittimamente può far ricorso alla regola cardine della conservazione degli atti validi e di conseguenza, può limitare l'esercizio dell'autotutela agli atti effettivamente incisi dalle accertate illegittimità e, quindi, circoscrivere la rinnovazione del procedimento alle sole fasi viziate e a quelle successive, conservando l'efficacia dei precedenti atti legittimi del procedimento».

⁵¹ M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio*, cit., 122

A conferma della “preferenza” per la sanatoria dell’atto invalido appare inoltre significativo che dall’introduzione, nel 2005, di una norma attributiva del potere di riesame con esito conservativo, non siano state introdotte limitazioni all’esercizio della convalida, diversamente da quanto avvenuto per i poteri di autotutela demolitoria.

Vi sono poi numerose disposizioni, sia nella legge n. 241 del 1990, che in discipline speciali, che, in una prospettiva sistematica più ampia, evidenziano un generale *favor* dell’ordinamento rispetto a rimedi conservativi e sananti nei rapporti tra amministrazione e privati. Tra queste previsioni normative, oltre al già citato comma secondo dell’art. 21-*octies*, l. n. 241 del 1990, si può menzionare l’art. 19, l. n. 241/90, il quale stabilisce che, in sede di controllo sulla scia, l’amministrazione, in caso di accertata carenza di presupposti previsti dalla legge, debba, ove possibile, assegnare al singolo un termine per porre in essere misure tese a conformare la propria attività alla legge e, solo ove sia scaduto infruttuosamente tale termine, disporre il divieto di prosecuzione dell’attività.

Tra le altre previsioni che confermano la preferenza di sistema per la conservazione dell’atto amministrativo, va citato anche l’art. 36, d.p.r. n. 380 del 2001, t.u. edilizia, che consente, in caso di interventi realizzati in assenza di permesso di costruire, ovvero in assenza di segnalazione certificata di inizio attività, o in difformità da essi, di ottenere un permesso in sanatoria, comunque non oltre il termine massimo previsto per l’irrogazione delle sanzioni amministrative, qualora l’intervento privato risulti conforme alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente sia al momento della realizzazione dello stesso, sia al momento della presentazione della domanda. L’art. 38, del medesimo t.u. edilizia, prevede invece che «in caso di annullamento del permesso di costruire, qualora non sia possibile, in base a motivata valutazione, la rimozione dei vizi delle procedure amministrative o la restituzione in pristino, il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale applica una sanzione pecuniaria pari al valore venale delle opere o loro parti abusivamente eseguite». Ebbene, tale norma, secondo l’interpretazione più diffusa, configurerebbe un’ipotesi di convalida amministrativa speciale, imposta come misura preferibile rispetto all’annullamento del permesso di costruire, tanto da suggerire, in una prospettiva di sistema, un argomento a sostegno della tesi sulla generale preferenza del riesame con esito conservativo rispetto a quello caducatorio⁵².

⁵² Sul tema R. CHIEPPA, *Provvedimenti di secondo grado (dir. amm.)*, in *Enc. Dir. Annali*, II, Tomo II, Milano, 2008, p. 939; A. PRONTERA, *La convalida*, cit., p. 244. Sull’art. 38 t.u. edilizia come *species* del potere di convalida ex art. 21-*nonies*, comma, si veda Cons. Stato, Ad. Plen., 7 settembre 2020, n. 17; in giurisprudenza si è affermato espressamente che l’art. 38 t.u. edilizia costituisce “un esempio di specifica applicazione” dell’art. 21-*nonies*, comma 2, l. n. 241/90; così, Cons. Stato, Sez. II, 15 dicembre 2020, n. 8032, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Contrario alla qualificazione come convalida del rimedio di cui all’art. 38, t.u. edilizia, N. BERTI, *La modifica dei provvedimenti amministrativi*, cit., 51, nota n. 127, in quanto riferito a un permesso “già annullato”.

Sempre nel solco della tendenza verso la conservazione dell'attività amministrativa non si possono pretermettere poi le disposizioni contenute in discipline speciali che hanno previsto la possibilità, persino in materie come quella ambientale, di ottenere in sanatoria un provvedimento di autorizzazione originariamente mancante. Tra queste si segnala la previsione della valutazione di impatto ambientale in via postuma, di cui all'art. 29, co. 3, d.lgs. n. 152/2006 (t.u. ambiente), nel testo modificato dal d.lgs. n. 104/2017. Tale norma prevede che, anche rispetto a progetti in corso di realizzazione o già realizzati senza la previa sottoposizione al procedimento di verifica di assoggettabilità a VIA o al procedimento di VIA (ovvero al procedimento unico di cui all'art. 27 o art. 27-*bis*, t.u. ambiente), ovvero in caso di annullamento in sede giurisdizionale o in autotutela di un provvedimento di verifica di assoggettabilità a VIA o di VIA, si possa avviare un procedimento di VIA postumo. Secondo l'art. 29, citato, l'autorità competente assegna un termine all'interessato entro il quale deve essere avviato il nuovo procedimento di VIA, mentre, solo come ultima *ratio*, qualora non si rispetti il termine assegnato per l'avvio del procedimento ovvero quando il nuovo procedimento abbia esito negativo, sono disposti la demolizione delle opere già realizzate e il ripristino dello stato dei luoghi e della situazione ambientale.

Il riferimento all'art. 29 del t.u. ambiente può apparire decisivo nel definire una tendenza verso la stabilità e la conservazione del rapporto giuridico amministrativo, giacché la c.d. VIA postuma introduce uno strumento di sanatoria (in senso stretto), in una materia governata da un interesse sensibile come l'ambiente. Il che non appare così scontato ove si consideri che la tutela degli interessi sensibili non sempre tollera interventi amministrativi diretti a sanare l'originaria assenza di un titolo abilitativo di un'attività già iniziata. Al contrario, basterebbe considerare l'art. 146, comma quattro, d.lgs. n. 42 del 2004, che, in generale, salve le limitate eccezioni ivi previste, vieta la possibilità di ottenere l'autorizzazione paesaggistica in sanatoria rispetto a lavori già iniziati.

Ebbene, la VIA postuma è stata introdotta nell'ambito di una materia ove è in gioco un interesse sensibile e che appare contrassegnata dall'applicazione di principi di cautela preventiva (prevenzione, precauzione etc.), che imporrebbero che le valutazioni e le autorizzazioni fossero sempre anteriori rispetto all'attività da autorizzare. È dunque significativo, e peraltro coerente con la delineata "tendenza" verso l'affermazione della conservazione nei rapporti amministrativi, che persino nell'ambito di un'attività amministrativa a tutela dell'ambiente, si sia nondimeno introdotta per legge la possibilità, per vero già prospettata dalla giurisprudenza europea⁵³, di sanare in via postuma l'assenza di un

⁵³ Tra tutte, Corte di Giustizia UE, 3 luglio 2008, *Commissione/Irlanda*, C-215/06.

provvedimento autorizzativo mancante, rispetto a quei progetti in corso di realizzazione o già realizzati in violazione della disciplina in materia di VIA⁵⁴.

Nel solco di una tendenza verso la stabilità del rapporto giuridico amministrativo, rientra anche la “*riemissione dei provvedimenti annullati*” introdotta con l’art. 21-*decies*, l. n. 241 del 1990, per effetto dell’art. 12, comma 1, lettera *i-bis*, del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 settembre 2020, n. 120. La norma stabilisce che in caso di annullamento di un provvedimento finale in virtù di una sentenza passata in giudicato, derivante da vizi inerenti ad uno o più atti emessi nel corso del procedimento di autorizzazione o di valutazione di impatto ambientale, il proponente potrà richiedere all’amministrazione precedente e, in caso di progetto sottoposto a valutazione di impatto ambientale, all’autorità competente ai sensi del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, l’attivazione di un procedimento semplificato, ai fini della riadozione degli atti annullati⁵⁵.

Per vero, la giurisprudenza aveva già sostenuto che «in base al principio dell’economia dei mezzi giuridici, se l’amministrazione riscontra vizi nel *modus procedendi*, che non travolgono l’intero procedimento ma coinvolgono solo singole fasi, legittimamente può far ricorso alla regola cardine della conservazione degli atti validi e di conseguenza, può limitare l’esercizio dell’autotutela agli atti effettivamente incisi dalle accertate illegittimità e, quindi, circoscrivere la rinnovazione del procedimento alle sole fasi viziate e a quelle successive, conservando l’efficacia dei precedenti atti legittimi del procedimento»⁵⁶. Sicché, già a livello pretorio si era affermata una regola che imponesse all’amministrazione di limitare l’autotutela demolitoria di soltanto alcuni atti e fasi della sequenza procedimentale, così realizzando un risultato, analogo a quello prefigurato dall’art. 21-*decies*, l. n. 241 del 1990, di conservazione delle attività procedimentali già svoltesi non viziate da illegittimità. Ad analoghe conclusioni peraltro era giunta anche la dottrina, secondo cui l’effetto demolitorio dell’annullamento del provvedimento travolge soltanto l’atto finale del procedimento, ma non anche gli atti ad esso, pur connessi, ma anteriori, delle fasi dell’iniziativa ed istruttoria precedenti a quella decisionale; atti che sono quindi conservati e possono essere riutilizzati successivamente nell’ipotesi di riedizione del relativo potere⁵⁷.

Ciò posto, è comunque significativo che la “riemissione” del provvedimento sia stata qualificata alla stregua di «un intervento di convalida, sia pure a posteriori rispetto

⁵⁴ Nell’ambito della giurisprudenza nazionale, *ex multis*, si richiamano Cons. Stato, Sez. V, 10 febbraio 2020 n. 1004; Cons. Stato, sez. III, 5 novembre, 2018 n. 6240; TAR Marche, Ancona, Sez. I, 14 giugno 2021, n. 485, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁵ Una ricostruzione dell’istituto, nel solco dell’efficienza, dell’economicità e della semplificazione dell’azione amministrativa, è offerta da TAR Campania, Sez. III, 26 maggio 2021, n. 3946.

⁵⁶ Così, Cons. Stato, Sez. IV, 26 luglio 2012, n. 4257, in *Foro amm. CdS*, 7-8, 1890.

⁵⁷ C. ANELLI, *Effetti dell’annullamento su atti connessi e su atti accessori*, in *Rass. amm. san.*, 1966, 667.

all'annullamento»⁵⁸. Ora, al di là della qualificazione data, la “rimessione” consiste in una misura semplificatoria che consente di far salva l'attività amministrativa pregressa, con un procedimento volto alla riadozione, nella più ampia catena procedimentale, del solo atto amministrativo originariamente viziato, questa volta in forma legittima. Quando l'illegittimità sia stata dichiarata dal giudice soltanto rispetto a uno o più atti distinti, e pertanto trasferitasi in via derivata sul provvedimento finale, sono espressamente fatti salvi gli atti endoprocedimentali non colpiti direttamente dall'invalidità accertata con sentenza. Salvati gli atti non illegittimi, con la possibilità di ottenere l'emanazione in tempi brevi dei soli atti invalidi, si garantisce pertanto un risultato di stabilizzazione del rapporto giuridico amministrativo anche nei rapporti tra la pronuncia giudiziale, la cui portata caducante è limitata dall'art. 21-*decies*, e la riedizione del potere, che viene invece semplificata e circoscritta ad alcuni atti soltanto.

7. Considerazioni conclusive.

In definitiva, tutte le previsioni sinora citate, le quali prefigurano risultati di sanatoria e di definitivo consolidamento degli effetti dell'atto e del rapporto giuridico amministrativo, nel riesame amministrativo e nei rapporti con la pronuncia giudiziale, consentono di costruire un diverso e nuovo paradigma dell'atto amministrativo, non più vocato alla “mutabilità”, ma sempre più orientato verso canoni quali la stabilità e la conservazione del provvedimento.

Si è detto che la “tendenza” verso la stabilizzazione dell'atto amministrativo risponde a una precisa esigenza, di carattere generale ma rispondente anche a interessi privati, a che l'attività amministrativa, tanto nell'ambito dei poteri di riesame, quanto nel rapporto con la pronuncia giudiziale, non venga riesercitata un numero indefinito di volte, a distanza di tempo, in modo incerto e discontinuo, con effetti difformi e contraddittori rispetto alle precedenti decisioni amministrative e senza l'adozione di un atto definitivo. È indubbio che un assetto di rapporti amministrativi ispirato a maggiore stabilità possa avere ricadute positive sul piano sociale ed economico, giacché mira a garantire, specie in favore degli operatori economici i cui investimenti siano coinvolti nell'azione amministrativa, una maggiore prevedibilità e certezza nelle decisioni del soggetto pubblico. La certezza e la stabilità dell'attività amministrativa sono in tal senso dirette a soddisfare un'esigenza di “buona amministrazione” (cfr. art. 41, Carta dei diritti fondamentali UE), tanto più necessaria in un periodo storico quale quello attuale segnato dalle scadenze nella realizzazione degli obiettivi fissati dal PNRR.

⁵⁸ C.E. GALLO, *La riemissione del provvedimento amministrativo*, in www.giustiziainsieme.it. *Contra*, N. BERTI, *La modifica dei provvedimenti amministrativi*, cit., p. 51. Sempre sull'art. 21-*decies*, si veda anche F. FRACCHIA, P. PANTALEONE, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato “responsabilizzato”*, in www.federalismi.it, n. 36/2020, 33 e ss.

È pur vero, tuttavia, che molte delle disposizioni citate, che pure appaiono finalizzate a stabilizzare il rapporto amministrativo, presuppongono una limitazione dei poteri dell'amministrazione e, di conseguenza, una riduzione della capacità dell'autorità di soddisfare l'interesse pubblico e dunque i bisogni più generali della collettività, a discapito di un più generale principio di buon andamento dell'azione amministrativa. Le previsioni, citate per descrivere la tendenza verso la stabilizzazione del rapporto amministrativo, circoscrivono lo spazio di azione riservato all'amministrazione sulla base di parametri fissati per legge e in astratto che, spesso, pretermettono del tutto le valutazioni e le decisioni imposte dalla cura dell'interesse pubblico concreto. Tra tutte basti considerare le norme che fissano un limite temporale per l'esercizio del potere di autotutela demolitoria, ovvero che stabiliscono una preferenza per la sanatoria dell'atto amministrativo ancorché illegittimo. Del pari, anche la limitazione della riedizione del potere in conseguenza di una pronuncia di annullamento giurisdizionale impedisce di adattare la decisione amministrativa al caso concreto e determina un effetto di consumazione del potere in favore del privato, imposto *ex lege*, che spesso non tiene conto delle reali esigenze sottese all'amministrare. Non è tuttavia detto, e anzi spesso vale il contrario, che la decisione amministrativa, soltanto perché prescritta dalla legge come quella "stabile", perché non più caducabile o modificabile, o comunque "definitiva", e perché emanata una volta per tutte in seguito a un evento particolare come l'annullamento giurisdizionale, sia anche la decisione migliore in quanto meglio rispondente all'interesse pubblico e meglio in grado di ponderare in modo equo tutti gli interessi incisi dal provvedimento.

Da qui il rischio che le limitazioni poste all'esercizio o al riesercizio del potere, in sede di riesame o di riedizione successiva a una pronuncia giudiziale, possano compromettere la cura dell'interesse pubblico, il cui soddisfacimento appare impedito, nel mito della certezza e della stabilità dei rapporti giuridici, da norme che hanno come risultato l'effetto di consumare il potere. La gestione dei bisogni della collettività può quindi apparire non sempre compatibile con alcuni canoni quali la stabilità dell'atto giuridico, propri di altri settori dell'ordinamento, come il diritto privato. Occorre, però, considerare che alcune logiche di mercato, come quelle proprie del diritto privato, che impongono l'affermazione di un archetipo di negozio giuridico stabile, avente forza di legge tra le parti e immodificabile salvo mutuo consenso (art. 1372 c.c.), a tutela delle ragioni della fiducia e della certezza dei traffici commerciali, non sempre si adattano perfettamente al diritto amministrativo, che appare, per converso, tradizionalmente segnato da esigenze, sottese alla funzione amministrativa, diverse da quelle più squisitamente mercatistiche⁵⁹.

⁵⁹ In argomento, M. TRIMARCHI, *Stabilità del provvedimento e certezze dei mercati*, in *Dir. amm.*, 2016, 3, 321 e ss., che pure evidenzia come il provvedimento amministrativo assuma un ruolo centrale nel "mercato" e come quindi anche la "stabilità" del provvedimento possa rappresentare un fattore costitutivo della funzione amministrativa.

Non diverse considerazioni dovrebbero farsi invece rispetto ad altre previsioni, come quelle che stabiliscono diritti di partecipazione dei singoli nel procedimento e che, si è anticipato, possono, quando coerenti con il principio di non aggravamento del procedimento, favorire una decisione amministrativa legittima e “migliore” rispetto alla cura dell’interesse pubblico, oltre che più “stabile” perché maggiormente condivisa dai singoli. Ebbene, anche a tal riguardo, si deve prendere atto di alcune disposizioni che, questa volta con l’aspirazione della semplificazione “a tutti i costi”⁶⁰, peraltro in settori caratterizzati dalla delicatezza degli interessi sensibili in gioco, hanno tentato di realizzare forzate contrazioni di fasi procedurali, anche eliminando garanzie di partecipazione, le quali pure possono offrire un contributo decisivo nell’emanazione di un provvedimento amministrativo più ragionevole e più rispondente all’interesse pubblico e, quindi, anche più difficilmente contestabile ed eliminabile. Si pensi, tra tutti, all’inserimento nell’art. 6, del d.lgs. n. 152 del 2006, del comma 10-*bis*⁶¹, che ha espressamente escluso l’applicabilità dell’art. 10-*bis*, sul preavviso di rigetto, ai procedimenti di verifica di assoggettabilità a VIA⁶² e di valutazione di impatto ambientale⁶³, con ricadute potenzialmente negative per la partecipazione collaborativa funzionale alla costruzione della decisione ambientale migliore possibile⁶⁴.

Tutto ciò dovrebbe suggerire una più attenta ponderazione da parte del legislatore ogni qual volta si vogliano introdurre limitazioni all’esercizio del potere o dei diritti di partecipazione dei singoli, onde evitare che, nel mito della certezza e della stabilità di un rapporto giuridico amministrativo funzionale al “mercato”, venga pregiudicato l’essenziale ruolo dell’amministrazione che deve consistere nel soddisfare bisogni e interessi dell’intera collettività, e non soltanto quelli di una non meglio definita, e talvolta anche troppo circoscritta, quota di destinatari (del medesimo c.d. “mercato”).

⁶⁰ Sul tema, si veda *ex multis* A. MOLITERNI, *Semplificazione amministrativa e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un equilibrio*, in *Dir. amm.*, 2017, fasc. 4, 699 e ss.

⁶¹ Per effetto dell’articolo 25, comma 1, lettera b), numero 2, del D.L. 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, dalla Legge 29 luglio 2021, n. 108.

⁶² Per i quali, per la verità, già la giurisprudenza tendeva a escludere l’operatività del preavviso di rigetto; cfr. *ex multis* Cons. Stato, Sez. II, 7 settembre 2020, n. 5379, in *Foro amm.*, 2020, 9, 1709.

⁶³ Nonché per il procedimento, facoltativo e preliminare, di cui al comma 9 dell’art. 6, t.u. ambiente, diretto a individuare l’eventuale procedura da avviare per talune modifiche, estensioni o adeguamenti tecnici di progetti soggetti a VIA, e per il procedimento di monitoraggio, ex art. 28, del medesimo t.u. ambiente.

⁶⁴ In termini, cfr. S. BOCCHINI, *La partecipazione del proponente alla predecisione di impatto ambientale*, in *www.amministrativamente.com*, n. 2/2022, 245 e ss., e segn. 263.

queste istituzioni

La gestione dei residui da attività lavorative con materiale naturalmente radioattivo (TENORM): evoluzione normativa, attori istituzionali e cenni comparatistici

Emanuele Quadraccia

Numero 1/2023

31 marzo 2023

La gestione dei residui da attività lavorative con materiale naturalmente radioattivo (TENORM): evoluzione normativa, attori istituzionali e cenni comparatistici

di Emanuele Quadraccia*

Sommario

1. Inquadramento generale. – 2. La situazione antecedente alla pubblicazione del decreto legislativo n. 101 del 2020. – 2.1. Il ruolo degli attori istituzionali: genesi e funzione dell'ISIN. – 3 Le novità introdotte dalla normativa del 2020. – 4. I più recenti approdi legislativi. – 5. Conclusioni. Cenni all'esperienza statunitense in tema di gestione dei TENORM.

Sintesi

Lo scritto affronta, anche mediante richiami all'esperienza nordamericana, gli innovativi aspetti giuridici connessi al tema della gestione dei residui delle lavorazioni industriali che prevedono l'utilizzo di materiali radioattivi di origine naturale tecnologicamente potenziati (TENORM – *Technologically Enhanced Naturally Occurring Radioactive Materials*). L'autore effettua una ricostruzione, anche critica, della legislazione vigente, soffermandosi sulle prerogative e sul ruolo dell'Autorità di regolamentazione competente in materia di sicurezza nucleare e di radioprotezione (ISIN) e fornendo altresì spunti, in una prospettiva *de iure condendo*, in ordine alla necessità di minimizzare l'esposizione umana e ambientale ai fattori di rischio.

Abstract

The paper addresses, also through references to the North American experience, the innovative legal aspects connected to the theme of the management of industrial processing residues which involve the use of technologically enhanced radioactive materials of natural origin (TENORM - Technologically Enhanced Naturally Occurring Radioactive Materials). The author carries out a reconstruction, even a critical one, of the legislation in force, focusing on the prerogatives and role of the Regulatory Authority responsible for nuclear safety and radiation protection (ISIN) and also providing ideas, in a *de iure condendo* perspective, in order the need to minimize human and environmental exposure to risk factors.

Parole chiave

Radioattività naturale; lavorazioni industriali e TENORM; esposizione alle radiazioni ionizzanti; ISIN; salvaguardia dell'ambiente e della salute dei lavoratori.

* Sostituto procuratore militare della Repubblica di Napoli, già magistrato collaboratore della Commissione parlamentare d'inchiesta sulle attività illecite connesse al ciclo dei rifiuti e su illeciti ambientali ad esse correlati.

Keywords

Natural radioactivity; industrial processes and TENORM; exposure to ionizing radiation; ISIN; protection of the environment and workers' health.

1. Inquadramento generale.

Sino al recente passato, le maggiori preoccupazioni in tema di rifiuti radioattivi potevano dirsi relegate alla gestione di materie radioattive artificiali, generate nel corso di attività antropiche e, segnatamente, nell'ambito della produzione di energia nucleare¹.

Tuttavia, i materiali radioattivi sono da sempre naturalmente presenti sul nostro pianeta e altri se ne formano, di continuo, come conseguenza di fenomeni naturali quali, ad esempio, l'irraggiamento cosmico. Gli elementi radioattivi primigeni presenti nella crosta terrestre si trovano generalmente in concentrazioni limitate e contribuiscono all'esposizione a radiazioni ionizzanti di tutti gli esseri viventi, in misura diversa in funzione delle caratteristiche dei diversi territori.

Orbene, l'impiego, da parte dell'uomo, di materiali naturalmente radioattivi con modalità tali da modificare la composizione delle sostanze in essi contenute determina uno squilibrio sia in termini di concentrazione dei diversi elementi apportatori di radioattività, sia in termini di rapporti numerici tra gli stessi. Ciò accade, in particolare, nell'ambito delle lavorazioni industriali che interessano siffatti materiali, allorchando gli isotopi radioattivi finiscono con l'essere rinvenuti nel prodotto finito, negli scarti di produzione, nei gas di scarico, nei filtri, ecc., in concentrazioni che possono divenire significative in ragione degli effetti nocivi per l'uomo e per l'ambiente².

Gli studi e le misurazioni effettuati nell'ambito dei diversi settori industriali hanno consentito di individuare i processi produttivi potenzialmente più pericolosi.

Sul piano normativo, con la approvazione del decreto legislativo 31 luglio 2020, n. 101, recante *“Attuazione della direttiva 2013/59/Euratom, che stabilisce norme fondamentali di sicurezza relative alla protezione contro i pericoli derivanti dall'esposizione alle radiazioni ionizzanti, e che abroga le direttive 89/618/Euratom, 90/641/Euratom, 96/29/Euratom, 97/43/Euratom 2003/122/Euratom e riordino della normativa di settore in attuazione dell'articolo 20, comma 1, lettera a), della legge 4 ottobre 2019, n. 117”*, il Legislatore ha precisato e aggiornato l'elenco delle attività produttive meritevoli di attenzione. Particolare

¹ Per rifiuto radioattivo, ai sensi del d.lgs. n. 101/2020 (su cui, *amplius*, v. *infra*), si intende qualsiasi materiale radioattivo in forma gassosa, liquida o solida per il quale non è previsto nessun riciclo o utilizzo ulteriore.

² Per una ricostruzione di insieme del fenomeno, si v. il rapporto Ispra *Radiazioni ionizzanti*, reperibile all'indirizzo web <https://www.isprambiente.gov.it/files/pubblicazioni/rapporti/annuario-2007/radiazioni-ionizzanti.pdf>.

cura è stata dedicata alla individuazione dei settori industriali più “sensibili”, indicati nella Tabella II-1 (centrali a carbone, estrazione di minerali diversi dal minerale di uranio, industria dello zirconio e dello zirconio, lavorazione di minerali e produzione primaria di ferro, lavorazioni di minerali fosfatici e potassici, produzione del pigmento TiO₂, produzione di cemento, produzione di composti di torio e fabbricazione di prodotti contenenti torio, produzione di energia geotermica, produzione di gas e petrolio, impianti per la filtrazione delle acque di falda, cartiere, lavorazioni di taglio e sabbiatura), nel cui ambito operativo rientra certamente il problema della gestione dei residui radioattivi contenenti concentrazioni pericolose di radionuclidi di origine naturale³. Si utilizza, a tal proposito, l’acronimo inglese “TENORM” (*Technologically Enhanced Naturally Occurring Radioactive Materials*), per indicare i materiali radioattivi presenti in natura che risultano tecnologicamente potenziati in esito a peculiari attività umane, come la produzione e l’estrazione di minerali o il trattamento delle acque⁴. I TENORM costituiscono, dunque, il residuo della lavorazione in numerose attività industriali, le cui proprietà radiologiche, fisiche e chimiche sono state concentrate o ulteriormente alterate in esito ai trattamenti utilizzati, con il risultato di aumentare il potenziale di esposizione umana al fattore di rischio⁵.

2. La situazione antecedente alla pubblicazione del decreto legislativo n. 101 del 2020.

Sino alla pubblicazione del decreto legislativo n. 101 del 2020, non vi era, nell’ordinamento italiano, una norma primaria disciplinasse specificatamente il destino dei residui da attività lavorative che utilizzano materiali naturalmente radioattivi, circostanza, questa, che ha sovente comportato problematiche operative non trascurabili.

Ed invero, il decreto legislativo n. 230 del 1995 (*Attuazione delle direttive 89/618/Euratom, 90/641/Euratom, 96/29/Euratom, 2006/117/Euratom in materia di radiazioni ionizzanti, 2009/71/Euratom in materia di sicurezza nucleare degli impianti nucleari e 2011/70/Euratom in materia di gestione sicura del combustibile esaurito e dei rifiuti radioattivi derivanti da attività civili*) prevedeva genericamente, nell’ipotesi di lavorazioni comportanti una particolare concentrazione di radioisotopi, la necessità di adeguare l’entità dei mezzi

³ Si ponga mente, a titolo esemplificativo, ai silicati e all’ossido di zirconio, che vengono ampiamente utilizzati nella lavorazione industriale della ceramica e nella produzione dei materiali refrattari, ovvero ai fanghi da estrazione di idrocarburi o, ancora, ai reflui trattati presso i depuratori urbani.

⁴ Cfr. «*Technical Report on Technologically Enhanced Naturally Occurring Radioactive Materials from Uranium Mining*», in <https://www.epa.gov/radiation/technologically-enhanced-naturally-occurring-radioactive-materials-tenorm>.

⁵ V. *New approach to assessment and reduction of health risk and environmental impact originating from TENORM according to requirements of EU Directive 96/29/Euratom*, in <https://cordis.europa.eu/article/id/82170-assessing-radioactive-risks/it>.

impiegati all'importanza degli impianti, in funzione dell'entità dei rischi connessi alle lavorazioni che espongono alle radiazioni ionizzanti (art. 12, comma 3).

La normativa previgente presentava altresì una rilevante indeterminatezza per quanto atteneva alla gestione dei residui provenienti dalle menzionate attività. Difatti, il decreto ministeriale del 7 agosto 2015, recante la classificazione dei rifiuti radioattivi scaturiti dall'impiego pacifico dell'energia nucleare, all'articolo 2 escludeva *tout court* i residui di attività lavorative con materiali contenenti radionuclidi di origine naturale dalla classificazione come rifiuti radioattivi. Sostanzialmente, nonostante il rilevante dato quantitativo e le difficoltà connesse alla loro caratterizzazione, non esisteva una norma primaria che disciplinasse il trattamento dei residui di fonte naturale, né, tantomeno, sotto il profilo procedimentale ed autorizzatorio, si era optato per un approccio scientifico e globale al problema, preferendo il ricorso a metodi casistici⁶.

2.1. Il ruolo degli attori istituzionali: genesi e funzione dell'ISIN.

Nel frammentario contesto normativo innanzi tratteggiato, viene ad inserirsi l'Ispettorato nazionale per la sicurezza nucleare e la radioprotezione (ISIN), quale Autorità di regolamentazione competente in materia di sicurezza nucleare e di radioprotezione, indipendente ai sensi delle Direttive 2009/71/Euratom e 2011/70/Euratom.

L'Ispettorato, istituito con il decreto legislativo 4 marzo 2014 n. 45, ha personalità giuridica di diritto pubblico, opera in piena autonomia regolamentare, organizzativa, gestionale, amministrativa e contabile, con indipendenza di giudizio e di valutazione, ed è responsabile della sicurezza nucleare e della radioprotezione sul territorio nazionale. Esso ha assorbito tutte le funzioni in materia già attribuite dalla legislazione nazionale al CNEN, all'ENEA DISP, all'ANPA, all'APAT e, infine, al Dipartimento nucleare, rischio tecnologico e industriale, al Centro Nazionale per la sicurezza nucleare e la radioprotezione e all'Area Fisica del Centro Nazionale per la rete nazionale dei laboratori per le attività in materia di radioattività dell'ISPRA.

Per quanto riguarda i rapporti con il Governo e con il Parlamento, la norma istitutiva stabilisce, tra l'altro, che il direttore dell'ISIN venga nominato con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, di concerto con il Ministro dello sviluppo economico; deve essere trasmessa al Governo e al Parlamento una relazione annuale sulle attività svolte dall'ISIN e sullo stato della sicurezza nucleare nel territorio nazionale. Il nuovo

⁶ Per una panoramica sulla cornice regolativa dell'epoca, cfr. P. BRAMBILLA, *La normativa comunitaria, nazionale e regionale relativa alla protezione dell'ambiente dalle radiazioni ionizzanti*, in *Riv. giur. ambiente*, n. 5/2006, pp. 591 ss.

Ispettorato ha preso formalmente avvio, con l'approvazione del relativo regolamento, nel giugno del 2018, mentre, sotto il profilo funzionale e organizzativo, è divenuto pienamente operativo a decorrere dal 1° gennaio 2019⁷.

Per lo svolgimento delle funzioni e dei compiti ad esso attribuiti, l'Ispettorato espleta le istruttorie connesse ai processi autorizzativi, le valutazioni tecniche, il controllo e la vigilanza delle installazioni nucleari non più in esercizio e in disattivazione, dei reattori di ricerca, degli impianti e delle attività connesse alla gestione dei rifiuti radioattivi e del combustibile nucleare esaurito, delle materie nucleari, della protezione fisica passiva delle materie e delle installazioni nucleari, delle attività d'impiego delle sorgenti di radiazioni ionizzanti e di trasporto delle materie radioattive. Emanando, altresì, le certificazioni previste dalla normativa vigente in tema di trasporto di materie radioattive, fornendo supporto ai ministeri competenti nell'elaborazione di atti di rango legislativo e assicurando gli adempimenti dello Stato italiano agli obblighi derivanti dagli accordi internazionali sulle salvaguardie. Affianca, inoltre, le Autorità di protezione civile nel campo della pianificazione e della risposta alle emergenze nucleari e radiologiche, svolgendo, al contempo, attività di controllo della radioattività ambientale previste dalla normativa vigente e fornendo, al riguardo, le informazioni disponibili⁸.

L'ISIN è anche Punto di allertamento nazionale (*National Warning Point*) e Autorità nazionale competente, come sancito dalle convenzioni internazionali, in ordine alla pronta notifica e all'assistenza in caso di incidente nucleare o di emergenza radiologica, nonché, nell'ambito del sistema della Commissione Europea, è ad esso demandato il compito di scambio rapido delle informazioni nella eventualità di allarme radioattivo (Decisione del Consiglio 87/600/Euratom). L'ISIN rappresenta inoltre l'Italia nel sistema internazionale per la comunicazione delle informazioni su eventi classificabili secondo la Scala internazionale degli eventi nucleari e radiologici (*International Nuclear and Radiological Event Scale*). Sono altresì attribuite all'Ispettorato le funzioni ispettive per l'osservanza delle disposizioni in materia di sicurezza nucleare e radioprotezione, esercitate a mezzo dei propri ispettori, in qualità di ufficiali di polizia giudiziaria.

L'Ispettorato partecipa infine, in rappresentanza dell'Italia, alle attività svolte dalle organizzazioni internazionali operanti nel settore, prima fra tutte l'Agenzia Internazionale per l'Energia Atomica (IAEA), assicurando la rappresentanza dello Stato italiano nell'ambito delle

⁷ Cfr., diffusamente, Commissione parlamentare di inchiesta sulle attività illecite connesse al ciclo dei rifiuti e su illeciti ambientali ad esse correlati, XVIII Legislatura, *Relazione sulla gestione dei rifiuti radioattivi in Italia e sulle attività connesse* (Doc. XXIII, N. 9), 18 e ss.

⁸ Dati più puntuali possono ricavarsi si ricavano dal report 2022 *Attività nucleari e radioattività ambientale*, reperibile sul sito web dell'Ispettorato, alla pagina https://www.isinucleare.it/sites/default/files/contenuto_redazione_isin/attivita_nucleari_e_radioattivita_ambientale_edizione_2022.pdf. Tale documento ha l'obiettivo di chiarire e monitorare, all'attualità, l'esposizione della popolazione italiana alle radiazioni ionizzanti derivanti dalle attività nucleari e dalla presenza di radioattività nell'ambiente.

attività svolte dalle organizzazioni internazionali e dall'Unione Europea nelle materie di competenza e la partecipazione dello stesso ai processi internazionali e comunitari di valutazione della sicurezza nucleare degli impianti nucleari e delle attività di gestione del combustibile irraggiato e dei rifiuti radioattivi in altri paesi.

Come accennato, mediante l'approvazione di atti di normazione secondaria e di convenzioni sono stati da ultimo definiti l'organizzazione e il funzionamento interno dell'Istituto, disciplinando, tra l'altro, il collocamento in posizione di distacco presso l'ISIN del personale ISPRA dell'ex Dipartimento nucleare, rischio tecnologico e industriale.

3. Le novità introdotte dalla normativa del 2020.

Le sorgenti naturali di radiazioni ionizzanti sono trattate estensivamente nell'ambito decreto legislativo 31 luglio 2020, n. 101. Il testo di legge, che adegua la normativa nazionale a quanto previsto in sede europea dalla Direttiva 2013/59/Euratom, abroga e sostituisce, espressamente, il d.lgs. n. 230/1995 (articolo 243 d.lgs. n. 101/2020), disciplinando, *ex novo*, la materia dai rischi connessi all'esposizione a radiazioni ionizzanti (in ambito industriale, medico, ricerca e da esposizione a particolari sorgenti di radiazioni naturali). Lo stesso regola, inoltre, la sicurezza degli impianti nucleari, delle installazioni e delle attività in cui vengono impiegate materie radioattive, nonché la gestione del combustibile esaurito e dei rifiuti radioattivi.

Il campo di applicazione del decreto attiene anche, per la prima volta, alla protezione dall'esposizione al radon negli ambienti di vita, fissando il medesimo livello di riferimento per luoghi di lavoro e abitazioni già esistenti e prevedendo una progressiva riduzione della soglia di esposizione per ciò che concerne i nuovi immobili residenziali.

Per quanto riguarda, in particolare, gli ambienti di lavoro sono state introdotte importanti modifiche rispetto al quadro normativo previgente. Ed invero, a secondo delle specificità, questi vengono inquadrati nell'ambito di quanto previsto nel *“Piano nazionale d'azione per il radon”* di cui all'articolo 10. Nell'ipotesi in cui si ravvisasse un superamento dei livelli di riferimento, la norma prevede l'adozione di misure correttive per la riduzione della concentrazione di radon, effettuate sulla base delle indicazioni fornite da una nuova figura professionale, quale quella dello «esperto in interventi di risanamento radon» (art. 7, comma 1, n. 40).

Ulteriori significative novità attengono alle garanzie di accesso alle informazioni contenute nella banca dati della rete nazionale di sorveglianza della radioattività ambientale e alle dinamiche di vigilanza e protezione dei lavoratori esposti. Tali aspetti sono regolamentati, essenzialmente, ai Capi I (*“Esposizione al radon”*) e II (*“Pratiche che comportano l'impiego di materiali contenenti radionuclidi di origine naturale”*). Più nel dettaglio, l'articolo 20 specifica

che, nell'ambito dei settori industriali di cui alla già citata tabella II-1 dell'allegato II⁹, le pratiche di interesse sono quelle nelle quali si determina, in esito all'uso e allo stoccaggio dei materiali o della produzione di residui ed effluenti, un livello non trascurabile di esposizione dei lavoratori e, più in generale, della popolazione finitima. L'articolo 21 stabilisce (comma 1) che la registrazione di dati e informazioni su concentrazione di attività nei materiali, nei residui e negli effluenti deve essere effettuata nell'ambito di una sezione della banca dati della Rete nazionale di sorveglianza della radioattività ambientale (articolo 152) – istituita in base all'art. 104 del decreto legislativo 230 del 1995 – il cui coordinamento tecnico è affidato all'ISIN, che fornisce i dati di detta sezione a ministeri, enti interessati e autorità di vigilanza competenti per territorio. La trasmissione dei dati da parte degli esercenti è quindi indirizzata all'ISIN (comma 2). Gli obblighi degli esercenti sono specificati dall'articolo 22 e sono determinati in funzione del confronto delle misurazioni effettuate con i livelli di esenzione riportati nell'allegato II. Anche i risultati delle misurazioni devono essere inviati all'ISIN. La gestione dei materiali provenienti da pratiche con sorgenti di radiazione naturali, e, nel dettaglio, l'allontanamento dei residui, è trattata diffusamente dall'articolo 32 e dagli allegati II (livelli di allontanamento/non rilevanza radiologica) e IV (contenuti dell'istanza di allontanamento). Il nuovo decreto legislativo riporta anche i criteri di classificazione dei residui (articolo 25 e Allegato VI), le modalità di autorizzazione per gli impianti di gestione degli stessi ai fini dello smaltimento nell'ambiente, inclusa la disattivazione degli impianti di discarica (articolo 26 e Allegato VII). È rilevante l'inserimento di criteri di dettaglio per la gestione di materiali da costruzione emettitori di raggi gamma, con elencazione di quelli che necessitano di speciali cautele (allegato II).

Conclusivamente, gran parte delle carenze del precedente assetto hanno trovato dunque risposta all'interno del nuovo *corpus* normativo, il cui apparato sanzionatorio, come recentemente evidenziato dalla giurisprudenza di legittimità, si pone peraltro in stretta continuità con quello prescritto dal d.lgs. n. 230/1995¹⁰.

4. I più recenti approdi legislativi.

In vigore dal 18 gennaio 2023, il decreto legislativo 25 novembre 2022, n. 203 (*Protezione contro i pericoli derivanti dall'esposizione alle radiazioni ionizzanti, regime giuridico della importazione, produzione, commercio, trasporto e detenzione di materiale radioattivo, nonché regime autorizzatorio per i rifiuti radioattivi - Disposizioni integrative e correttive al d.lgs. 31 luglio 2020, n. 101*) reca un corposo aggiornamento al d.lgs. n. 101/2020. La novella, oltre a correggere numerosi refusi contenuti nel testo del 2020 e ad innestare, nello stesso, puntuali

⁹ Si noti come l'allegato II al decreto legislativo n. 101 del 2020 contenga una casistica più ampia rispetto a quella considerata dal decreto legislativo n. 230 del 1995 (Allegato I-*bis* par. 1).

¹⁰ Cass. pen., sez. III, 14 settembre 2022, n. 36820; Cass. pen., sez. III, 29 settembre 2020, n. 31513.

precisazioni allo scopo di rendere la norma pienamente conforme alla direttiva 2013/59/Euratom, presenta, peraltro, alcune significative novità, tra cui quella per cui il valore radon è posto come “valore soglia” e non più come “livello di riferimento”, superato il quale scattano gli obblighi per il datore di lavoro. Altre modifiche interessano le norme in materia di formazione di dirigenti, preposti e lavoratori. Risultano anche aggiornate le pratiche con radiazioni ionizzanti soggette a nulla osta preventivo. Entrano, inoltre, nel novero dei provvedimenti richiedibili tramite autorizzazione unica ambientale (Aua) di cui al d.P.R. n. 59/2013 l’autorizzazione per gli impianti di gestione dei residui al fine dello smaltimento nell’ambiente *ex* articolo 26, d.lgs. n. 101/2020, nonché la notifica di pratica con sorgenti naturali di radiazioni (articolo 24 d.lgs. 101 cit.). Sempre in merito alle autorizzazioni all’esercizio degli impianti in questione, ai fini dello smaltimento si prevede che le prescrizioni *ivi* contemplate siano incluse nel provvedimento di autorizzazione integrata ambientale (Aia) rilasciato *ex* d.lgs. n. 152/2006. Infine, il d.lgs. n. 203/2022 aggiorna anche il modello IRME90 (documento di accompagnamento per l’importazione di rottami metallici e altri materiali di risulta) di cui all’allegato XIX al d.lgs. n. 101/2020 sulla sorveglianza radiometrica¹¹.

5. Conclusioni. Cenni all’esperienza statunitense in tema di gestione dei TENORM.

Come sopra delineato, il controllo e la risoluzione delle problematiche riconducibili alla produzione mediante utilizzo di materiale naturalmente radioattivo, oltre ad un’accurata attività di normazione di dettaglio circa le varie fasi di lavorazione (trasporto, caratterizzazione, destinazione finale dei residui e così via), richiedono un considerevole impegno di natura tecnica (misure, sopralluoghi, ampliamento delle banche dati e così via) e finanziaria, di cui è opportuno tenere conto. L’esecuzione di attività di bonifica dei siti contaminati necessita, inoltre, di un intervento pronto e tecnicamente ben supportato, specie da parte degli uffici periferici con competenza sulle delle aree interessate.

A tal proposito, è certamente interessante riferire in ordine al ruolo rivestito, nell’esperienza nordamericana, dalla *Environmental Protection Agency* (EPA).

Si tratta dell’Agenzia federale per la protezione ambientale, operativa dal dicembre 1970 e competente ad adottare, in presenza di esplicita autorizzazione legislativa, misure di ampia rilevanza economica e politica (ad es., in tema di riduzione della produzione di energia elettrica da centrali a gasolio o a carbone)¹².

¹¹ Per una prima analisi del nuovo testo di legge, cfr. I. MANCA, *I rifiuti radioattivi entrano in Aia*, in *Rifiuti – bollettino di informazione normativa*, n. 2/2023, pp. 34 ss.

¹² Per una dettagliata disamina delle prerogative, anche processuali, dell’Agenzia, si rimanda al recente contributo di G. GRASSO, *Respectfully, I dissent. Prime note su West Virginia et al. v. Environmental Protection Agency et al.*, in *Corti supreme e salute*, n. 2/2022, pp. 445.

Con specifico riferimento al tema che ci occupa, il dipartimento “*Air and radiation*” (OAR) dell’EPA lavora per comprendere i problemi associati alla gestione dei TENORM e per sviluppare metodi efficaci per proteggere le persone e l’ambiente dall’esposizione non necessaria alle radiazioni provenienti da tali questi materiali.

Le sfide al riguardo intraprese si sviluppano in tre distinte direzioni:

1) identificazione e studio dei TENORM e dei rischi che essi presentano per l’essere umano e l’ambiente;

2) accurato esame delle filiere produttive di TENORM al fine della scrupolosa caratterizzazione dei rifiuti prodotti, onde valutare accuratamente le potenziali esposizioni, specie tra il personale addetto alle linee di fabbrica;

3) sviluppo di sinergie tra soggetti istituzionali e organizzazioni (industrie, sindacati, gruppi ambientalisti, associazioni internazionali, università, ecc.) allo scopo di incentivare, mediante l’apertura della discussione alle “forze vive” della società civile, una più profonda comprensione del problema, promuovendo, al contempo, uno strumentario comune per fronteggiarlo (*best practice*).

Occorre conclusivamente pensare a strumenti di minimizzazione del rischio espositivo da TENORM che garantiscano, sulla base di controlli estesi, costanti e a lungo termine dei parametri più critici – e nel rispetto della formula DNSH (*Do No Significant Harm*), alla cui osservanza sono subordinati tutti gli interventi previsti dai PNRR nazionali – il minore impatto possibile sulla salute dei lavoratori e sulle matrici ambientali. E ciò, nondimeno, “*nell’interesse delle future generazioni*”, secondo quanto oggi statuisce l’art. 9 della Costituzione, nel testo introdotto con legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1¹³.

D’altronde, come è stato autorevolmente osservato, la transizione ecologica non è un processo lineare, non ha un esito scontato e non si sviluppa lungo percorsi uniformi, essendo

¹³ Sui contenuti della revisione costituzionale degli articoli 9 e 41 Cost., cfr., *ex aliis*, i commenti di E. DI SALVATORE, *Brevi osservazioni sulla revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2022, pp. 1 ss.; M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell’ambiente: tra rischi congiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 3/2021, pp. 285 ss.; G. DI PLINIO, *L’insostenibile evanescenza della costituzionalizzazione dell’ambiente*, in *Federalismi.it*, n. 16/2021, pp. 1 ss.; L. BARTOLUCCI, *Le generazioni future (con la tutela dell’ambiente) entrano “espressamente” in Costituzione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 2/2022, pp. 20 ss.; G. SOBRINO, *La revisione costituzionale degli articoli 9 e 41: cosa cambia per il diritto costituzionale dell’ambiente?*, in L. IMARISIO, G. SOBRINO (a cura di), *La riforma degli artt. 9 e 41 della Costituzione: un primo confronto. Atti del Seminario svoltosi a Cuneo in 29 aprile 2022*, pp. 7 ss.; G. VIVOLI, *La modifica degli artt. 9 e 41 della Costituzione*, in questa *Rivista*, n. 1/2022, pp. 8 ss.

questa bensì il frutto della imprescindibile interazione tra le trasformazioni giuridiche e i mutamenti economici, politici e sociali, cui le prime necessariamente accedono¹⁴.

¹⁴ F.W. GEELS, B. TURNHEIM, *The Great Reconfiguration*, Cambridge, 2022, p. 47. Al riguardo si vedano, altresì, le riflessioni di M. CECCHETTI, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Corti supreme e salute*, n. 1/2022, p. 148, in tema di “politiche della complessità”, definendo l’autore come tali le politiche pubbliche cui la Costituzione affida il compito di “coniugare indissolubilmente economia, ambiente e sviluppo sociale”.

queste istituzioni

**La compartecipazione amministrativa
nell'ambito sociale:
inquadramento e nuove prospettive.
Verso una co-amministrazione?**

Marco Previtali

Numero 1/2023

31 marzo 2023

La compartecipazione amministrativa nell'ambito sociale: inquadramento e nuove prospettive.

Verso una co-amministrazione?

di Marco Previtali*

Sommario

1. Codice del Terzo settore e rapporti con la P.A. – 2. La svolta della Corte Costituzionale – 3. Il consolidamento della fattispecie e le altre forme di partenariato – 4. I più recenti sviluppi – 5. La definizione di co-amministrazione quale nuovo paradigma?

Sintesi

Il Titolo VII del d.lgs. 117/2017, c.d. Codice del Terzo settore, disciplina le forme di coinvolgimento degli ETS ed i rapporti collaborativi con le PPAA, aprendo così la strada a nuove forme di partenariato sociale e all'affermazione di un nuovo paradigma giuridico, che trova il suo fondamento nei principi di solidarietà e sussidiarietà orizzontale. Gli istituti esaminati sono: co-progettazione, co-programmazione, accreditamento e convenzione. Questi si pongono in necessaria relazione con le procedure di appalto, che seguono il più tradizionale schema ad evidenza pubblica, in particolar modo con l'appalto di servizi sociali.

Abstract

Title VII of d.lgs. 117/2017, c.d. Code of the Third Sector, regulates the forms of involvement of ETS and collaborative relations with PPAA, thus opening the way to new forms of social partnership and the affirmation of a new legal paradigm, which is based on the principles of solidarity and horizontal subsidiarity. The institutions examined are: co-planning, co-programming, accreditation and convention. These are necessary in relation to procurement procedures, which follow the more traditional public evidence scheme, in particular with the procurement of social services.

Parole chiave

Appalti pubblici; Terzo settore; Principio di sussidiarietà; Partenariato pubblico privato; Co-amministrazione.

Keywords

Public procurement; Third sector; Administrative sharing; Public private partnership; co-planning.

* Assegnista di ricerca in Diritto dell'Economia, Università degli Studi di Bergamo.

1. Codice del Terzo settore e rapporti con la P.A.

Il fenomeno giuridico delle collaborazioni tra pubbliche amministrazioni ed enti del privato sociale risulta presentare, ad oggi, un percorso storico ed evolutivo non più così recente. A ciò si aggiunga che il connesso ruolo del terzo settore sta assumendo sempre più rilievo nel nostro ordinamento, soprattutto con riguardo ai legami che possono instaurarsi con quegli enti pubblici che esercitano le funzioni amministrative connesse alla gestione dei servizi sociali e di welfare, ossia gli Enti locali. Dunque il perseguimento dell'interesse generale affidato a dette amministrazioni si pone in necessaria relazione con quei soggetti privati portatori non di interessi individuali ma bensì di interessi collettivi.

Gli istituti giuridici che concretizzano questo rapporto ed offrono agli attori pubblici e privati gli strumenti idonei per attuarlo sono rinvenibili nel Codice del Terzo settore, d.lgs. 117/2017, al Titolo VII, recante «Dei rapporti con gli enti pubblici», composto da tre articoli: 55, 56 e 57, disciplinanti quattro istituti: co-progettazione, co-programmazione, convenzione e accreditamento.

Analizzando la detta disciplina legislativa occorre sottolineare come l'art. 55 abbia realizzato un superamento della natura sinallagmatica del rapporto tra pubblico e privato¹, prediligendo una struttura di tipo collaborativo, articolata in due fasi definite, in gergo anglosassone, come «*rule-making*» e «*adjudication*»². La prima consisterebbe nell'attività di regolamentazione propria dell'amministrazione, mentre la seconda risulterebbe essere un provvedimento amministrativo. Analizzando oltre gli spunti comparatistici può osservarsi come nel disegno approntato dalla riforma la fase di co-programmazione sia concepita come prodromica a quella di co-progettazione. In particolare la co-programmazione è ricondotta dal comma 2 ad una funzione di determinazione *ex ante* dei bisogni accompagnata da una definizione in termini solamente generali delle possibili azioni di intervento e dei relativi costi. Il riferimento all'attività di *rule-making* è da intendersi non come attività di regolamentazione generale, ma piuttosto come programmazione di servizi e attività di interesse generale. Ed in questo contesto la co-programmazione assume il significato di coinvolgimento attivo³ e di programmazione negoziata⁴, sì da indicare come la compartecipazione in questa fase preliminare costituisca momento stipulativo all'interno della procedura. Ben può dirsi quindi che la prospettiva che si è affermata si diriga verso una sempre crescente relazionalità nell'affidamento

¹ In tal senso F. SCALVINI, *Co-programmazione, co-progettazione e accreditamento: profili e questioni applicative*, in A. FICI (a cura di), *La riforma del terzo settore e dell'impresa sociale*, Napoli, 2018, 272 ss.

² In questi termini M. D'ALBERTI, *Poteri regolatori tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 2013, 607 ss.

³ In senso critico sull'uso del termine P. CONSORTI, L. GORI, E. ROSSI, *Diritto del Terzo settore*, Bologna, 2018, 140.

⁴ Sul tema si veda G. PASTORI, *Pubblico e privato nei servizi sociali*, in E. BALBONI, B. BARONI, A. MATTIONI, G. PASTORI (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla legge n. 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Milano, 2002, 75 ss.

dei servizi⁵, tanto che si è parlato di vero e proprio contraddittorio tra parte pubblica e parte privata⁶. Infatti è pacifico che il tavolo pubblico di programmazione possa essere considerato luogo di dialogo e confronto tra organismi di promozione sociale ed amministrazioni pubbliche, ma la particolarità in questa fattispecie consiste nel fatto che il c.d. contraddittorio non si instaura a causa di divergenze tra le controparti tradizionali, a seguito delle quali la parte privata decide di intervenire nel procedimento, ma si realizza all'interno di un luogo di tendenziale pacifico dialogo tra portatori di interessi e programmatori di servizi. In effetti questo momento si instaura proprio prima dell'attività ordinaria di programmazione generale che le amministrazioni sono chiamate a svolgere, collocandosi quindi in un contesto di definizione delle politiche pubbliche⁷. In termini specifici sono state avanzate alcune riflessioni⁸. La prima attiene all'ambito oggettivo di applicazione dell'istituto, il cui utilizzo viene previsto per i settori di cui all'art. 5 del codice, categoria più ampia degli esclusivi «interventi e servizi sociali» previsti dalla legge quadro del duemila. La seconda riguarda il piano più strettamente procedurale: in particolare è stato sottolineato come, in tema di disciplina di individuazione dei partner, l'unica disposizione espressamente prevista riguardi la co-progettazione e non la co-programmazione. Infatti il comma 4, dell'art. 55, così recita: «Ai fini di cui al comma 3, l'individuazione degli enti del Terzo settore con cui attivare il partenariato avviene anche mediante forme di accreditamento nel rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento, previa definizione, da parte della pubblica amministrazione precedente, degli obiettivi generali e specifici dell'intervento, della durata e delle caratteristiche essenziali dello stesso nonché dei criteri e delle modalità per l'individuazione degli enti partner». Sono stati pertanto messi in luce i rischi riguardanti le possibili asimmetrie che si verrebbero a creare. Una soluzione è stata quindi offerta dall'ANAC che, attraverso la determinazione 20 gennaio 2016, n. 32 ha espressamente previsto un obbligo, posto in capo alle amministrazioni, di procedere ad una adeguata attività di programmazione al fine di evitare il ricorso a procedure di urgenza per rispondere ai bisogni emersi, arrischiando la nascita di debiti

⁵ Per riflessioni circa questi sviluppi si rimanda a P. MICHIARA, *Contrattazione e servizi relazionali ai sensi delle direttive comunitarie 2014/23 Ue e 2014/24 Ue. Spunti per un inquadramento*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2, 2016, 461 ss.

⁶ In questi termini V. TONDI DELLA MURA, *Riforma del Terzo settore e principio di sussidiarietà*, in *Non Profit*, 3, 2017, 48 ss.

⁷ Così F. DAL CANTO, *La conferenza permanente delle autonomie sociali*, in P. CARROZZA, R. ROMBOLI, E. ROSSI (a cura di), *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Toscana*, Torino, 2015, 182 ss.; in senso più critico U. ALLEGRETTI, *Procedura, procedimento, processo. Un'ottica di democrazia partecipativa*, in *Dir. amm.*, 4, 2007, 789 ss., il quale ha definito il fenomeno partecipativo come contraddittorio "precoce".

⁸ E. ROSSI, *Costituzione, pluralismo solidaristico e Terzo settore*, Modena, 2019, 61 ss.; G. DELLEDONNE, *Le ripercussioni sul riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in *Non Profit*, 2017, 69 ss.

fuori bilancio. Così facendo si è affermata la necessità di una lettura in c.d. combinato disposto, così appianando le possibili asimmetrie⁹.

Dovendo inquadrare più precisamente, dal punto di vista del diritto amministrativo, cosa sia la co-progettazione, occorre richiamare alcune riflessioni mosse dalla dottrina di settore. Innanzitutto è stato osservato¹⁰ come questa risulti essere un vera e propria attività attuativa di quanto già previsto in fase di programmazione. In quest'ottica quindi si tratterebbe di un'attività di «amministrazione puntuale o di gestione amministrativa»¹¹, conseguente alle attività di regolazione e gestione del potere amministrativo. Nella fattispecie tale istituto è stato qualificato come c.d. dialogo procedimentale¹², ossia come spazio di accordo tra amministrazione ed enti del terzo settore circa la definizione concreta dei servizi. Dunque il significato più pragmatico della co-progettazione è stato individuato nel suo ruolo organizzativo, ossia nella sua esplicazione nella fase preliminare all'affidamento, cioè in quel momento del procedimento in cui si deve ideare e strutturare uno specifico servizio o intervento¹³, con ciò significando che il ruolo degli organismi di promozione sociale risulta essere un ruolo di c.d. *advocacy*, ossia di rappresentanza, sostegno e promozione di un settore, dei suoi attori e delle sue esigenze¹⁴.

Proprio in riferimento alla questione dell'inquadramento giuridico è opportuno segnalare che alcune questioni interpretative sono state sollevate, ed in particolare la giurisprudenza¹⁵ ne ha dato un'interpretazione piuttosto restrittiva. Così l'istituto in oggetto è stato interpretato quale appalto di servizi sociali, all'interno del quale la progettazione condivisa risulta essere una mera modalità di svolgimento del confronto concorrenziale, collocando la fattispecie nell'alveo dei contratti pubblici. Inoltre il giudice amministrativo ha aggiunto come l'utilizzo del termine co-progettazione rischi di essere fuorviante poiché gli interventi e i servizi in oggetto vengono affidati al soggetto selezionato al quale viene versato un corrispettivo che ne assicuri l'equilibrio finanziario, così comportando, attraverso tale inquadramento, anche delle ricadute sul piano processuale: risulterebbe infatti così applicabile l'art. 120 del codice del processo amministrativo (d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104) in materia di c.d. rito speciale appalti. Questa visione restrittiva e rigorosa è stata ripresa dal parere del Consiglio di Stato n. 2052 del 2018¹⁶. Specificatamente il

⁹ Documento «Schede di lettura» del codice del Terzo settore elaborato dal Servizio studi del Senato e della Camera dei deputati nel maggio 2017, 89 ss.

¹⁰ L. GILI, *Il codice del Terzo settore ed i rapporti collaborativi con la P.A.*, in *Urb. e app.*, 1, 2018, 15 ss.; P. CONSORTI, L. GORI, E. ROSSI, *Diritto del Terzo settore*, op. cit., 142 ss.

¹¹ In tal senso V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2013, 250 ss.

¹² Così M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, 164 ss.

¹³ In questi termini G. LEONDINI, *Riforma del terzo settore e autonomie locali*, Torino, 2019, 19 ss.

¹⁴ Sul ruolo di *advocacy* si rinvia a S. GALLERINI, *L'evoluzione del volontariato e Terzo settore nella funzione di advocacy*, in A. BARTOLINI, A. PIOGGIA (a cura di), *Cittadinanze amministrative*, Firenze, 2016, 181 ss.

¹⁵ Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 28 marzo 2017, n. 727, in www.giustiziaamministrativa.it.

¹⁶ Cons. Stato, comm. spec., 20 agosto 2018, n. 2052 in www.giustiziaamministrativa.it.

fenomeno co-progettuale è stato ricondotto all'interno dell'alveo del partenariato per l'innovazione. Questa soluzione è apparsa, agli occhi dei giudici di palazzo Spada, come risolutiva da un lato e conforme al diritto europeo dall'altro, poiché così si permette di utilizzare un modello comunque flessibile e partecipato in ogni caso rispettando quelli che il Consiglio di Stato ha interpretato come binari rigidi del diritto europeo¹⁷.

Tuttavia quest'ultima impostazione è stata criticata¹⁸ e superata. È stato infatti sostenuto¹⁹ come sia necessario darsi una lettura complessiva che si avvicini di più ai modelli pattizi di relazione tra sfera pubblica e sfera privata, più che ad un modello unidirezionale di affidamento tramite appalto. In un'ottica di contemperamento della tesi più rigorosa si colloca la dottrina che ha immaginato una soluzione che tenga in considerazione anche le ragioni legate alla tutela della concorrenza. In questo senso l'art. 55 legittimerebbe due differenti procedure legate al regime delle soglie comunitarie: la selezione del partner in un contratto sotto soglia può seguire una procedura diversa rispetto a quella del codice degli appalti, sempre nel rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità e parità di trattamento; viceversa la procedura al superamento delle soglie dovrà rispettare la normativa comunitaria²⁰.

Un'altra prospettiva è stata invece proposta da una parte della giurisprudenza amministrativa²¹ che ha negato la possibilità di inquadrare la co-progettazione nella fattispecie dell'appalto pubblico. In particolare, già prima dell'avvento del codice, è stato stabilito che questo istituto si configuri più come una selezione preordinata ad individuare il partner sulla base di uno schema partecipativo, anche attraverso le procedure ristretta e negoziata, piuttosto che una procedura aperta di selezione dell'affidatario, proprio in virtù della disciplina contenuta nel D.P.C.M. del 2001²². Secondo la ricostruzione successiva al codice, inoltre, si prevede che l'apertura verso un modello di partnership non escluda il dovere dell'amministrazione di condurre il procedimento di selezione nel rispetto di alcuni principi e criteri considerabili pervasivi di tutto il sistema della contrattazione pubblica. Questi sono ricavabili *per relationem*

¹⁷ Sul tema si rinvia a M. CAFAGNO, *Risorse decisionali e amministrazione difensiva. Il caso delle procedure contrattuali*, in *Dir. amm.*, 1, 2020, 35 ss.

¹⁸ In particolare A. DONATO, *La co-progettazione*, in A. DONATO (a cura di), *L'affidamento dei servizi sociali*, Milano, 2020, 106 ss.

¹⁹ S. PELLIZZARI, *La co-progettazione nelle esperienze regionali e nel Codice del terzo settore*, in S. PELLIZZARI, A. MAGLIARI (a cura di), *Pubblica amministrazione e terzo settore*, Napoli, 2019, 110 ss.; ma anche L. GILI, *Il codice del Terzo settore ed i rapporti collaborativi con la P.A.*, op. cit., 2018; M. V. FERRONI, *L'affidamento agli enti del Terzo settore ed il codice dei contratti pubblici*, in *Nomos*, 2, 2018, 10 ss.

²⁰ Tale impostazione è ripresa da A. FABIANO (a cura di), *La co-progettazione e il codice degli appalti nell'affidamento dei servizi sociali. Spunti di approfondimento*, in *www.anci.it*, maggio 2017, 10 ss.

²¹ Tar Emilia-Romagna, Parma, sez. I, 27 febbraio 2015, n. 51; Tar Lombardia, Brescia, sez. II, 28 giugno 2016, n. 890; Tar Lazio, Latina, sez. I, 16 giugno 2016, n. 400; Tar Campania, Napoli, sez. III, 2 luglio 2019, n. 3620; tutte in *www.giustiziaamministrativa.it*; ma anche Cons. Stato, sez. V, 7 gennaio 2021, n. 208, in *www.giustiziaamministrativa.it*.

²² Tale decreto risulta essere la prima fonte che espressamente prevede e disciplinò la co-progettazione quale istituto specifico e autonomo.

dall'art. 1 della legge 241/90²³, dall'art. 97 Cost. e dai principi previsti dalla normativa comunitaria. Quindi, secondo la citata giurisprudenza, non esisterebbe un vero e proprio obbligo di osservanza delle disposizioni del codice dei contratti attivando un partenariato di co-progettazione. Questo filone giurisprudenziale, peraltro non smentito dal Consiglio di Stato in sede di impugnazione della citata sentenza del Tar Campania, sarebbe riconfermato, o meglio anticipato, dalla delibera ANAC 32 del 2016 che, secondo quanto evidenziato da alcuni²⁴, presenterebbe addirittura carattere pionieristico. Questa infatti aveva già sviluppato una sua ricostruzione in merito alla natura giuridica dell'istituto in esame e ne aveva anche delineato una procedura minima. Nella fattispecie l'istituto è stato definito quale accordo procedimentale di collaborazione all'interno di un partenariato tra amministrazione e privato sociale. Sul piano procedurale poi, premettendone il carattere innovativo e sperimentale, l'Autorità ha definito alcune fasi, ad incominciare dal c.d. progetto di massima, ossia un atto, in cui si ritrovano obiettivi, area, durata e caratteristiche essenziali dell'intervento, che costituisce la base per procedere alla selezione dei partner progettuali. Emerge dunque il ruolo chiave dell'amministrazione, la quale è chiamata ad orientare *ex ante* la fase progettuale.

È stato quindi osservato come l'art. 55, comma 4 possa essere letto in combinato disposto con la predetta delibera dell'ANAC, anche alla luce di quanto disposto, in materia generale, dagli artt. 11 e 12 della legge 241/1990²⁵. Così facendo la procedura desumibile risulta articolata in quattro fasi. Il primo momento consiste nella pubblicazione di un avviso, strumento di manifestazione della volontà contenente il progetto di massima e le indicazioni circa modalità e criteri per selezionare il progetto definitivo. Il passaggio successivo consiste nella presentazione delle candidature e nell'individuazione dei soggetti idonei a divenire partner attraverso una verifica circa il possesso dei requisiti, le peculiarità della proposta progettuale ed i relativi costi. Le linee guida dell'ANAC proprio su questo punto si soffermano specificando che i requisiti richiesti non sono solo quelli di ordine generale previsti dal codice dei contratti pubblici, ma anche quelli tecnici e professionali, ai quali si aggiungono quelli c.d. sociali, consistenti nell'esperienza maturata nel settore. Il terzo passaggio consiste nell'avvio vero e proprio del tavolo di co-progettazione e quindi nell'esame e nella revisione del progetto iniziale, all'interno di un percorso condiviso che vede intrecciarsi proposta pubblica e opzioni prospettate dai privati. Il metodo da seguire è quello della progettazione su misura, ossia calibrata secondo le specifiche esigenze territoriali e di comunità, valutando gli apporti concreti ed operativi, in termini anche di costi e mezzi, che emergono dallo scambio tra pubblico e privato. Il passaggio finale consiste dunque nella stipula della convenzione tra l'amministrazione e l'ente del terzo

²³ Ci si riferisce alla legge 7 agosto 1990, n. 241.

²⁴ In questi termini E. FREDIANI, *La co-progettazione dei servizi sociali*, Torino, 2021, 198 e 211.

²⁵ G. CICERI, L. RAIMONDI, *La coprogettazione dal punto di vista amministrativo*, in U. DE AMBROGIO, C. GUIDETTI (a cura di), *La coprogettazione. La partnership tra pubblico e terzo settore*, Roma, 2016, 33 ss.

settore scelto al termine del processo collaborativo che ha portato all'individuazione del progetto ideativo.

Può dunque osservarsi come la lettura che si è data fin qui ricalchi un'impostazione concettuale che tende a valorizzare gli elementi innovativi dell'istituto, pur dovendoli contemperare con le esigenze di tipo pragmatico legate all'utilizzo dell'istituto da parte delle amministrazioni, specialmente degli enti locali, i quali risultano essere i destinatari primari di questa normativa. È proprio una parte della dottrina²⁶ che ha espresso forti convinzioni in merito, al fine di smuovere e rivedere alcune impostazioni ritenute eccessivamente rigide, avanzate dagli organismi competenti, primo tra tutti dal Consiglio di Stato.

2. La svolta della Corte Costituzionale

Un fondamentale punto di svolta, accolto con grande favore dalla dottrina, è rappresentato dalla sentenza n. 131 del 2020 della Corte Costituzionale²⁷. Questa pronuncia è stata definita quale «*pietra miliare*»²⁸, «*svolta*»²⁹ e «*punto di riferimento*»³⁰. Si aggiunga, sintetizzando, che la Consulta sia giunta ad una vera e propria smentita della posizione del Consiglio di Stato, realizzando un nuovo «*fondamento concettuale*»³¹ in cui l'istituto della co-progettazione viene inteso quale strumento cardine del rapporto tra amministrazioni ed enti del terzo settore, anche attraverso una sua procedimentalizzazione.

La pronuncia in esame origina dal ricorso del Governo avverso una legge regionale umbra³², la quale prevede il coinvolgimento delle c.d. cooperative di comunità all'interno del sistema integrato dei servizi sociali, promuovendo nei fatti, secondo il governo, la qualificazione di questi soggetti al rango di enti del terzo settore, così violando la previsione di cui all'art. 55 comma 1 del codice. La Corte ha respinto la questione di legittimità costituzionale. Ma ciò che rileva in questa sede non è tanto la singola vicenda giuridica attinente alla qualificazione delle

²⁶ AA. VV. *Il diritto del Terzo settore preso sul serio. Una riflessione a tutto campo, partendo da una lettura critica del parere del Consiglio di Stato n. 2052 del 20 agosto 2018 sul Codice del Terzo settore*, in *www.labsus.org*, 1, 2019, 1 ss.; gli autori hanno fondato, nel luglio 2018, il “Club degli amici dell’art. 55” ed hanno firmato un appello, contenente il documento citato, da inviare all’ANAC per rivedere le linee guida, criticando l’impostazione restrittiva del Consiglio di Stato.

²⁷ Corte cost., 26 giugno 2020, n. 131, in *Giur. cost.*, 2020, 1439 ss. Per un primo commento: M. GALDI, *Riflessioni in tema di terzo settore e interesse generale*, nota a Corte cost., 26 giugno 2020, n. 131, in *www.federalismi.it*, 32, 2020, 88 ss.

²⁸ F. GIGLIONI, *L'amministrazione condivisa è parte integrante della Costituzione italiana*, in *www.labsus.org*, 6 luglio 2020.

²⁹ S. PELLIZARI, C. BORZAGA (a cura di), *Terzo settore e pubblica amministrazione. La svolta della Corte Costituzionale*, Trento, Euricse, 2020, 5 ss.

³⁰ L. GORI, *Sentenza 131/2020: sta nascendo un diritto costituzionale del Terzo settore*, in *www.impresasociale.it*, 27 giugno 2020.

³¹ E. ROSSI, *Il fondamento del Terzo settore è nella Costituzione. Prime osservazioni sulla sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Forum Quad. cost.*, 3, 2020, 49 ss.

³² L. r. Umbria 11 aprile 2019, n.2, specificatamente art. 5, comma 1, lett. b).

cooperative di comunità, peraltro risolta e liquidata nel senso di subordinarne l'appartenenza agli ETS nel caso in cui queste, all'interno dei rispettivi statuti, presentino natura di impresa sociale, bensì qui interessano le considerazioni giuridico-costituzionali attinenti all'art. 55 della riforma.

Quello che ha realizzato il Giudice delle leggi è un vero e proprio elogio della disposizione in esame, considerandola una delle attuazioni più significative del principio di sussidiarietà orizzontale. In particolare ne è stato evidenziato un elemento innovativo, ossia il fatto di rappresentare una prima procedimentalizzazione legislativa unitaria della compartecipazione sociale al procedimento amministrativo³³. Quindi quella che viene definita come partecipazione sussidiaria (od anche partecipazione in sussidiarietà) si realizza proprio grazie alla norma in esame, che ne rappresenta l'esempio più forte. La Corte così si esprime: «È in espressa attuazione, in particolare, del principio di cui all'ultimo comma dell'art. 118 Cost., che l'art. 55 CTS realizza per la prima volta in termini generali una vera e propria procedimentalizzazione dell'azione sussidiaria»³⁴. L'apporto degli enti del TS è apprezzabile dunque, non solo nella misura in cui questi rappresentano la c.d. società solidali, poiché ne sono esponenti di rilievo, ma anche perché essi contribuiscono alla costruzione ed organizzazione di servizi e interventi, alleggerendo gli oneri a carico delle amministrazioni e contribuendo a creare una rete sociale, il più possibile capillare ed attenta alle istanze del territorio.

Un aspetto che assume particolare rilevanza nelle argomentazioni della Corte è quello avente riguardo ad una c.d. terza via, ossia a quelle realtà alternative tanto al mercato quanto allo Stato, permettendo a parte della dottrina di definirla amministrazione condivisa³⁵. Paiono dunque significative le parole della Consulta: «Si è identificato così un ambito di organizzazione delle “libertà sociali” (sentenze n. 185 del 2018 e n. 300 del 2003) non riconducibile né allo Stato, né al mercato, ma a quelle “forme di solidarietà”» che, in quanto espressive di una relazione di reciprocità, devono essere ricomprese «tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico, riconosciuti, insieme ai diritti inviolabili dell'uomo, come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente» (sentenza n. 309 del 2013)³⁶. Quest'affermazione, da sola, parrebbe risolvere la diatriba tra tutela della concorrenza e del principio dell'evidenza pubblica da un lato e principi di solidarietà e sussidiarietà dall'altro. Ciò che ne consegue, sul

³³ Sul tema più in generale si rinvia a S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2007, 13 ss.; P. CHIRULLI, *I diritti dei partecipanti al procedimento amministrativo*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 62 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *La partecipazione civica al processo decisionale pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2019, 1 ss.

³⁴ Considerando in diritto 2.1.

³⁵ Sul tema dell'amministrazione condivisa si veda G. ARENA, *L'amministrazione condivisa ed i suoi sviluppi nel rapporto con cittadini ed enti del Terzo Settore*, in *Giur. cost.*, 3, 2020, 1449 ss., nota a Corte cost., 26 giugno 2020, n.131.

³⁶ Considerando in diritto 2.1.

piano giuridico amministrativo, è che l'autonomia disciplinare della co-progettazione risulta chiarita e definita rispetto alla più generale alea dei contratti pubblici, consolidando così una sfera, sottratta sia al mercato che allo stato, nel pieno rispetto della normativa europea in materia di concorrenza³⁷, dunque facendo sì che queste forme di partenariato collaborativo si collochino negli «*interstizi della normativa europea*»³⁸.

Quanto appena esposto è stato ripreso dalla stessa Corte in una sentenza di poco successiva³⁹, la quale ha ulteriormente corroborato l'idea di un regime ad evidenza pubblica «*alleggerita*»⁴⁰, proprio volendo definire quella peculiare situazione nella quale agiscono i rapporti tra ambito sociale ed azione pubblicistica. Ma vi è di più. Questa pronuncia ha fatto richiamo alle modifiche allora introdotte dal c.d. decreto semplificazioni⁴¹, il quale, come noto, è intervenuto modificando il codice dei contratti pubblici⁴² così portando il Giudice delle leggi ad affermare che «sono oggi espressamente fatte salve le diverse modalità previste dal codice del Terzo settore»⁴³, realizzando così quel raccordo tra i due codici che risultava mancante e chiarendo, ancora una volta, che la normativa europea in tema di appalti lasci la possibilità agli Stati membri di affidare i servizi sociali anche attraverso modalità diverse dall'appalto di servizi. E dunque l'autonoma rilevanza del terzo settore può essere apprezzata proprio sulla base di un percorso che parte dal principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art.118, quarto comma e giunge al principio di solidarietà di cui all'art. 2, secondo comma, della Costituzione⁴⁴, quasi come se si fosse ripresa una storia che si era interrotta dopo la sentenza n. 75 del 1992⁴⁵.

³⁷ Più specificatamente sul tema si veda E. BANI, *Il Codice dei contratti pubblici tra Stato, mercato e non profit*, in A. FIORITTO (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato*, Torino, 2017, 241 ss.

³⁸ L'espressione è di F. MERUSI, *Le leggi del mercato. Innovazione comunitaria e autarchia nazionale*, Bologna, 2002, 97 ss., ripresa in questo contesto da E. FREDIANI, *La co-progettazione dei servizi sociali*, op. cit., 231.

³⁹ Corte cost., 4 novembre 2020, n. 255, in *Giur. cost.*, 2020.

⁴⁰ Più approfonditamente si veda S. PELLIZZARI, *I modelli organizzativi e gestionali ispirati alle logiche solidaristiche*, in www.labsus.org, 14 marzo 2021; L. GORI, *La sentenza 255 e i confini interni del Terzo settore*, in *Impresa sociale*, 1 dicembre 2020.

⁴¹ Decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito in legge 11 settembre 2020, n. 120.

⁴² In particolare il comma 8 dell'art. 30 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, a seguito delle modifiche apportate dall'art. 8, comma 5, lettera 0a), del d.l. 76 del 2020 convertito con legge n. 120 del 2020, nel prevedere un generale richiamo a quanto previsto dalla legge 7 agosto 1990, n. 241 sul procedimento amministrativo, salvaguarda quanto stabilito non solo dal codice dei contratti e dagli atti attuativi, ma anche le «forme di coinvolgimento degli enti del Terzo settore previste dal titolo VII del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117».

⁴³ Considerato in diritto n. 5.1.

⁴⁴ Così, autorevolmente D. DE PETRIS, *Prefazione*, in S. PELLIZZARI, C. BORZAGA (a cura di), *Terzo settore e pubblica amministrazione. La svolta della Corte costituzionale*, Trento, 2020, 7 ss.

⁴⁵ Corte cost., 17 febbraio 1992, n. 75, in *Giur. cost.*, 1992. Il parallelismo tra le due pronunce è ripreso da F. SANCHINI, *Profili costituzionali del Terzo settore*, Milano, 2021, 211.

3. Il consolidamento della fattispecie e le altre forme di partenariato.

Tuttavia l'evoluzione in materia di compartecipazione non si è qui esaurita, potendo oggi apprezzare ulteriori e significativi passaggi.

Occorre quindi incominciare dall'emanazione del decreto ministeriale 31 marzo 2021, n. 72⁴⁶, recante le linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni e terzo settore. Tale atto è il risultato di un lungo percorso di lavoro condiviso, avviato su iniziativa del Consiglio nazionale del Terzo settore che, per mezzo di delibera del 23 gennaio 2020, ha chiesto l'istituzione di un gruppo di lavoro, a tal fine dando mandato al competente Direttore Generale del Ministero di costituire apposito gruppo di lavoro, istituito nel marzo dello stesso anno e di cui hanno fatto parte i livelli di *governance* regionale e locale, oltre all'Associazione maggiormente rappresentativa a livello nazionale degli Enti del Terzo settore. Tale procedimento, che in maniera da un lato simbolica e dall'altro significativa risulta essere esso stesso compartecipato, ha portato alla stesura delle citate linee guida⁴⁷. Preme sottolineare come queste risultino essere il frutto del lavoro di quei soggetti che ne sono anche i primi applicatori, soprattutto per quanto concerne la partecipazione del privato sociale, per così dire, istituzionalizzato, attraverso il sistema del registro unico⁴⁸ e soprattutto del consiglio nazionale del terzo settore.

Nello specifico può evidenziarsi come, proprio in riferimento alla distinzione delle procedure ed alla applicabilità dei due codici, la scelta dell'amministrazione in merito a quale criterio adottare risulta detenere un ruolo centrale. Infatti, come evidenziato in dottrina⁴⁹, il soggetto pubblico è chiamato a scegliere se adottare un criterio di tipo *non profit*, oppure di tipo *profit*, subordinando così a tale scelta l'applicazione del codice dei contratti pubblici o del codice del terzo settore, posti in questo modo in chiave alternativa. Si delineano così due modelli procedurali: uno di tipo collaborativo ed uno di tipo concorrenziale, fondandosi la differenza sulla presenza o meno del fine di lucro, riferito questo al soggetto che pone in essere l'attività, ossia il soggetto privato. Questo quindi potrà essere o un ente del terzo settore così come individuato dal codice ed iscritto al registro unico nazionale, oppure un altro ente di tipo

⁴⁶ Decreto del Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali, 31 marzo 2021, n. 72, recante: «*Linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore negli artt. 55-57 del d.lgs. n.117/2017 (codice del terzo settore)*».

⁴⁷ Per un primo commento L. GALLO, *Le linee guida sul rapporto tra PA ed ETS negli istituti collaborativi del codice del Terzo settore. Nota al Decreto ministeriale n. 72 del 31/03/2021 di approvazione delle Linee Guida*, in www.terzjus.it, 1 aprile 2021; L. GORI, *Linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed Enti del Terzo Settore*, in www.forumterzosettore.it, 1 aprile 2021.

⁴⁸ Sul tema si rimanda a A. FICI, A. LOMBARDI, *Il registro unico del terzo settore: profili generali*, in AA. VV., *Riforma in movimento*, Napoli, 2021, 199 ss.; A. FICI, N. RICCARDELLI (a cura di), *Il registro unico nazionale del terzo settore*, Napoli, 2021.

⁴⁹ A. GUALDANI, *Il rapporto tra le pubbliche amministrazioni e gli enti del Terzo settore alla luce dei recenti interventi normativi*, in www.federalismi.it, 21, 2021, 129; A. SANTUARI, *Le linee guida ministeriali sugli istituti giuridici di cooperazione tra PA e ETS*, in www.welforum.it, 20 aprile 2021.

privato. Nel caso in cui questo sia di tipo commerciale o comunque detenga scopi di lucro, troverà applicazione il codice dei contratti. Nella prima fattispecie troverà invece applicazione il codice del terzo settore, così come evidenziato anche dalla successiva giurisprudenza⁵⁰. Tuttavia occorre precisare anche che l'amministrazione potrebbe trovarsi dinnanzi a talune ipotesi individuate dalla normativa regionale⁵¹, per le quali talune tipologie di enti si trovino in una condizione di ibridismo; non risultano essere enti del terzo settore propriamente detti, e quindi a questi non risulta essere applicabile la disciplina del codice del terzo settore, ma risultano essere comunque enti di tipo sociale o non profit. In tal modo allora troveranno applicazione le eventuali disposizioni previste in ambito regionale.

Si intende soffermarsi sugli aspetti procedurali delle linee guida ed in particolare segnalare che, innanzitutto, viene posto al centro il principio di autonomia organizzativa e regolamentare, precisando che gli enti pubblici sono liberi di dare attuazione alle disposizioni del Titolo VII avendo riguardo al proprio assetto organizzativo e normativo, dal punto di vista statutario e regolamentare, avendo comunque facoltà di approvare nuovi e specifici regolamenti. Viene preliminarmente precisato che le amministrazioni nell'applicazione degli istituti qui in esame devono conformarsi ai principi di sussidiarietà, cooperazione, efficacia, efficienza, economicità, copertura finanziaria e patrimoniale, responsabilità e unicità dell'amministrazione, pubblicità, trasparenza, parità di trattamento, nonché di prevenzione del conflitto di interessi.

Le suddette linee guida hanno inoltre contezza dell'esigenza, messa in luce in fase di stesura proprio dagli enti sociali, di colmare le lacune lasciate dal codice, le quali hanno in parte contribuito all'affermarsi di interpretazioni di tipo restrittivo. Vengono così disciplinati dettagliatamente i singoli procedimenti, prevedendo per la co-programmazione e la co-progettazione l'avvio del procedimento d'ufficio e ad istanza di parte, la pubblicazione di un avviso, il rispetto delle regole dell'evidenza pubblica ed il ruolo chiave svolto dall'istruttoria. Quest'ultima nella co-programmazione si sostanzia nell'individuazione dei bisogni da soddisfare, degli interventi necessari per perseguirli e delle modalità di realizzazione degli stessi, mentre nella co-progettazione si concretizza nella definizione ed eventualmente nella realizzazione di specifici progetti di servizio o di interventi. Viene specificato inoltre che la conclusione del procedimento di co-programmazione termina con la stesura di un documento "compartecipato" di sintesi, mentre quello di co-progettazione si definisce con la sottoscrizione di una convenzione,

⁵⁰ Sulla differenza tra appalto e co-progettazione: Cons. Stato, sez. V, 7 settembre 2021, n. 6232, in www.giustiziaamministrativa.it.

⁵¹ Sull'ampio tema del ruolo delle regioni e degli enti locali in materia di terzo settore e PA si rinvia a F. SANCHINI, *Il ruolo della legge regionale nella definizione dei rapporti p.a.-enti del terzo settore. La "primogenitura" della regione Toscana con la l. 22 luglio 2020, n. 65*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2021, 201 ss.; A. BONGINI, P. I. DI RAGO, S. SEMERARO, U. ZANDRINI, *La co-programmazione ex art. 55. Connessione e coordinamento con gli istituti programmatori delle autonomie locali*, in *Impresa sociale*, 2, 2021.

contenente la disciplina dei rapporti tra la parte pubblica e quella privata. È opportuno sottolineare la rilevanza della codificazione, seppur in una fonte di c.d. *soft law*, della consequenzialità tra la co-progettazione e la convenzione.

Una particolarità che merita di essere messa in luce è rappresentata dall'iniziativa su istanza di parte⁵², che per quanto concerne la co-programmazione si concretizza in una vera e propria istanza di attivazione, come evidenziano le linee guida, secondo un più classico modello di avvio del procedimento amministrativo. Per quanto attiene invece la co-progettazione gli oneri posti in capo agli enti del terzo settore risultano essere maggiori. Innanzitutto il soggetto sociale proponente deve presentare, contestualmente all'istanza, l'idea progettuale e le attività connesse da affidare al conseguente partenariato, congiuntamente con le risorse che intende mettere a disposizione e quelle che invece intende chiedere all'amministrazione. Vi è però un aspetto da considerare, attinente al principio di legalità: ossia il riferimento normativo che legittimi la possibilità dell'iniziativa ad istanza di parte per il procedimento di co-programmazione co-progettazione, anche alla luce del fatto che il codice non si occupa di dettare discipline di tipo procedimentale⁵³. Dottrina ha individuato il riferimento proprio nell'art. 55, comma 1, il quale, prevedendo in capo alle amministrazioni un generale dovere di coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore, nella logica di effettiva attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale, di fatto aprirebbe alla possibilità, in termini procedimentali, di permettere ai soggetti del privato sociale non solo di partecipare al procedimento, ma anche di poterne dare l'avvio⁵⁴. Per quanto riguarda poi i conseguenti doveri in capo all'amministrazione nel caso di presentazione di istanza, vi è da chiedersi se esista un vero e proprio obbligo di provvedere. La disposizione di riferimento va ricercata nell'art. 2, comma 1, della legge 241/1990, a cui si aggiungono giurisprudenza e dottrina che individuano un obbligo di provvedere in capo alle amministrazioni solo nei casi in cui l'istanza di parte sia prevista a norma di legge, viceversa dovendosi solo operare una delibazione dell'atto⁵⁵ in presenza di mere denunce, sollecitazioni e segnalazioni. Le linee guida sembrerebbero indicare la via dell'obbligo, nei casi in esame, poiché essendo previsto che la mera richiesta non generi un obbligo di risposta, può così desumersi che in presenza invece di regolare istanza tale obbligo sussista. Ad ulteriore conferma di ciò si può leggere la previsione, sempre presente nelle linee guida, per la quale vi è obbligo di riscontro, con succinta motivazione, anche nei casi di proposta inammissibile. In definitiva questa possibilità, che potrebbe essere definita anche nei termini di

⁵² L. GILI, *La co-programmazione e la co-progettazione su istanza di parte*, in *Urb. e app.*, 1, 2022, 25 ss.

⁵³ Cons. Stato, ad. comm. spec., parere 31 maggio 2017, n. 925, in www.giustiziaamministrativa.it.

⁵⁴ L. GILI, *La co-programmazione e la co-progettazione su istanza di parte*, op. cit., 28.

⁵⁵ Recentemente Cons. Stato, sez. VI, 21 giugno 2021, n. 4770, in www.giustiziaamministrativa.it; Tar Lazio, Roma, sez. I-quater, 16 luglio 2021, n. 8486, in www.giustiziaamministrativa.it; Tar Lazio, Roma, sez. I-ter, 9 giugno 2021, n. 6856, in www.giustiziaamministrativa.it; N. POSTERARO, *Domande manifestamente inaccoglibili e dovere di provvedere*, Napoli, 2018, 25 ss.

un vero e proprio potere, rappresenta un elemento significativo, anche alla luce del fatto che nelle fasi programmatica e progettuale questa non è regola generale⁵⁶, ma solo previsione in alcuni settori speciali⁵⁷; a conferma di ciò l'art. 13, comma 1, della legge 241/1990 prevede esattamente questo, anche se si sono riscontrati più recenti evoluzioni⁵⁸. Dal punto di vista poi dei poteri posti in capo all'amministrazione una volta presentata l'istanza, potrebbe compiersi un richiamo⁵⁹ a quanto è previsto in tema di partenariato pubblico privato e, specificatamente, avendo riferimento all'istituto della finanza di progetto, disciplinato dall'art. 183, comma 15, del codice dei contratti⁶⁰. Come previsto per quest'ultimo caso può ritenersi che il soggetto pubblico abbia facoltà di esercitare discrezionalità amministrativa⁶¹ e che quindi non debba limitarsi ad un obbligo di verifica meramente formale. Viene però osservato che l'amministrazione in tale fase dovrebbe principalmente limitarsi a verificare la legittimazione del proponente, l'attinenza dell'oggetto della proposta con un'attività di interesse generale nonché la capacità della proposta medesima di rispondere ad un bisogno concreto della comunità, quindi rimandando la fase di maggiore discrezionalità al successivo momento di presentazione delle differenti proposte progettuali a seguito di pubblicazioni di bando. In quest'ultimo secondo momento, dunque, dopo l'esperimento di una fase più propriamente ad evidenza pubblica, può ricorrere una prerogativa più marcatamente di tipo pubblicistico, per la quale, appunto, l'amministrazione si trova a valutare in maniera più pervasiva le proposte progettuali e la relativa documentazione presentate dagli enti del terzo settore partecipanti.

Sicuramente può dirsi che la facoltà appena evidenziata si collochi nel più ampio contesto di riconoscimento e attribuzione⁶² del ruolo che i soggetti sociali svolgono, ruolo che, come già evidenziato, è stato riconosciuto loro dalla stessa Corte Costituzionale, e che le linee guida

⁵⁶ Sul punto si veda L. GILI, *La nuova offerta economicamente più vantaggiosa e la discrezionalità amministrativa a più fasi*, in *Urb. e app.*, 1, 2017, 24 ss.

⁵⁷ Lo sono, appunto, i servizi sociali di cui alla legge 8 novembre 2000, n. 328; per un commento G. PASTORI, *Pubblico e privato nei servizi sociali*, in E. BALBONI, B. BARONI, A. MATTIONI, G. PASTORI, *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla legge n. 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Milano, 2003, 43 ss.

⁵⁸ Ci si riferisce all'istituto, previsto all'art. 22 del Codice dei contratti pubblici, che ha trovato una sua declinazione operativa con il d.P.C.M. 10 maggio 2018, n. 76 ed una recente nuova estensione applicativa ad opera dell'art. 46, D.L. 31 maggio 2021, n. 77, convertito con modificazioni dalla legge 29 luglio 2021, n. 108. Per un commento N. POSTERARO, *Procurement e partecipazione democratica*, in L. FIORENTINO, A. LA CHIMIA (a cura di), *Il procurement delle pubbliche amministrazioni. Tra innovazione e sostenibilità*, Quaderni di Astrid, Bologna, 2021, 321 ss.; M. TIMO, *Gli attori del "Dibattito Pubblico"*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2019, 301 ss.

⁵⁹ In questo senso L. GILI, *La co-programmazione e la co-progettazione su istanza di parte*, op. cit., 30.

⁶⁰ Sul punto specifico S. PELLE, *La finanza di progetto ad iniziativa privata dopo il "decreto semplificazioni"*, in *www.lexitalia.it*, 11, 2020; R. CORI, I. PARADISI, *Il protagonismo privato a supporto degli investimenti locali: innovazioni normative e settori di sviluppo*, in M. NICOLAI, W. TORTORELLA, *Partenariato Pubblico Privato e Project Finance*, Santarcangelo di Romagna, 2018, 291 ss.

⁶¹ Così Cons. Stato, sez. V, 10 febbraio 2020, n. 1005, in *www.giustiziaamministrativa.it*.

⁶² G. MAROCCHI, *Il Terzo settore e il PNRR*, in *www.welforum.it*, 22 giugno 2021.

riprendono e attuano, anche in una più generale ottica di favore nell'ambito della contrattualistica pubblica⁶³.

Per quanto concerne l'accreditamento⁶⁴, viene chiarita la distinzione tra due tipologie: quella c.d. locale, ossia in stregua a quanto disposto dall'art. 55 comma 4 ed invece il differente tipo di accreditamento inteso come forma di affidamento di servizi di cui alla legge n. 502/1992. Stante questa differenziazione, la prima forma risulta essere una forma di autorizzazione per la quale il privato, se in possesso dei requisiti previsti dalla disposizione appena citata, viene abilitato ad eseguire determinate prestazioni e ad erogare certi servizi e di conseguenza inserito nel rispettivo elenco sei soggetti privati autorizzati. Non vi è in questo caso alcun elemento competitivo, poiché il rapporto con l'amministrazione pubblica si riduce ad una verifica dei requisiti e conseguente ammissione al competente elenco, a cui ulteriormente consegue la stipulazione di una convezione, generalmente denominata patto di accreditamento.

Altro tema che trova spazio e opportune precisazioni è quello delle convenzioni *ex art. 56* e del trasporto sanitario di emergenza e urgenza. Innanzitutto viene precisato come il rapporto tra le due fattispecie sia di tipo *genus ad speciem*; viene così ripreso dalle linee guida quanto già elaborato in sede legislativa in tema di giurisprudenza euro unitaria, specificatamente avendo riguardo alle sentenze c.d. Casta e Spezzino ed alle successive interpretazioni giurisprudenziali del giudice amministrativo⁶⁵. In particolare viene data una specifica interpretazione alla locuzione di cui all'art. 56 «più favorevole rispetto al ricorso al mercato», così prevedendo che «non si tratti di una mera valutazione economica di riduzione dei costi gravanti sulle pubbliche amministrazioni, bensì che si richieda di verificare l'effettiva capacità delle convenzioni di conseguire quegli obiettivi di solidarietà, accessibilità e universalità che la giurisprudenza europea ha evidenziato come fondamento della disciplina»⁶⁶. Specificatamente poi sull'applicazione dell'art. 57 viene recepita la maggioritaria giurisprudenza amministrativa ed europea⁶⁷ che ha sostanzialmente accolto il principio di non obbligatorietà dell'affidamento tramite gara d'appalto, ma bensì dell'affidamento in convezione alle organizzazioni di

⁶³ S. VALAGUZZA, *Innovazione di processo nei contratti pubblici: dalla modellazione digitale agli accordi collaborativi*, in L. FIORENTINO, A. LA CHIMIA (a cura di), *Il procurement delle pubbliche amministrazioni. Tra innovazione e sostenibilità*, op. cit., 373 ss.

⁶⁴ Sul punto si rinvia a L. PARONA, *La gestione dei servizi tramite accreditamento: modelli, potenzialità e criticità alla luce del quadro normativo statale e regionale*, in S. PELLIZZARI, A. MAGLIARI (a cura di), *Pubblica amministrazione e Terzo settore*, op. cit., 59 ss.

⁶⁵ Corte giust. UE, 11 dicembre 2014, n. 113/2013, in Foro it., 4, 2015, 151 e Corte giust. UE, sez. V, 28 gennaio 2016, n. 50/2014, in www.curia.eu ed anche Corte giust. UE, 21 marzo 2019, n. 465/17, in *Resp. civ. e prev.*, 3, 2019, 950; per un commento G. TORELLI, *Le deroghe alla concorrenza per attività di rilevanza sociale: l'affidamento degli immobili pubblici ai comitati*, in *Riv. giur. ed.*, 3, 2020, 191 ss.

⁶⁶ Così recita il paragrafo 4 delle linee guida.

⁶⁷ *Ex multis* Cons. Stato, sez. III, 3 agosto 2020, n. 4905, in www.giustiziaamministrativa.it; Tar Puglia, Lecce, sez. II, 12 gennaio 2018, n. 32, in www.giustiziaamministrativa.it; Corte di Giustizia UE, sent. 20 giugno 2019, n. C-424/18, in www.curiaeuropa.eu.

volontariato. Le linee guida, sul punto, si limitano a specificare che qualora una fattispecie concreta non ricada nell'ambito di applicazione dell'art. 57, potrà comunque trovare applicazione il precedente art. 56, proprio in virtù del rapporto *genus ad speciem*⁶⁸.

Le dette linee guida hanno realizzato, in definitiva, un punto fondamentale di svolta nel percorso e nella storia del diritto del terzo settore, forse addirittura più dal punto di vista culturale che giuridico⁶⁹, dato il loro ruolo di legittimazione ed esplicitazione delle possibilità di dialogo concreto tra soggetti del privato sociale e amministrazioni pubbliche.

Certo è che, in tema di recenti accadimenti, non possa tacersi quanto avvenuto durante la pandemia da *Covid-19*, anche in relazione all'utilizzo degli istituti del codice dei contratti pubblici e del terzo settore, soprattutto avendo riguardo agli strumenti co-partecipativi. Appare evidente come, stante le restrizioni legali alla circolazione e tutte le altre, ormai più che note, limitazioni di vario genere, anche l'applicazione di questi istituti ha subito non pochi contraccolpi⁷⁰, dovuti anche dal fatto che la loro esecuzione necessita di modalità collaborative e condivise, nelle quali l'incontro tra diversi e più soggetti si rende necessario. Oltre a ciò anche la gestione degli stessi servizi socio-assistenziali⁷¹ ha avuto evidenti e note difficoltà, soprattutto data dalle fasi più acute della pandemia e dalla loro recrudescenza. Nonostante ciò le amministrazioni sono riuscite nella difficile opera di garantire i servizi di tipo sociale, seppur nella loro ossatura e non nelle forme e modalità ordinarie⁷².

Dal punto di vista poi dell'intervento dello Stato, si segnalano dapprima il c.d. Decreto Cura Italia, ossia il d.l. 17 marzo 2020, n. 18, e poi il c.d. Decreto Rilancio, d.l. 19 maggio 2020, n. 34. Vengono in questa sede in rilievo poiché l'art. 48 del primo e l'art. 109 del secondo sono intervenuti, nell'ambito di una più ampia opera di sostegno e regolazione dei rapporti delle pubbliche amministrazioni e degli enti privati, a disciplinare i rapporti in essere in tema di servizi socio-assistenziali ed educativi. In questa chiave di lettura⁷³ la co-progettazione,

⁶⁸ E. ZAMPETTI, *Servizio di trasporto sanitario di emergenza e cooperative sociali. Osservazioni a margine di CGUE, 7 luglio 2022, C-213/21 e C-214/21*, in *Riv. it. dir., pubbl., com.*, 4, 2022, 522 ss., nota a Corte giust. UE, 07 luglio 2022, n.213, sez. VIII.

⁶⁹ Sul ruolo delle linee guida nell'ordinamento si veda F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *La fisionomia delle linee guida: abbozzo di una traiettoria evolutiva con specifico riferimento al settore dei contratti pubblici*, in *Dir. econ.*, 1, 2021, 14 ss.

⁷⁰ A. COPPETTI, L. GILI, F. SMERCHINICH, *Coronavirus e contratti pubblici (aggiornato al d.l. 18 marzo 2020 n. 18)*, in www.osservatorioappalti.unitn.it; A. MASSARI, *Gli appalti pubblici nell'annus terribilis del COVID*, in *Appalti&Contratti*, 12, 2020, 2 ss.

⁷¹ M. AMITRANO ZINGALE, *Emergenza da covid-19 in ambito socio-assistenziale: garanzie dei servizi anche in deroga al codice appalti?*, in *Urb. e app.*, 3, 2020, 329 ss.

⁷² Per una ricognizione sull'attività delle amministrazioni circa l'utilizzo degli istituti di cui al Titolo VII durante la pandemia si veda L. GILI, F. SMERCHINICH, *La rimodulazione dei servizi tramite coprogettazione: scelte legislative e prassi delle Amministrazioni in risposta all'emergenza Covid-19*, in www.osservatorioappalti.unitn.it, 5 maggio 2020.

⁷³ L. GALLO, *Sulla possibile ratio e portata dell'art. 48 DL n. 18/2020*, in www.anci.emilia-romagna.it, 2020; R. DONATI, *L'art. 48 del d.l. 18/20 deroga al Codice degli appalti (ma non lo dice). Piccole note sull'art. 48 del Decreto "Cura Italia"*, in www.giurisprudenzappalti.it, 5 aprile 2020.

utilizzata al di fuori dei confini normativi del codice del terzo settore, viene intesa come strumento posto in capo all'amministrazione ed al privato gestore, i quali così possono rimodulare in fase di esecuzione i servizi in essere e la loro gestione, per ovviare alle problematiche organizzative e prestazionali sorte in fase pandemica, sfruttando così la natura elastica di questo istituto.

Si ricorda inoltre la modifica apportata al Codice dei contratti pubblici dall'art.8, d.l. n. 76 del 2020, c.d. decreto semplificazioni, funzionale alla realizzazione del coordinamento con gli istituti del Codice del Terzo settore⁷⁴, la quale ha realizzato per la prima volta un esplicito richiamo al codice del terzo settore all'interno del codice dei contratti.

Alcuni profili di criticità attengono soprattutto al profilo della gratuità, quest'ultima configurandosi nella fattispecie in cui i soggetti erogatori non traggono alcun profitto «né direttamente, né indirettamente»⁷⁵ e non percepiscano alcuna remunerazione per l'attività svolta, ma soltanto i c.d. rimborsi spese o simili, opportunamente rendicontati e necessari per eseguire le loro prestazioni, quindi eliminando qualunque richiamo a rapporti di tipo sinallagmatico. Tale cornice giuridica, se da un lato rappresenta una qualificazione altamente innovativa dei rapporti tra enti pubblici e privato sociale soprattutto in un delicato e difficile ambito quale quello della contrattualistica pubblica, rappresenta anche una non facile sfida per gli enti del terzo settore. Non solo perché a questi viene richiesta una significativa capacità programmatoria e progettuale, ma soprattutto poiché viene subordinato il loro rapporto al difficile canone della gratuità, la quale, probabilmente per alcune tipologie di enti non costituisce grave difficoltà, mentre per altre potrebbe rivelarsi in taluni casi critica⁷⁶.

Pare opportuno compiere alcune riflessioni riguardo al rapporto che può instaurarsi tra il fenomeno ampio del partenariato pubblico-privato e quello partecipativo degli istituti di cui al Titolo VII⁷⁷. In particolare si pongono alcune considerazioni aventi riguardo alla qualificazione giuridica della co-progettazione e degli altri istituti quali specifiche tipologie di PPP oppure quali strumenti procedurali che si collocano anteriormente o antecedentemente rispetto ad un'altra forma di partenariato. Sostanzialmente vi è da chiedersi se la procedura collaborativa della co-progettazione sia una procedura utilizzabile per addivenire alla stipula di un rapporto di tipo partenariale, oppure se sia essa stessa il partenariato. Quel che è certo è che

⁷⁴ Sottolineano gli apporti positivi di tale modifica L. GORI, *Il Codice dei contratti riconosce il rapporto tra P.A. e terzo settore*, in *Cantiere del Terzo settore*, 16 settembre 2020, 2 ss.; F. GIGLIONI, *Anche con il decreto semplificazioni l'amministrazione condivisa guadagna ulteriore spazio nell'ordinamento giuridico*, in *www.labsus.org*, 10 novembre 2020.

⁷⁵ Espressione utilizzata dalle linee guida ministeriali.

⁷⁶ Sul tema si veda anche S. FRANCA, *Le convenzioni con il Terzo settore tra gratuità del rapporto e regime dei rimborsi*. Nota a Tar Toscana, 1 giugno 2020, n. 666, in *Impresa sociale*, 4, 2020.

⁷⁷ Sul tema si veda anche P. ROSSI, M. COLOMBO, *Non sarà un'avventura? L'innovazione delle partnership pubblico-privato e la co-progettazione dei servizi di welfare sociale*, in *Stato e mercato*, 3, 2019, 411 ss.

tali istituti rappresentino una trasformazione dell'azione amministrativa, soprattutto per quel che concerne il principio per cui «l'amministrazione conosce per agire», anticipando la fase pubblicistica di evidenza pubblica in un momento progettuale se non addirittura programmatico. Se il fenomeno del partenariato risulta essere, semplificando, un momento dell'agire amministrativo per cui, in applicazione dei principi solidaristico e di sussidiarietà, l'amministrazione si rivolge agli enti privati, certo allora può dirsi, senza indugi, che gli istituti di cui al Titolo VII integrino questa categoria, viepiù se si apprezza l'elemento collaborativo e quasi paritetico che contraddistingue gli stessi. Sul piano invece degli aspetti procedurali può farsi richiamo a quanto già detto in tema di linee guida ministeriali, dovendo sottolineare come l'eventuale rapporto prodromico che può instaurarsi sia rimesso, in qualche misura, alle singole stazioni appaltanti, le quali, dismettendo il tradizionale camice di appaltatori pubblici, si trovano ad essere *partners* pubblici delle realtà sociali, pur detenendo un significativo ed in parte sovraordinato ruolo di persecutori dell'interesse generale.

Interessanti spunti di analisi possono essere offerti dal tema della partecipazione dei privati al procedimento amministrativo⁷⁸, anche in riferimento all'istituto del baratto amministrativo⁷⁹ e ai c.d. interventi in sussidiarietà. Pare opportuno rinviare a trattazioni specifiche⁸⁰, bastando, in questa sede, sottolineare quanto il delicato rapporto tra il principio di evidenza pubblica e quello sinallagmatico hanno dovuto trovare composizione con le attuazioni del principio di sussidiarietà, anche in ragione della specificità degli istituti rientranti nel fenomeno del c.d. partenariato sociale, il quale tende a prediligere delle forme tanto alternative quanto collaborative di rapporto fra pubblico e privato che pongono al centro un legame, non solo formalmente, ma sostanzialmente diverso da quello tradizionale.

4. I più recenti sviluppi.

Viene in rilievo anche quanto accaduto nella c.d. stagione del PNRR⁸¹, il quale è intervenuto anche in materia socioassistenziale con il fine di finanziare e sostenere il privato sociale⁸². Ciò

⁷⁸ Sul tema si rinvia a: A. CAUDURO, *La partecipazione amministrativa come trasparente "associazione" o "dissociazione" delle scelte dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 1, 2022, 181 ss.; J. VAVALLI, *Il partenariato quale espressione del diritto amministrativo paritario: proposte per un inquadramento giuridico dell'istituto*, in *Dir. amm.*, 1, 2022, 215 ss.

⁷⁹ Sull'istituto del baratto amministrativo si rinvia a G. CREPALDI, *Il baratto amministrativo: sussidiarietà, collaborazione ed esigenze di risparmio*, in *Resp. civ. e prev.*, 1, 2018, 37 ss.; R. DE NICTOLIS, *Il baratto amministrativo (o partenariato sociale)*, in *La Co-Città. Diritto urbano e politiche pubbliche per i beni comuni e la rigenerazione urbana*, di P. CHIRULLI, C. IAIONE (a cura di), Napoli, 2018, 61 ss.

⁸⁰ Per una ricostruzione sull'utilizzo di modelli consensuali nell'agire dell'amministrazione si veda A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, 2016.

⁸¹ Sul tema si veda: A. MOLITERNI, *Le prospettive del partenariato pubblico-privato nella stagione del PNRR*, in *Dir. amm.*, 2, 2022, 441 ss.; A. AVERARDI, *PNRR, investimenti e partecipate pubbliche*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2022, 298 ss.

che preme evidenziare è quanto lo stesso PNRR riconosca in tema di terzo settore: infatti è previsto il finanziamento agli ETS proprio in ragione della loro assenza di scopo di lucro. A conferma di ciò possono citarsi le c.d. *missioni* del Piano, in particolari le numero 5 e la numero 6, le quali pongono al centro dell'attività di sostegno e finanziamento i settori delle «Infrastrutture sociali, famiglie, comunità e terzo settore» e delle «Reti di prossimità, strutture e telemedicina per l'assistenza sanitaria territoriale». Appare evidente come l'intenzione sia quella di realizzare un ingente contributo pubblico a sostegno della solidarietà sociale, per mezzo di quegli enti e di quelle strutture sociali che la giurisprudenza costituzionale stessa ha riconosciuto quali attuatori del principio solidaristico.

Tuttavia può notarsi come il Piano non abbia realizzato alcun riferimento ai modelli amministrativi perseguibili, ma anzi abbia piuttosto gettato la luce su interi settori dell'economia e della società, indicandoli quali ambiti ricettivi dell'ingente sostegno economico che lo stesso ha realizzato. È interessante notare come in questo contesto la Pubblica amministrazione risulti essere destinataria di un interesse di riforma, o quantomeno di revisione, sì da correggerne le storture e i malfunzionamenti. Tuttavia, nonostante da un lato sia previsto un significativo finanziamento al settore sociale e dall'altro sia prevista un'azione nei confronti dell'amministrazione, queste tradiscono un'impostazione tradizionale, la quale nulla offre in termini di modelli collaborativi⁸³. Può comunque osservarsi come ciò non precluda in realtà l'utilizzo degli istituti collaborativi, i quali certo scontano, rispetto ai modelli più tradizionali ed ormai consolidati, una necessità di innovazione, quasi culturale, da parte delle amministrazioni e del loro personale.

Un ulteriore ed importante elemento che si aggiunge al quadro sin qui delineato è rappresentato dalle Linee guida di ANAC recanti «Indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali», approvate con delibera n. 382 del 27 luglio 2022⁸⁴. Queste rivestono un fondamentale ruolo di c.d. *soft law*, che, come già osservato in sede di esamina di quelle ministeriali, non solo assumono un'importante funzione di guida procedurale e di normativa secondaria, ma nel contesto giuridico di riferimento vengono a certificare quanto già affermato dal Ministero, così realizzandone un rilevante avallo, vieppiù se si considera la pronuncia favorevole del Consiglio di Stato durante l'*iter* di approvazione. Ma vi è di più, perché occorre inoltre rilevare quanto il ruolo dell'Autorità rappresenti in termini di legittimazione non solo procedurale, ma anche culturale, idonea a promuovere l'utilizzo degli istituti di cui al Titolo VII

⁸² Sul punto si veda A. PATANÈ, *Enti del Terzo Settore e principio di solidarietà. Le opportunità del PNRR per rigenerare una rete a sostegno della società*, in *Società e diritti*, 15, 2023, 55 ss., in particolare l'A. pone in rilievo il ruolo di promozione e sostegno che il PNRR ha assunto nei confronti del settore sociale.

⁸³ Sul punto si veda F. GIGLIONI, *Consolidamento e futuro dell'amministrazione condivisa*, in *www.federalismi.it*, 20, 2022, 204 ss.

⁸⁴ Più ampiamente si veda: A. SANTUARI, *Le nuove linee guida ANAC sull'affidamento dei servizi sociali. L'impatto sulla co-progettazione*, in *www.welforum.it*, 22 settembre 2022.

tra le amministrazioni, in particolar modo quelle più piccole e con strutture meno articolate e personale meno qualificato. Dal punto di vista strettamente giuridico le linee guida Anac riprendono l'impostazione del d.lgs. 50/2016, ossia disciplinano gli appalti nel settore dei servizi sociali, tuttavia richiamando sia il codice del terzo settore, sia le linee guida ministeriali, così suggerendo il quadro normativo di riferimento.

Nello stesso solco giuridico, se così può dirsi, si colloca il d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201, recante: «Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica», che in questa sede rileva in quanto l'art. 18 disciplina i «Rapporti di partenariato con gli enti del Terzo settore»⁸⁵. Quest'ultimo, letto in combinato disposto con l'art.10, commi 2 e 4, delinea un quadro giuridico di legittimazione e raccordo con gli istituti partecipativi disciplinati dal codice del terzo settore. Più specificatamente può osservarsi come venga innanzitutto realizzato un richiamo ai principi di sussidiarietà e solidarietà orizzontale, individuando subito dopo gli istituti di cui al Titolo VII del codice quale loro attuazione concreta, definendoli quali rapporti di partenariato. Inoltre, individua questi ultimi quali forme contrattuali idonee alla realizzazione di servizi e interventi riconducibili al servizio pubblico locale a rilevanza economica. Appare inoltre chiaro come in questo modo le attività di interesse generale, di cui all'art. 5 del d.lgs. 117/2017, risultino avere un chiaro legame con i servizi pubblici locali, legame così consolidato anche a livello legislativo. Di opportuna menzione è anche il comma 3, dell'art. 18, il quale prevede che le risorse che le amministrazioni possono mettere a disposizione per l'attuazione delle forme di partenariato non superino il rimborso dei costi, variabili, fissi e durevoli; con ciò significando una riaffermazione di quanto già previsto dal codice del terzo settore in tema di c.d. rimborso spese⁸⁶.

Non possono tacersi infine i più recenti sviluppi in materia che vedono attualmente⁸⁷ all'esame delle Camere la bozza del nuovo codice dei contratti pubblici, già licenziato dal Consiglio dei Ministri.

Nella fattispecie si segnala l'articolo 6 della bozza del nuovo codice, che così recita: «Principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale. Rapporti con gli enti del Terzo settore. In attuazione dei principi di solidarietà sociale e di sussidiarietà orizzontale, la pubblica amministrazione può apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, modelli organizzativi di co-amministrazione, privi di rapporti sinallagmatici, fondati sulla condivisione della funzione amministrativa con i privati, sempre che gli enti del Terzo settore contribuiscano al perseguimento delle finalità sociali in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e

⁸⁵ Per un primo commento si veda A. SANTUARI, *ETS e servizi pubblici locali. Novità dal d. lgs. n. 201/2022*, in www.welforum.it, 24 gennaio 2023.

⁸⁶ Si rinvia a A. SANTUARI, *I confini dei concetti di "gratuità" e "non onerosità" nei rapporti di collaborazione tra PA ed ETS*, in www.welforum.it, 25 marzo 2022.

⁸⁷ Ci si riferisce al mese di marzo 2023, momento in cui si scrive.

trasparente e in base al principio del risultato. Non rientrano nel campo di applicazione del presente codice gli istituti disciplinati dal Titolo VII del decreto legislativo 3 luglio 2017, n.117».

Volendo osservare la bozza del testo normativo, parrebbe che l'intenzione del legislatore, tanto proprio quanto delegato, sia quella di concretizzare sul piano legislativo quanto già affermato dalla più volte citata giurisprudenza costituzionale in materia. Le finalità quindi, esplicite, dell'art. 6 del possibile nuovo codice dei contratti sarebbero quelle di realizzare in maniera chiara ed evidente, nella parte iniziale del testo legislativo, una forma di raccordo tra il d.lgs. 117/2017 ed il codice stesso. Da un alto infatti il testo riprende quanto già dichiarato dalla Consulta in materia di attuazione dei principi di sussidiarietà e solidarietà, dall'altro viene chiarita la differente applicazione che troverebbero gli istituti di cui al codice del terzo settore, che vengono così esclusi dall'applicazione del codice dei contratti. Inoltre non può non segnalarsi come il testo legislativo utilizzi espressamente i termini di co-amministrazione, escludendo rapporti di tipo sinallagmatico e facendo riferimento al concetto di condivisione della funzione amministrativa coi privati. Paiono dunque espressioni significative.

Tuttavia, a fronte di ciò, non possono non segnalarsi due forti elementi di criticità⁸⁸. Ci si riferisce alle espressioni: «*attività a spiccata valenza sociale*» da un alto e «*principio di risultato*» dall'altro. L'utilizzo della prima espressione apre la porta a molteplici interrogativi circa l'ampiezza del suo significato, dovendo delineare un perimetro di attività da far rientrare nella definizione utilizzata. Una prima ipotesi farebbe riferimento a quelle attività elencate dall'art. 5 del d.lgs. 117/2017, ossia quelle espressamente previste nella categoria delle attività di interesse generale, oppure ancora solo quelle di cui alla lettera a) del citato articolo, ossia i c.d. servizi sociali. Tuttavia è di facile obiezione osservare che nessun richiamo esplicito è stato realizzato. Ancora: ci si può inoltre domandare se in realtà non fosse solo un'espressione scelta per poter indicare, ancora una volta, tutte quelle attività già oggetto di collaborazione tra enti del privato sociale e amministrazioni pubbliche, essendo così, solo una modalità diversa di definirle. Il richiamo invece al c.d. principio di risultato, sarebbe potenzialmente idoneo ad aprire la strada ad una valutazione in termini meramente efficientistici, atta dunque a considerare il risultato quale traguardo veloce e poco dispendioso di risorse, non considerando dunque quell'insieme di apporti e contributi che gli enti del terzo settore realizzano nei confronti delle amministrazioni attraverso le forme collaborative. Viceversa forse vuole farsi riferimento alla necessità di un'attenta selezione affinché tale apporto sia effettivo ed il contributo del privato concreto ed apprezzabile⁸⁹. Appare evidente che dovremo attendere per avere risposte più precise a questi interrogativi.

⁸⁸ Sul punto si veda: A. SANTUARI, G. MAROCCHI, *La co-progettazione "interpretata" dal Codice degli appalti non è utile*, in www.welforum.it, 29 novembre 2022.

⁸⁹ Per alcune riflessioni si rimanda a L. GORI, *Codice dei contratti pubblici, alcune osservazioni sul rapporto tra Pa e Terzo settore*, in www.cantiereterzosettore.it, 12 gennaio 2023.

5. La definizione di co-amministrazione quale nuovo paradigma?

Alla luce di quanto fin qui esposto, occorre compiere alcune considerazioni conclusive.

Innanzitutto è di immediata evidenza la differente scelta dei termini operata dai diversi testi legislativi, giurisprudenziali e dottrinali. In particolare si ritrovano le espressioni «coinvolgimento degli enti del terzo settore», «partenariato», «modelli organizzativi di co-amministrazione», «amministrazione condivisa», quasi a indicare una ancora presente difficoltà di addivenire ad una certa definizione giuridica degli istituti qui in esame, stante l'autorevolezza delle fonti. Si pensi, ad esempio, che la definizione di «amministrazione condivisa» è stata adoperata perfino dalla Corte Costituzionale nella già richiamata sentenza 131/2020, riprendendo dunque quella parte della dottrina che ormai negli ultimi 25 anni ha elaborato e definito la collaborazione tra amministrazioni pubbliche ed enti del privato sociale utilizzando l'appena citata espressione⁹⁰. Sempre in riferimento alle definizioni riportate certo può dirsi che di coinvolgimento si tratti, allorché l'ente privato è chiamato dal soggetto pubblico a realizzare un apporto programmatico e progettuale ed a contribuire alle scelte rientranti nella discrezionalità propria dell'amministrazione. Per le stesse ragioni, altrettanto certo è che la definizione di partenariato sociale appaia calzante, poiché di partenariato si tratta e gli interventi collaborativi rientrano nel c.d. ambito sociale, inteso anche in senso ampio.

Altrettanto interessante ma più innovativa è la definizione di *co-amministrazione*, utilizzata per la prima volta da una fonte di rango legislativo nell'attuale "bozza" del codice dei contratti. Parrebbe forse che la scelta dell'utilizzo di questo termine voglia consolidare un'idea, ossia quella per la quale la condivisione di spazi decisorii con gli enti del terzo settore nelle fasi programmatica e progettuale porti alla condivisione dell'amministrazione stessa, intesa nella sua accezione di valutazione delle scelte possibili, analisi costi-benefici ed impiego delle risorse. Sicuramente può dirsi che la scelta di questo termine richiami i vocaboli di *co-progettazione* e *co-programmazione*, quasi che l'utilizzo della locuzione "co" stia a indicare, e riassumere, quel concetto di partecipazione condivisa e di quasi pariteticità che contraddistingue gli istituti in esame. Tuttavia, se con ciò si possa affermare che l'amministrazione sia effettivamente *co-gestita*, è oggetto di attenta riflessione e dibattito⁹¹.

⁹⁰ In dottrina la prima formulazione della definizione in parola si deve a G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parl. pol. cost.*, 1997, 29 ss. Per un commento dell'A. alla giurisprudenza costituzionale si veda: G. ARENA, *L'amministrazione condivisa ed i suoi sviluppi nel rapporto con cittadini ed enti del Terzo Settore*, in *Giur. cost.*, 3, 2020, 1449 ss. Da ultimo si veda inoltre: G. ARENA, M. BOMBARDELLI (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, Quaderni della Facoltà di giurisprudenza, 62, 2022, Trento.

⁹¹ In senso critico: S.S. SCOCA, *L'amministrazione condivisa nei servizi sociali: una complessa strada ancora da percorrere*, in *Dir. econ.*, 3, 2021, 109. L'A. conclude le proprie argomentazioni sostenendo che l'amministrazione condivisa è «più una teorica aspirazione che una concreta realtà». Si veda anche A.S. ALBANESE, *La collaborazione fra enti pubblici e terzo settore nell'ambito dei servizi sociali: bilanci e prospettive*, in *Ist. fed.*, 3, 2022, 635 ss.

In definitiva parrebbe dunque che il fenomeno giuridico oggetto di analisi in questa sede possa ritagliarsi uno spazio giuridico autonomo e distinto, anche grazie al significativo fondamento costituzionale che ruota attorno al principio di solidarietà, di cui all'art. 2 e al principio di sussidiarietà orizzontale, di cui all'art. 118 comma 4. Nondimeno parrebbe anche che gli ultimi sviluppi abbiano chiarito (o intendano farlo) il delicato rapporto tra codice del terzo settore e codice dei contratti pubblici, attraendo in questa soluzione il connesso rapporto tra l'appalto quale procedura competitiva e co-progettazione e co-programmazione quali procedure aperte e compartecipate, giungendo dunque all'individuazione di due aree giuridiche completamente distinte, seppur collegate⁹².

Infine permangono alcune questioni aperte, soprattutto avendo riguardo a quanto emerge dalla prassi⁹³. Innanzitutto occorre fare riferimento ai settori in cui vengono utilizzati gli istituti di cui al Titolo VII, che risultano essere, per ovvie ragioni, strettamente legati a quello del welfare e da questo raramente discostarsi⁹⁴; si pensi anche ai soggetti pubblici applicatori, i quali appaiono essere costituiti quasi solamente dagli enti locali, nella fattispecie i comuni e le loro forme associative; può immaginarsi un'applicazione diffusa anche ad opera di altre tipologie di organismi di diritto pubblico? Da ultimo non può non riferirsi ad un elemento in parte invisibile agli ETS, ossia il consolidamento della nozione della gratuità, intesa quale concezione di rimborso delle spese vive ed effettivamente sostenute⁹⁵. Si cita quest'ultimo punto in quanto questo elemento può rappresentare fonte di futuri sviluppi, sia in termini di prassi sia in termini di giurisprudenza, proprio in ragione del difficile impegno richiesto ai soggetti sociali, i quali, di certo chiamati a realizzare un prezioso contributo di cui sono effettivamente portatori, quantomeno in termini di conoscenze e *know-how*, si trovano a non poter di certo realizzare un guadagno in termini economici, stante in ogni caso una notevole differenza tra le singole tipologie di ente.

⁹² Si veda ancora sui rapporti tra i due codici: A. BERRETTINI, *La co-progettazione alla luce del Codice del terzo settore e nella penombra del Codice dei contratti pubblici*, in www.federalismi.it, 27, 2022, 42 ss.

⁹³ Si rinvia a G. MAROCCHI, *Cosa ci riserverà l'amministrazione condivisa nel 2023?*, in www.welforum.it, 14 febbraio 2023.

⁹⁴ Si pensi ad esempio al settore dell'integrazione dei migranti nel quale, invece, si sono riscontrate alcune sperimentazioni: L. GALLI, *La co-programmazione e la co-progettazione dei servizi di integrazione dei migranti*, Torino, 2022.

⁹⁵ Sul punto si veda G. AGATI, *Coinvolgimento degli enti del terzo settore da parte della p.a. (d.lgs. n. 117/2017) e rapporti con il codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2, 2022, 224 ss., nota a Cons. Stato Sez. V, 07 settembre 2021, n. 6232.

queste istituzioni

**Strumenti di valorizzazione
del patrimonio culturale:
tra Piani di Gestione, Osservatori e il
(nuovo) ruolo dell'economia circolare**

Renato Rolli, Dario Sammarro e Valeria Bilotto

Numero 1/2023

31 marzo 2023

Strumenti di valorizzazione del patrimonio culturale: tra Piani di Gestione, Osservatori e il (nuovo) ruolo dell'economia circolare

di Renato Rolli, Dario Sammarro e Valeria Bilotto*

Sommario

1. Considerazioni introduttive – 2. I piani di Gestione dell'UNESCO – 3. Gli Osservatori: un quadro di insieme – 4. *Segue*. L'Osservatorio come fondazione di partecipazione – 5. L'economia circolare come strumento di rigenerazione del patrimonio culturale – 6. Conclusioni.

Sintesi

Scopo del contributo è quello di realizzare un quadro sullo stato dell'arte degli strumenti di valorizzazione del patrimonio culturale, ponendo un particolare focus sul ruolo sempre più pregnante degli Osservatori e sulle nuove capacità valorizzatrici dell'economia circolare. In modo particolare, le disposizioni normative maggiormente rilevanti ed oggetto analisi, si rivengono tanto nel diritto interno (leggi statali e disposizioni regionali) quanto nel sistema di regole sovranazionali e di diritto dell'Unione Europea. Altro profilo affrontato attiene ai concetti di "sussidiarietà" e "governance" del territorio, considerati nel più vasto quadro delle regole generali del diritto amministrativo e della disciplina in materia di valorizzazione dei beni culturali.

Abstract

The purpose of the contribution is to create a picture of the state of the art of the tools for enhancing the cultural heritage, placing a particular focus on the increasingly important role of the Observatories and on the new enhancement capabilities of the circular economy. In particular, the most relevant and subject to analysis regulatory provisions are found both in domestic law (state laws and regional provisions) and in the system of International rules and European Union law. Another profile addressed concerns the concepts of "subsidiarity" and "governance" of the territory, considered in the broader framework of the general rules of administrative law and the discipline on the matter of valorisation of cultural heritage.

Parole chiave

Fondazioni; diritto amministrativo; valorizzazione del patrimonio culturale; governance del territorio; partecipazione; legislazione dei beni culturali; economia circolare.

* Pur essendo frutto di un lavoro unitario, è possibile attribuire i paragrafi nn. 1 e 2 a Renato Rolli, professore associato di Diritto amministrativo presso l'Università della Calabria (UNICAL); i paragrafi nn. 3 e 4 a Dario Sammarro, dottorando di ricerca, UNIBAS; i paragrafi nn. 5 e 6 a Valeria Bilotto, avvocato del Foro di Cosenza.

1. Considerazioni introduttive.

L'Italia, tra risorse materiali ed immateriali, dispone di un patrimonio culturale immenso. È, infatti, il primo paese al mondo per numero di siti iscritti nel Patrimonio mondiale UNESCO: dei 1157 siti¹ (900 siti culturali, 218 naturali e 39 misti) presenti in 167 Paesi del mondo, 58 sono situati nel nostro paese, a fronte dei 44 in Spagna, 38 in Francia, 37 in Germania e 28 nel Regno Unito. Se saputo sfruttare, il patrimonio culturale italiano potrebbe divenire il volano per favorire la nascita e lo sviluppo di numerosissime opportunità di crescita economica. Ecco che, quindi, il centro del dibattito diviene la capacità di valorizzazione del bene e gli strumenti necessari per raggiungere tale obiettivo.

Orbene, la valorizzazione di un bene culturale comprende l'esercizio delle funzioni e la disciplina di tutte quelle azioni riferibili alla cd. Amministrazione del Patrimonio Culturale. Tale attività è volta a promuovere la conoscenza del patrimonio Nazionale e/o locale ed a garantire le migliori possibilità di fruizione e di utilizzazione del patrimonio stesso per l'intera collettività, al fine di accrescere la cultura degli utenti finali: i cittadini.

La valorizzazione, inoltre, esalta il nesso tra patrimonio culturale e scopi educativi al fine di migliorare le condizioni di conoscenza e, successivamente, anche di protezione dei beni ambientali aumentandone la fruibilità². Essa, per legge, spetta alle Regioni ed ai Comuni³. La partecipazione dei cittadini, nel contesto dell'azione generale delle politiche di valorizzazione, rappresenta scopo di primaria importanza. Compito ulteriore della valorizzazione è, difatti, quello di dare linee di indirizzo ed incentivare il coordinamento di strategie che si possano muovere in sinergia con le strutture decentrate dell'Amministrazione Pubblica e che possano operare sul territorio, al fine di assegnare un ruolo rilevante alle identità locali ed ai loro componenti⁴. A tal proposito, grande attenzione è volta nei confronti del patrimonio di natura immateriale legato alle tradizioni, ai saperi ed alle creatività che nel corso dei secoli hanno caratterizzato la cultura dei popoli, costituendone un valore aggiunto. Ai sensi dell'art. 111 del Codice dei Beni culturali e del Paesaggio⁵ la valorizzazione dei beni si consegue mediante la "costituzione ed organizzazione stabile di risorse, strutture o reti, ovvero nella messa a disposizione di competenze tecniche o risorse finanziarie o strumentali, finalizzate all'esercizio delle funzioni ed al perseguimento delle finalità" come segnalate dall'art. 6 dello stesso Codice⁶.

¹ Dati estratti da <https://www.unesco.it/italianellunesco/detail/188>.

² A. IACOPINO, *Modelli e Strumenti per la valorizzazione dei beni culturali, Spunti di riflessione nella prospettiva del risultato amministrativo*, Editoriale Scientifica Napoli, 2012, p. 10 e ss.

³ A. MITROTTI, *Il riparto di competenze in materia di beni culturali alla luce del felice coniugio tra redditività del patrimonio culturale e diritto di accesso ai beni culturali*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2018.

⁴ D. SAMMARRO, *La valorizzazione del bene culturale e il quadro normative di riferimento: brevi osservazioni*, in *Ratio Iuris*, 28.06.2019.

⁵ D.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42.

⁶ Art. 6: «1. La valorizzazione consiste nell'esercizio delle funzioni e nella disciplina delle attività dirette a promuovere la conoscenza del patrimonio culturale e ad assicurare le migliori condizioni di utilizzazione e fruizione

L'obiettivo della valorizzazione ha, quindi, determinato il sorgere di numerosi strumenti funzionali al raggiungimento dello scopo⁷: strumenti sia provenienti “dal basso” (nel senso che vengono previsti piani di cooperazione e partecipazione dei soggetti privati) ma anche e soprattutto strumenti provenienti “dall'altro” che, primariamente e in via quasi assorbente, hanno il compito di delineare le direttrici per la tutela dei beni culturali.

2. I Piani di Gestione dell'UNESCO.

Tra i principali strumenti provenienti “dall'alto”, ruolo primario assumono i c.d. Piani di Gestione dell'Unesco. I beni culturali considerati di Eccezionale Valore Universale vengono iscritti nella Lista dei patrimoni dell'Umanità, in seguito ad iter specifico e rituale. Ciascuna richiesta di iscrizione nella Lista del Patrimonio Mondiale deve essere accompagnata da un c.d. Piano di gestione in cui viene descritto in che modo l'eccezionale valore del sito sarà tutelato e vengono individuate le linee di intervento affini e compatibili con le comunità di riferimento.

Il Piano di Gestione dell'UNESCO è anche il principale strumento giuridico previsto nell'ambito del sistema della Convenzione Internazionale UNESCO del 1972 per la tutela dei siti inseriti nella World Heritage List di *outstanding universal value*⁸. È dedicato a garantire nel tempo la conservazione di quei valori eccezionali sui quali si basa l'iscrizione del sito, esaminarne le forze di cambiamento presenti tanto nel campo culturale quanto in quello socioeconomico e, attraverso il coinvolgimento dei diversi soggetti portatori di interesse, definire le strategie che devono essere intraprese per garantire lo sviluppo durevole del sito insieme alla tutela e valorizzazione del suo patrimonio.

Il ruolo di un Piano di Gestione è definito da quanto si è verificato nel 2002: nel corso della sua 26° sessione, il Comitato del Patrimonio Mondiale ha adottato la “Dichiarazione di Budapest” invitando tutti i partner a sostenere la salvaguardia del Patrimonio Mondiale attraverso degli obiettivi strategici fondamentali, cercando di assicurare un giusto equilibrio tra conservazione, sostenibilità e sviluppo, in modo che i beni del Patrimonio Mondiale possano essere tutelati attraverso attività adeguate che contribuiscano allo sviluppo socio-economico e alla qualità della vita delle comunità; attraverso strategie di comunicazione, educazione, ricerca,

pubblica del patrimonio stesso, anche da parte delle persone diversamente abili, al fine di promuovere lo sviluppo della cultura. Essa comprende anche la promozione ed il sostegno degli interventi di conservazione del patrimonio culturale. In riferimento al paesaggio, la valorizzazione comprende altresì la riqualificazione degli immobili e delle aree sottoposti a tutela compromessi o degradati, ovvero la realizzazione di nuovi valori paesaggistici coerenti ed integrati. 2. La valorizzazione è attuata in forme compatibili con la tutela e tali da non pregiudicarne le esigenze. 3. La Repubblica favorisce e sostiene la partecipazione dei soggetti privati, singoli o associati, alla valorizzazione del patrimonio culturale».

⁷ G. SCIULLO, *Restauro, tutela e valorizzazione dei Beni Culturali*, 2 /2007, in *Aedon – Rivista di Arti e diritto on line*.

⁸ UNESCO (1972), *Convention concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage*, adottata dalla XVII sessione della Conferenza Generale, Paris, 16 novembre.

formazione e sensibilizzazione; ricercando il coinvolgimento attivo degli enti locali, a tutti i livelli, nella individuazione, tutela e gestione dei beni del Patrimonio Mondiale.

Il Piano di Gestione rappresenta, quindi, un documento strategico e di coordinamento operativo che definisce gli obiettivi da conseguire e che provvede alla individuazione delle relative azioni e delle modalità attuative da intraprendere. È inoltre uno strumento volto a promuovere progetti di conservazione e di valorizzazione coordinati e condivisi dai diversi attori operanti nel territorio ai fini della tutela del sito. Il suo fine è, pertanto, quello di assicurare l'effettiva protezione a lungo termine del territorio iscritto nella Lista del Patrimonio Mondiale e dei suoi valori, per le presenti e future generazioni. Il Piano di Gestione ha, quindi, una dimensione ultragenerazionale, avendo sguardo proiettato e orientato al futuro. Obiettivo primario del Piano di gestione è quello di assicurare un'efficace protezione del bene, per garantirne la trasmissione alle future generazioni. Per questo motivo il Piano di gestione deve tener conto delle differenze tipologiche, delle caratteristiche e delle necessità del sito, nonché del contesto culturale e/o naturale in cui si colloca. Può inoltre recepire i sistemi di pianificazione già esistenti e/o altre modalità tradizionali di organizzazione e gestione del territorio. Nel caso di siti seriali, e/o transnazionali, il Piano di gestione deve garantire il coordinamento nella gestione delle diverse componenti del sito. In ambito nazionale, la legge 20 febbraio 2006, n. 77 «Misure speciali di tutela e fruizione dei siti italiani di interesse culturale, paesaggistico e ambientale, inseriti nella “lista del patrimonio mondiale”, posti sotto la tutela dell'UNESCO» introduce i Piani di gestione per i siti italiani già iscritti nella Lista, al fine di assicurarne la conservazione e creare le condizioni per la loro valorizzazione; la legge prevede l'approvazione dei Piani di gestione e misure di sostegno anche per la loro elaborazione.

Per questo motivo il Piano di gestione deve tener conto delle differenze tipologiche, delle caratteristiche e delle necessità del sito, nonché del contesto culturale e/o naturale in cui si colloca. Può inoltre recepire i sistemi di pianificazione già esistenti e/o altre modalità tradizionali di organizzazione e gestione del territorio.

L'UNESCO stabilisce gli standard normativi di disciplina dell'istituto a mezzo delle “Operational Guidelines for the Implementation of the World Heritage Convention” elaborate dall'Intergovernmental Committee for the protection of the world cultural and natural heritage, le quali vengono poi recepite dai vari Stati⁹.

⁹ S.A. BRUNO, *Approccio partecipato dei piani di gestione UNESCO e dei piani strategici di sviluppo sociale*, in *ildirittoamministrativo.it*, dove si specifica anche che l'«UNESCO ha chiesto l'adozione di “management plans” in particolare per i siti naturali, resi poi obbligatori per tutte le nuove candidature alla World Heritage List. Nel 2005 ne ha fornito le prime linee guida applicative. Si richiede un “appropriato piano di gestione o un altro documentato sistema di gestione” che dovrebbe specificare come il valore universale eccezionale del sito sarà mantenuto, possibilmente attraverso processi partecipativi».

Il piano di gestione, proprio per la sua natura di strumento strategico e di governance, diviene il luogo privilegiato per avviare *forme “attive” di partecipazione della popolazione* alla gestione dei beni culturali, secondo i principi della sussidiarietà orizzontale. Il piano, infatti, potrebbe individuare e regolare le iniziative partecipative da incentivare. Con la partecipazione si otterrebbe inoltre una maggiore conoscenza e consapevolezza dell’*outstanding universal value* del sito da parte delle comunità. Ad esempio, un caso estremamente noto di gestione partecipata del sito è quella del Centro Storico di Firenze ove è stata attuata una *multi-stakeholder strategy*¹⁰. Sebbene la maggioranza dei piani di gestione sinora approvati non sembra aver colto appieno le possibilità nascenti da una governance condivisa e partecipata, sono state recentemente realizzate alcune interessanti esperienze in tal senso¹¹.

La definizione stessa del Piano di gestione richiama l’importanza di processi partecipativi. «L’effettiva adozione di una *governance* partecipativa potrebbe risolvere anche il problema dell’*accountability*, citata al paragrafo 111, in quanto obbligherebbe, in un certo senso, le organizzazioni responsabili della gestione del sito a dare un riscontro sui risultati concretamente ottenuti a tutti gli *stakeholder* convenuti nel processo partecipativo di definizione degli obiettivi. L’adozione delle politiche partecipative renderebbe tutti gli *stakeholder* più consapevoli delle azioni in corso e maggiormente interessati a verificare quanto è stato compiuto»¹². Si creerebbe un circolo virtuoso in termini di auto-responsabilità.

L’iscrizione di un monumento, sito, paesaggio all’interno della lista dei beni «patrimonio dell’umanità» rappresenta «un’occasione senza dubbio importante, non solo in termini di riconoscimento oggettivo della rilevanza di quel dato bene, ma per gli effetti positivi che interessano l’intera area, città, territorio che lo ospita»¹³. Numerosi, in tal senso, sono gli studi¹⁴ dedicati alle ripercussioni valoriali che da un punto di vista turistico, economico e sociale, l’inclusione nella lista determina. Tutto ciò appare di particolare rilievo per l’Italia sia per il cospicuo numero di siti patrimonio dell’UNESCO sia per la possibilità di tale qualifica di fungere da “volano” alla ripresa economica. Tuttavia, nel nostro ordinamento, ad una sempre

¹⁰ Si veda C. FRANCONI, *La Maratona dell’Ascolto per il Centro Storico di Firenze Patrimonio Mondiale UNESCO*, in *Siti*, n. 10, 2017.

¹¹ Si veda sul punto E. ERCOLE, *Annali del Turismo*, VI, 2017, *Governance, partecipazione e inclusione nei piani di gestione dei siti della world heritage list dell’unesco*, Edizioni Geoprogress, p. 8.

¹² F. BADIA, *Monitoraggio e controllo della gestione dei siti UNESCO. Il piano di gestione come opportunità mancata?*, in *Tafer Journal*, 2012, n. 52, p. 7.

¹³ A. GUERRIERI, *La tutela dei siti Unesco nell’ordinamento italiano, tra prospettiva interna e comparata*, in *Il diritto dell’economia*, 2019, n.1, pp. 461-491.

¹⁴ A titolo esemplificativo, si può ricordare lo studio di L. MORESCHINI, G.B. RAMELLO, W. SANTAGATA (a cura di) *Un marchio per la valorizzazione dei territori di eccellenza: dai siti Unesco ai luoghi italiani della cultura, dell’arte e del paesaggio*, pubblicato dalla Direzione Generale Musei del Mibact, Quaderni di Valorizzazione Ns3, 2016, che riferisce il dato ai siti presi in esame, Val D’Orcia e Pienza: «anche gli arrivi e le presenze turistiche hanno registrato tra il 1992 e il 2009 una crescita in tutto il territorio della Val d’Orcia, rispettivamente +292% e +370%, con incrementi particolarmente elevati in corrispondenza dei riconoscimenti UNESCO del 1996 e del 2004».

maggior dinamicità dal punto di vista del *marketing* territoriale legato ai siti Unesco, non sempre fa da sponda una tutela piena e coordinata dei beni patrimonio dell’Umanità¹⁵. Sintomatici sono i recenti casi inerenti il sito di Pompei¹⁶ o Venezia¹⁷, ove si è evidenziata la necessità di adottare provvedimenti ad hoc sui flussi turistici, rilevandosi una carenza nei piani di gestione. Il nostro sistema normativo di protezione e gestione dei siti Patrimonio dell’Umanità – caratterizzato da un reticolo di vincoli e da plurimi livelli di competenze – appare non sempre esente da fenomeni di scollamento e disarticolazione, causati soprattutto dalla mancanza di uniformità degli strumenti organizzativi (con piani di gestione, associazioni senza scopo di lucro, fondazioni) e di coordinamento degli interventi, tra Codice dei beni culturali, leggi urbanistiche, regolamenti locali. Tuttavia, considerata la rilevante espansione di concetti come patrimonio culturale universale, Patrimonio Mondiale dell’Umanità, e così via, s’impone sempre più agli Stati la necessità raggiungere standard globali, se si vuole evitare che l’Unesco prenda provvedimenti in relazione ai siti nazionali iscritti nella lista. Come è stato icasticamente affermato il riconoscimento UNESCO è un’opportunità per chi le sa cogliere¹⁸.

3. Gli Osservatori: un quadro di insieme.

Le indicazioni, le idee e i progetti contenuti Piano di Gestione vengono concretizzate attraverso lo strumento dei c.d. Osservatori. L’Osservatorio è praticamente l’applicazione fattiva del Piano di Gestione, la messa in pratica di quanto in esso teoricamente contenuto.

Il 19 luglio 2000, a Strasburgo, è stata adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa la Convenzione europea del paesaggio ed è stata aperta alla firma degli Stati membri dell’organizzazione a Firenze il 20 ottobre 2000. Firmando la convenzione gli stati membri si sono impegnati a “stabilire e attuare politiche paesaggistiche volte alla protezione, alla gestione, alla pianificazione dei paesaggi”, e a “integrare il paesaggio nelle politiche di pianificazione del territorio, urbanistiche e in quelle a carattere culturale, ambientale, agricolo, sociale ed economico, nonché nelle altre che possono avere un’incidenza diretta o indiretta sul paesaggio”. Questo impegno al miglioramento, nella prospettiva descritta, riguarda tutti i paesaggi: non solo

¹⁵ A. GUERRIERI, *La tutela dei siti Unesco nell’ordinamento italiano, tra prospettiva interna e comparata* cit.

¹⁶ Per uno specifico focus su tale caso, si rinvia a C. MIGLIORATI, *Il sito archeologico di Pompei a rischio di cancellazione dalla lista del patrimonio mondiale*, in *Il Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2013, p. 723 ss.

¹⁷ Si rinvia al Rapporto sullo stato di conservazione ai sensi della Decisione del Comitato del Patrimonio Mondiale (in <https://www.comune.venezia.it/sites/comune.venezia.it/files/page/files/rapporto.pdf>). Per un approfondimento dottrinario ulteriore si rinvia a A. GUERRIERI, *La tutela dei siti Unesco nell’ordinamento italiano, tra prospettiva interna e comparata*, cit., dove specificamente si affronta il *case-study* del sito di Venezia.

¹⁸ T. CINQUEMANI, *Champagne patrimonio Unesco, un affare per chi?*, in *AgroNotizie – le novità per l’agricoltura*, 2019, <https://agronotizie.imagelinenetwork.com/agricoltura-economia-politica/2019/10/25/campagne-patrimonio-unesco-un-affare-per-chi/64639>.

quelli straordinari, riconosciuti per la loro eccezionale bellezza e importanza, ma anche quelli ordinari, quelli in cui ogni giorno le persone vivono e si muovono. In tale ottica diventa fondamentale l'opinione degli abitanti: la convenzione europea afferma che in tutto il territorio possono essere individuati paesaggi diversi, i cui caratteri dipendono dall'azione di fattori naturali e di fattori umani, e attribuisce alle persone la vera capacità di riconoscerne la qualità. Per questo motivo gli Stati che hanno firmato la convenzione si sono impegnati ad avviare procedure di partecipazione di tutti i soggetti coinvolti nella definizione e nella realizzazione delle politiche paesaggistiche, primi fra tutti gli abitanti¹⁹. Si sono impegnati a migliorare la sensibilità generale su questi temi, comunicando nelle scuole, nelle università, nel mondo delle professioni e in tutta la società civile, l'importanza di migliorare la conoscenza dei propri paesaggi, tenendo conto dei valori specifici che sono loro attribuiti dai soggetti e dalle popolazioni interessate. Strumento di applicazione della convenzione europea è un ente di iniziativa pubblica di natura locale o regionale noto col nome di "Osservatorio del paesaggio". L'Osservatorio ha lo scopo di rappresentare un luogo di contatto tra i vari livelli amministrativi di governo, le istituzioni, le università, i settori professionali e l'insieme della società in materia di gestione del paesaggio. La sua funzione principale è di promuovere la conoscenza del paesaggio all'interno della società, creando una maggiore consapevolezza sull'importanza della sua tutela e buona gestione al fine di preservarne le peculiarità. Ciò avviene attraverso attività di sensibilizzazione e partecipazione che coinvolgono enti ed istituzioni pubbliche e private con lo scopo di promuovere ed elaborare forme di protezione, gestione e pianificazione del paesaggio in un'ottica di sviluppo sostenibile. Un Osservatorio è pensato come strumento di decodificazione del paesaggio e si basa su una concezione che va oltre le singole peculiarità di un territorio: non è la singola emergenza ad essere meritevole di attenzione, ma il paesaggio nella complessità delle relazioni materiali e culturali che lo hanno prodotto in quanto frutto dell'azione storica delle collettività umane nell'insieme del territorio. Sul piano, dell'azione politica, un Osservatorio si distingue per la fiducia verso la partecipazione e il coinvolgimento dei rappresentanti interessi locali. In Italia sono presenti Osservatori regionali, diversi Osservatori locali e due Osservatori nazionali (l'Osservatorio Nazionale per la Qualità del Paesaggio e l'Osservatorio Nazionale del Paesaggio Rurale, delle pratiche agricole e delle conoscenze territoriali); realtà che supportano la dimostrazione di validità di questo ente, se non altro per la stimolazione e diffusione di conoscenze, e la cui creazione ed attuazione vanno senz'altro considerate una priorità in diverse nostre realtà territoriali. L'Osservatorio per la biodiversità in Puglia e l'Osservatorio permanente per il centro storico di Napoli sono esempi concreti degni di nota: la Regione Puglia, il 21.12.2011 ha sottoscritto con il Ministero per

¹⁹ C. BARBATI, M. CAMMELLI, G. SCIULLO, *Diritto e gestione dei beni culturali*, Il Mulino, 2011, p. 73 e ss.

l'Ambiente il protocollo d'intesa per l'avvio delle attività degli osservatori regionali per la Biodiversità in attuazione della Strategia Nazionale per la Biodiversità. Con D.G.R. n. 538 del 20 marzo 2012 la Regione ha attribuito le funzioni dell'Osservatorio per la biodiversità all'Ufficio Parchi e Tutela della biodiversità con funzioni conoscitive e propositive per la conservazione, fruizione e valorizzazione della biodiversità e del patrimonio ambientale della Regione e dei caratteri identitari di ciascun ambito del territorio regionale. L'attività principale dell'osservatorio è promuovere la condivisione e la diffusione della conoscenza sulle diverse componenti della biodiversità, a supporto degli enti gestori delle aree protette, degli istituti di ricerca e dei singoli cittadini in sinergia con la Strategia Nazionale per la Biodiversità; in Campania, l'Osservatorio permanente per il centro storico di Napoli-Sito UNESCO, istituito con Delibera Consiliare n. 32/2013 presso gli uffici della Presidenza del Consiglio Comunale di Napoli, ha funzioni consultive e risponde alla finalità di promuoverne il recupero e la valorizzazione. Ha inoltre lo scopo di sostenere e favorire processi formativi e partecipativi diffusi, anche coordinando i lavori con le Municipalità, il Laboratorio Napoli e gli Assessori competenti per lo sviluppo di una cultura del paesaggio storico urbano del Centro storico di Napoli-Sito UNESCO.

Dai modelli considerati si deduce come quella degli Osservatori sia una funzione di importanza innegabile per quanto riguarda il rispetto, la salvaguardia, la conoscenza di territori che non possono essere lasciati a sé stessi se non al prezzo di perdere parti importanti di quella che è la nostra identità di esseri umani e di cittadini.

4. *Segue.* L'Osservatorio come fondazione di partecipazione.

Il proliferare di Osservatori sul territorio nazionale ha posto l'interrogativo circa la sua natura, al fine anche di individuare correttamente lo statuto normativo di riferimento.

Si ritiene che l'Osservatorio possa essere qualificato come una Fondazione di partecipazione per la duttilità della figura giuridica in esame.

Prima di tutto, però, giova prendere contezza, sebbene brevemente, di cosa sia una Fondazione²⁰. Essa è un ente dotato di personalità giuridica privata regolato dal Codice Civile e basato su un patrimonio finalizzato a un preciso scopo lecito e di utilità sociale. Deve dunque avere un patrimonio che complessivamente risulti adeguato allo scopo perseguito. In quanto ente dotato di personalità giuridica di diritto privato, la Fondazione ha una personalità distinta da quella dei fondatori e da quella degli amministratori; i creditori possono rifarsi quindi solamente sul patrimonio della fondazione. È un ente diverso dall'Associazione²¹ in quanto

²⁰ E. BELLEZA- F. FLORIAN, *Le fondazioni del Terzo Millennio- Pubblico e Privato per il non-profit*, Firenze, 1990, p. 14 e ss.

²¹ <https://italianonprofit.it/risorse/definizioni/fondazioni/>.

quest'ultima si basa sull'azione dei soci finalizzata allo scopo e prevede l'elezione democratica degli organi sociali. La Fondazione, invece, non ha soci ed, eccetto casi particolari, l'organo di governo non viene democraticamente eletto bensì designato nelle modalità previste dallo statuto. Inoltre nella Fondazione non è possibile cambiare le finalità di destinazione del patrimonio, salvo che sia previsto dallo Statuto o in casi particolari vi sia un provvedimento governativo. Essa deve essere costituita per atto pubblico o per disposizione testamentaria; in seguito alla costituzione viene annoverata nel Registro delle Persone Giuridiche Private. Se l'operatività della Fondazione è nazionale e riguarda una delle materie di esclusiva competenza dello Stato, il Registro è curato dalla competente Prefettura, altrimenti dalla Regione. È retta da un Consiglio di Amministrazione e può prevedere altri organi tra i quali un'assemblea, il cui ruolo è determinato dallo statuto. Deve essere munita di un organo di controllo contabile che verifichi tra l'altro anche la corretta tenuta della contabilità e del bilancio. Le modalità di designazione del Consiglio d'Amministrazione e degli eventuali altri organi di governo è definita dallo statuto e dall'atto costitutivo, il presidente ne è di norma il rappresentante legale. Una Fondazione può avere personale, può avere volontari, può essere un Ente del Terzo Settore alle condizioni della legge di riferimento (D. Lgs. 117/2017), può avere entrate di natura commerciale e componenti dell'Organo Direttivo possono essere pagati²².

Sono presenti diverse tipologie di Fondazione: differiscono l'una dall'altra per modalità di intervento, operatività e sostegno agli enti, spinta fondativa, ecc. Una Fondazione può essere definita "operativa" se gestisce direttamente progetti, servizi o cura un bene pubblico (parchi, collezioni d'arte, monumenti, biblioteche, archivi...), "d'erogazione" o "*grant-making*" se eroga risorse (finanziarie, competenze...) a terzi: molte fondazioni adottano entrambe le modalità d'intervento.

Nella categoria delle Fondazioni in generale, è possibile rintracciare una sotto-categoria particolarmente specifica e ibrida: la fondazione di partecipazione. Sono costituite da una pluralità di attori, che in base allo statuto mutuano alcune caratteristiche tipiche

²² Casi speciali di fondazioni sono: a) le Fondazioni di Origine Bancaria: nate dalla scissione dell'attività filantropica e dell'attività creditizia di alcune banche italiane poste sotto controllo pubblico, che gestiscono beni di rilievo pubblico (collezioni d'arte, biblioteche, palazzi e ville storiche...), progetti in ambito sociale, sanitario, educativo, formativo ed effettuano erogazioni a beneficio di enti pubblici e non profit. Nel tempo sono state regolate dalle leggi 218/1990, 461/1998 e dal Decreto Legislativo 153/1999; b) le Fondazioni Lirico-Sinfoniche: istituite dal Decreto Legislativo 367/1996 che ha trasformato in fondazioni di diritto privato gli enti autonomi lirici, le istituzioni concertistiche e altri enti lirici, coreutici, musicali di rilievo nazionale precedentemente istituiti dalla Legge 800/1967. Alcune fondazioni, poi, rientrano all'interno di quanto prevede il Codice Civile senza che esso le abbia differenziate o catalogate. Esse comprendono: a) le Fondazioni di Famiglia o d'Impresa: sono fondazioni istituite per portare avanti i valori e le idee del capostipite, o, nel caso di un'impresa, valorizzare le esternalità positive (competenze, beni prodotti, tecnologie sviluppate...) e limitare le esternalità negative; b) le Fondazioni di Comunità: sono fondazioni, costituite da una pluralità di attori, destinate a raccogliere donazioni e valorizzarle per il benessere di un determinato territorio e in taluni casi a gestire beni pubblici di rilievo locale promuovendo e implementando il Terzo Settore e l'impegno dei cittadini.

dell'associazione, come la possibilità di far entrare nuovi membri e l'assemblea dei soci. In genere sono realtà operative che valorizzano il contributo di tutti i membri. La fondazione di partecipazione è un fenomeno ibrido nato dalla necessità di avere da una parte la gestione e il coordinamento tipici degli enti pubblici, dall'altra l'efficienza e l'efficacia del privato. In sintesi, si tratta di una collaborazione tra gli enti pubblici e le strutture private per fini di interesse pubblico. Si tratta di un fenomeno articolato e in continua evoluzione che può coinvolgere qualsiasi tipo di istituzione pubblica o privata, comprese *onlus* e cooperative. Dunque, è un concetto a metà tra la fondazione classica e l'associazione. La fondazione di partecipazione e la fondazione tradizionale non sono dunque propriamente la stessa cosa. La fondazione, secondo il significato classico del termine, è un ente morale senza scopo di lucro, la cui disciplina è regolata dal libro I del codice civile. I beni legati alla fondazione sono dunque destinati al raggiungimento di un fine, di uno scopo, costituente l'ideale della fondazione stessa, agli obiettivi che la contraddistinguono. Ha dunque organi di governo propri e i fondi e i beni a disposizione vengono utilizzati per lo scopo per il quale è stata costituita. È regolamentata da un insieme di norme contenute nello statuto che regola l'attività e la gestione dell'ente. È essenziale la presenza del patrimonio, elemento necessario per lo svolgimento delle attività. In mancanza o in insufficienza del patrimonio, l'ente viene a cessare e gli eventuali beni residui verranno trasferiti ad enti analoghi. La fondazione di partecipazione, invece, non è istituita da un unico soggetto, il fondatore, bensì si tratta della collaborazione di più enti che condividono gli stessi obiettivi. Si tratta di un mezzo operativo "ibrido", che alla base ha sì elementi tipici della fondazione tradizionale, ma anche dell'associazione. In sintesi, questo tipo di fondazione persegue anch'essa un obiettivo senza scopo di lucro con alla base un patrimonio che ne supporti i costi, il cui ammontare viene fissato nell'atto costitutivo, ma in questo caso i fondatori partecipano attivamente alle decisioni e alla gestione della fondazione stessa, cosa tipica dell'associazione. Nel caso della fondazione, il "peso" dei partecipanti alla gestione può essere comunque diversificato. La fondazione di partecipazione è caratterizzata da due elementi: un elemento patrimoniale e uno personale. Il primo è composto dal fondo di dotazione, ovvero la parte del patrimonio che non è possibile toccare (il patrimonio di riserva fondamentalmente) e che può essere composto tanto da somme di denaro quanto da beni materiali o immobili, e il fondo di gestione, ovvero la parte di patrimonio utilizzabile per finanziare le attività. Quest'ultimo può essere costituito da donazioni, rendite provenienti da attività della fondazione stessa, contributi pubblici o privati. Il modello giuridico è aperto, nato per raggiungere diversi scopi tramite la collaborazione tra pubblici, privati e volontari cittadini, che diventano così elementi attivi della fondazione stessa. Questo tipo di fondazione viene utilizzato soprattutto dagli enti pubblici per realizzare progetti e iniziative volti al benessere della collettività, come ad esempio attività sociali e di assistenza, attività culturali, scientifiche e di volontariato. Si tratta

dunque di un valido strumento per coinvolgere privati e incanalare risorse per fini di pubblica utilità. Questo tipo di fondazione coinvolge più soggetti giuridici, enti pubblici e organizzazioni private. Successivamente alla costituzione, possono aderire altri soggetti a mano a mano, permettendo la compresenza di enti pubblici territoriali o privati, anche in momenti diversi. È la partecipazione del pubblico e del privato per il raggiungimento di scopi di interesse generale: sempre più spesso partecipano oggi aziende, enti pubblici ed organizzazioni senza scopo di lucro. Di conseguenza, può essere annoverata tra gli enti del Terzo Settore previsti dal d.lgs. n. 117/2017. Dunque, la fondazione potrebbe assumere la denominazione di “ente filantropico”, divenendo anche impresa sociale. Con l’entrata in vigore del Registro Unico Nazionale del Terzo Settore (RUNTS) le Fondazioni che hanno i requisiti per il riconoscimento come Ente del Terzo Settore, previsti dal Codice del Terzo Settore, o per un tipo particolare di Ente del Terzo Settore (ad esempio Ente Filantropico), possono chiederne la registrazione. In tal caso migreranno dal Registro delle Persone Giuridiche Private al RUNTS²³.

È evidente che, alla luce di quanto poc’anzi esposto, si può concludere sostenendo che la Fondazione di partecipazione rappresenta, ad oggi, lo strumento giuridico maggiormente idoneo ad inglobare l’Osservatorio, stante la varietà delle sue funzioni. In estrema sintesi si può giustificare tale assunto per almeno cinque motivi:

- a) la duttilità del modello che riesce a far convivere diversi interessi coinvolti in gioco: un modello che dà rilevanza alle diversità dei soggetti che faranno parte dell’Osservatorio;
- b) una prassi applicativa diffusa e consolidata in materia di gestione del patrimonio culturale da parte delle fondazioni di partecipazione;
- c) il perseguimento di un fine di interesse pubblico – valorizzazione e fruizione del patrimonio culturale – sovrapponibile al fine dell’Osservatorio (che lo persegue espletando molteplici funzioni);
- d) la liberalità delle forme organizzative e delle modalità di finanziamento che consentono elasticità programmatica, statutaria e gestionale;
- e) la legittimazione in termini di legge.

5. L’economia circolare come strumento di rigenerazione del patrimonio culturale.

La protezione dell’ambiente e l’attenzione ai cambiamenti climatici sono il tema che più di tutti – soprattutto negli ultimi anni – ha mobilitato moltissimi giovani. Il movimento di protesta iniziato da Greta Thunberg e sviluppatosi nei Fridays For Future è riuscito a portare in strada a manifestare milioni di persone, tanto che la politica tradizionale, per sua natura non orientata al

²³ È opportuno precisare che non tutte le Fondazioni possono essere Enti del Terzo Settore e che la legge delega (L. 106/16) che ha portato poi al Codice del Terzo Settore esclude esplicitamente l’applicazione della Riforma alle Fondazioni di Origine Bancaria.

“verde”, ha dovuto necessariamente attivare delle politiche recettive delle istanze provenienti “dal basso”.

Inevitabilmente, i temi della sostenibilità e della tutela ambientale, nel nuovo “paradigma” di sviluppo, si intersecano, compenetrandosi ed influenzandosi, con la nozione di economia circolare, cioè «un’economia industriale concettualmente rigenerativa e riproduce la natura nel migliorare ed ottimizzare in modo attivo i sistemi mediante i quali opera». La paternità della definizione va ascritta alla Ellen MacArthur Foundation²⁴: l’economia circolare è «un sistema economico pensato per potersi rigenerare da solo con due tipi di materiale: biologici, quelli che possono essere reintegrati nella biosfera e tecnici, destinati ad essere rivalorizzati senza entrare nella biosfera».

A ben vedere, il modello economico, cui è improntata l’economia circolare, si basa su una concezione di ricchezza e benessere non più contraddistinta dalla tradizionale espansione reiterata di flussi, ma dall’accrescimento quantitativo del capitale umano, naturale e sociale, oltre che di tipo economico/finanziario. L’economia circolare presuppone, nondimeno, un modello di economia in cui le attività siano concatenate in tutte le loro fasi tanto da consentire che i “rifiuti” (prodotti fondamentali nella prospettiva del riuso e della rigenerazione) di qualcuno, diventino risorse per qualcun altro.

Il diretto precipitato applicativo dell’economia circolare è la realizzazione di una crescita economica che deve muoversi entro il modello della sostenibilità e della rigenerazione, in cui i beni di oggi rappresentano le risorse di domani, in un’ottica, quindi, di riciclo, riuso e minimizzazione gli sprechi.

Sviluppo sostenibile, economia circolare, cambiamento climatico, sostenibilità ambientale sono temi che, irrompendo sempre più frequentemente nel dibattito globale, hanno intercettato anche il patrimonio culturale. Che sia per gli evidenti rischi a cui sono sottoposti molti beni culturali per effetto dei cambiamenti climatici²⁵, che sia per la necessità di modelli di gestione sostenibile del patrimonio o per il contributo della cultura allo sviluppo sostenibile²⁶, la mobilitazione di esperti, professionisti, attori pubblici e privati è ormai evidente²⁷: la valorizzazione dell’ambiente naturale e culturale, da un lato, e l’economia circolare e sostenibile,

²⁴ La Ellen MacArthur Foundation, ha sede a Chicago e la Fondazione sostiene le varie organizzazioni senza scopo di lucro in circa 50 paesi. La fondazione ha assegnato 5.5 miliardi di dollari da quando iniziò ad assegnare i suoi primi contributi economici nel 1978. La fondazione offre circa 225 milioni di dollari annui in sovvenzioni e investimenti relativi al programma “Economia circolare”. La Fondazione ha il dichiarato obiettivo di «sostenere le persone creative e le istituzioni impegnate a costruire un mondo più giusto, verde, e pacifico».

²⁵ Venezia ne è il caso emblematico.

²⁶ Il Consiglio dell’UE ha adottato il 21 novembre 2020 una risoluzione sulla dimensione culturale dello sviluppo sostenibile.

²⁷ <https://www.agenziacult.it/esteri/sviluppo-sostenibile-economia-circolare-e-patrimonio-culturale-strumenti-per-un-riuso-generativo/>.

dall'altro, rappresentano delle variabili fortemente correlate tra loro che, per i loro intrinseci connotati, sono naturalmente predisposte a interagire²⁸.

Il settore culturale può dare un contributo essenziale al bilancio economico del nostro Paese. Sebbene occupi lo 0.2% dell'intera superficie terrestre, l'Italia ospita infatti quasi il 70% dei beni culturali mondiali ed il più alto numero, pari a 58, di siti UNESCO. Il nostro Paese si conferma, in tal senso, come depositario di un immenso patrimonio di beni culturali concentrati nei centri urbani o diffusi sul territorio comprendenti monumenti, edifici e complessi di valore storico-artistico-architettonico, siti archeologici, musei e gallerie.

L'economia circolare²⁹, allora, potrebbe essere utilizzata quale strumento capace di identificare modelli virtuosi che promuovano la cura condivisa e responsabile del patrimonio culturale anche attraverso la metodologia della conservazione preventiva e programmata³⁰.

Non solo. La promozione del patrimonio culturale, volta a sostenere modelli gestionali innovativi e sostenibili, può rappresentare anche un importante presupposto per lo sviluppo delle imprese e dei territori e per la generazione di un valore che, nella misura in cui tocca la cultura, è allo stesso tempo economico e sociale. La quarta rivoluzione industriale grazie all'accresciuta capacità di interconnettere e far cooperare le risorse produttive – asset fisici, persone e informazioni lungo la catena del valore – può favorire l'introduzione di nuovi modelli di business e trasformare profondamente le dinamiche grazie alle quali questi modelli producono

²⁸ Tra le iniziative più recenti, si pensi al lancio del Climate Heritage Network lo scorso 24 ottobre 2020 a Dublino, al Forum dei Ministri della cultura tenutosi a Parigi lo scorso 19 novembre sul tema "Culture and public policy for sustainable development", stesso tema della conferenza annuale di NEMO – Network of European museums organizations "Museums 2030 – Sharing recipes for a better future", tenutasi dal 7 al 10 novembre a Tartu in Estonia, ma anche all'iniziativa #museumsforfuture lanciata da professionisti museali, facendo eco al movimento #fridaysforfuture, con la proposta di 10 azioni in vista del quarto sciopero per il clima del 29 novembre. In questo dibattito si inserisce il progetto europeo di ricerca "CLIC – Circular models Leveraging Investments in Cultural heritage adaptive reuse", finanziato dal programma "Horizon 2020" sotto la Call "Innovative financing, business and governance models for adaptive re-use of cultural heritage" (SC5-22-2017): «il progetto CLIC ha individuato il patrimonio culturale come campo di sperimentazione per modelli innovativi di finanziamento, di business e di governance in grado di promuovere e abilitare il riuso del patrimonio culturale nelle città e nei paesaggi culturali europei, nella prospettiva dell'economia circolare come modello di sviluppo sostenibile» (Oppido e Daldanise, 2019: 1352). A titolo esemplificativo si può riflettere sul fatto che ogni sito UNESCO italiano riesce a generare un PIL di circa 750 milioni di euro, a fronte dei circa 2 miliardi di euro dei siti di Francia e Germania e dei quasi 3 miliardi di euro nel Regno Unito. La situazione non è molto diversa se si osserva il settore dal punto di vista occupazionale: l'Italia conta circa 470 mila addetti pari al 2% degli occupati totali⁴, a fronte di valori prossimi al 3% di Germania e Regno Unito. Complessivamente, quindi, la ricchezza derivante dal settore culturale è molto più consistente negli altri paesi europei, che hanno sviluppato una maggiore capacità di generare valore economico nel settore cultura, soprattutto attraverso le "creative industries". In altri termini, sono enormi le potenzialità di crescita non ancora sfruttate.

²⁹ G. DALDANISE, A. GRAVAGNUOLO, S. OPPIDO, S. RAGOZINO, M. CERRETA, G. ESPOSITO DE VITA, *Economie circolari per il patrimonio culturale: processi sinergici di riuso adattivo per la rigenerazione urbana*, Atti della XXI Conferenza Nazionale SIU, Planum publisher, 2019, pp. 1348-1361.

³⁰ *Il Convegno – L'economia circolare per la rigenerazione del patrimonio culturale storico italiano*, resoconto del Convegno tenutosi in data 24 novembre 2022, presso Palazzo Litta, Milano – <https://lombardia.beniculturali.it/il-convegno-leconomia-circolare-per-la-rigenerazione-del-patrimonio-culturale-storico-italiano/>.

valore, innovazione, occupazione e benessere. L'innovazione dei processi di lavoro offre la possibilità di stabilire nuove e importanti connessioni tra conoscenze tradizionali e nuovi saperi anche per il recupero di settori tradizionali di attività e la promozione di un nuovo sviluppo. Le politiche per la promozione dell'industria culturale aprono le porte non solo a nuovi settori di attività ed a nuovi lavori strettamente legati al modello di società 4.0, ma anche ad un quadro di competenze innovative, di natura trasversale e trasformativa legate alla digitalizzazione, all'internet delle cose ed all'intelligenza artificiale. Tutto questo all'interno di un modello di economia circolare volto alla conservazione ed alla valorizzazione del patrimonio naturale e culturale in un contesto di sviluppo circolare e sostenibile.

È evidente, quindi, che l'economia circolare, nella misura in cui diventa un fenomeno importante (e sempre più dominante) non può più essere affrontata dal legislatore in ottica esclusivamente settoriale ed ambientale, sganciata cioè da tutti gli altri settori economici e giuridici. Si deve creare una fitta rete di interconnessioni, di scambi biunivoci capaci di apportare migliorie nei rispettivi campi di applicazione. In altri termini, l'economia circolare, per la sua duttilità, per la sua capacità di permeare nelle maglie della società e di rispondere con efficacia ed efficienza ai sempre più avvertiti bisogni di tutela e rispetto ambientale, diventa un sicuro strumento anche per la valorizzazione di quei campi che, apparentemente, esulerebbero dal suo raggio di azione. Diventa uno strumento che, se ben puntellato, riesce, nella sua trasversalità, a rispondere sapientemente ai bisogni delle nuove e delle future generazioni.

La sfida, pertanto, non si appunterà tanto sull'interrogativo se la tutela dei beni culturali è perpetrabile con lo strumento dell'economia circolare, domanda a cui – stante la ricostruzione appena svolta – si potrebbe con tranquillità dare risposta positiva. Del resto, i *beni usati*, ossia gli oggetti che vengono reimmessi in circolazione nell'ottica di riutilizzo tipica dell'economia circolare, rientrano pienamente nella definizione di *beni mobili* utilizzata nel Codice dei Beni Culturali³¹. Specificamente, secondo il Codice, sono beni culturali le cose immobili e mobili che, ai sensi degli artt. 10 e 11, presentano interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, archivistico e bibliografico e le altre cose individuate dalla legge o in base alla legge quali testimonianze aventi valore di civiltà.

La sfida, invece, si appunterà sulla corretta individuazione, da parte del legislatore, degli strumenti tecnici e giuridici che meglio consentiranno di raggiungere l'obiettivo della sostenibilità. L'obiettivo, quindi, dovrà essere quello di promuovere e sensibilizzare su alcune “*best practice*” da adottare, finalizzate a diffondere il concetto di riuso del patrimonio culturale, nella prospettiva dell'economia circolare quale veicolo anche di una sempre maggiore coesione sociale, e di tramandare questa sensibilità anche alle future generazioni. Se da un lato la

³¹ A. GIULIANI, *Beni culturali ed Economia circolare: il vulnus inatteso*, in <https://www.leotron.com/beni-culturali-ed-economia-circolare-vulnus-inatteso>, 2021.

fruizione di massa “consuma” i grandi attrattori culturali, dall’altro la maggior parte del patrimonio culturale esistente è opaco ai processi di rigenerazione urbana e rappresenta una passività nello sviluppo di capitale sociale e culturale. In una logica di economia circolare si potrebbe sviluppare una transizione da una visione polarizzata (bene culturale da conservare) ad una visione di infrastruttura culturale (capitale da valorizzare e riprodurre). In tale visione, il capitale culturale rappresenta il *driver* di un processo di rigenerazione a scala urbana o metropolitana nel quale le interconnessioni trasversali tra i cicli produttivi del riuso adattivo del patrimonio disponibile, sia nella fase di adeguamento che in quella gestionale, configurano un processo circolare di produzione multidimensionale di valore³².

6. Conclusioni.

Dall’analisi finora svolta, emerge chiaramente come il quantitativo di risorse culturali, armonicamente dislocate sul territorio nazionale, assegna necessariamente all’Italia un ruolo di responsabilità: le istituzioni e il legislatore nazionale hanno l’“obbligo” morale, prima che giuridico, di non disperdere la ricchezza, intesa proprio come ricchezza culturale. È necessario, quindi, implementare lo sviluppo di tutti i beni culturali e definire anche nuovi strumenti capaci di valorizzarli, rendendoli fondamentalmente più “fruibili”³³, sì da apportare significative ricadute sull’economia nazionale, soprattutto in virtù del fatto che si tratta di comparti dalla rilevanza economica e occupazionale tutt’altro che trascurabile³⁴. In altri termini, le potenzialità di crescita non ancora sfruttate sono enormi.

La ragione dell’ancora “sottosviluppo” esistente, risiede nel fatto che spesso si tende a privilegiare altri settori di intervento che hanno la capacità di generare un maggiore e più immediato ritorno economico e di consenso. Purtroppo, infatti, è ancora poco diffusa la

³² G. DALDANISE, A. GRAVAGNUOLO, S. OPPIDO, S. RAGOZINO, M. CERRETA, G. ESPOSITO DE VITA, *Economie circolari per il patrimonio culturale: processi sinergici di riuso adattivo per la rigenerazione urbana*, cit.

³³ Cfr. A. MITROTTI, *Il riparto di competenze in materia di beni culturali alla luce del felice coniugio tra redditività del patrimonio culturale e diritto di accesso ai beni culturali*, cit. Si sottolinea in particolare quanto segue: «Si è già precisato, fin qui, come l’autorevole interpretazione della Corte Costituzionale avesse ricondotto alla valorizzazione qualsiasi tipo di attività diretta: «soprattutto [alla] fruizione del bene culturale», in quanto disciplina legislativa finalizzata proprio a perseguire l’obiettivo di una migliore conoscenza, conoscibilità e fruizione possibile dei beni culturali».

³⁴ Si vedano sul punto, i dati riportati da F. POLLICE e C. RINALDI, *La valorizzazione del patrimonio culturale in Italia*, progetto di ricerca, Centro Universitario Europeo per i Beni culturali (2012), p. 12 e ss. che, sebbene non recentissimi, danno un’idea dell’impatto in termini occupazionali del patrimonio culturale: «a titolo esemplificativo si può riflettere sul fatto che ogni sito UNESCO italiano riesce a generare un PIL di circa 750 milioni di euro, a fronte dei circa 2 miliardi di euro dei siti di Francia e Germania e dei quasi 3 miliardi di euro nel Regno Unito. La situazione non è molto diversa se si osserva il settore dal punto di vista occupazionale: l’Italia conta circa 470 mila addetti pari al 2% degli occupati totali⁴, a fronte di valori prossimi al 3% di Germania e Regno Unito. Complessivamente, quindi, la ricchezza derivante dal settore culturale è molto più consistente negli altri paesi europei, che hanno sviluppato una maggiore capacità di generare valore economico nel settore cultura, soprattutto attraverso le “creative industries”».

consapevolezza del ruolo delle risorse culturali in termini di valore economico e di sviluppo territoriale.

Vero è che molto è stato fatto, ma molto ancor c'è da fare nell'ottica di rendere i beni culturali che caratterizzano il patrimonio artistico italiano dei veri e propri poli di attrazione e di generazione di ricchezza, sfruttando anche le nuove possibilità di sviluppo messe a disposizione da quegli strumenti, come l'economia circolare, che consentirebbero uno sviluppo e una tutela dei beni culturali più sostenibile e più fruibile.

queste istituzioni

**The EU Enlargement to the Western
Balkans, the implementation
of “green” policies, and integration
through the law**

Pasquale Viola

Numero 1/2023

31 marzo 2023

The EU Enlargement to the Western Balkans, the implementation of “green” policies, and integration through the law

Pasquale Viola*

Summary

1. Introduction. South-East meets the West on the ground of the socio-ecological crisis. – 2. The EU Enlargement towards South-East: An overview. – 3. An introduction to environmental constitutionalism. – 4. Environmental constitutional provisions in the Western Balkans. A quantitative inquiry. – 5. Conclusion. Is this the “right” constitutional environment?

Sintesi

Gli attuali dibattiti politici e giuridici in Europa si incentrano su due questioni fondamentali: la crisi socio-ecologica derivante dai cambiamenti climatici antropogenici e dal degrado ambientale, e la volontà – o addirittura la necessità – di un processo “accelerato” di allargamento, soprattutto verso i Paesi dell’Europa sudorientale. La prima questione può essere considerata come scaturente da una sfida globale, mentre la seconda rappresenta un argomento pervasivo e prolungato all’interno dei dibattiti politici dell’UE. L’articolo muove dalle precedenti considerazioni, proponendo in primo luogo una rapida panoramica sull’allargamento dell’UE a Sud-Est, rammentando l’estensione del Green Deal e gli sforzi per l’attuazione dell’Agenda verde per i Balcani occidentali. Il terzo paragrafo spiega il concetto di “costituzionalismo ambientale”, richiamandone anche i caratteri trasformativi, le diverse valutazioni teoriche e alcuni assetti metodologici, aprendo quindi al tema del quarto paragrafo, che propone una prima analisi quantitativa dei riferimenti al concetto di “ambiente” nelle costituzioni dei Balcani occidentali, al fine di classificare i riferimenti diretti al concetto di “ambiente” in base a una tassonomia sincronica ed evidenziare, così, traiettorie per ulteriori approcci critici.

Abstract

Current political and legal debates in Europe are quite concerned about two matters: the socio-ecological crisis deriving from anthropogenic climate change and environmental degradation, and the will – or even the need – of a “fast-track” enlargement process, especially towards South-Eastern Europe’s countries. The first issue can be considered as a spin-off of a global matter, while the second one represents a more pervasive and long-lasting topic within EU political debates. The article addresses the aforementioned issues, and firstly propose a quick overview on the EU enlargement towards South-East, recalling the extension of the Green Deal and the efforts in implementing the Green Agenda for the Western Balkans. The third

* Post-Doctoral Research Fellow and Adjunct Professor (non-tenured), University of Trieste.

paragraph deals with the concept of ‘environmental constitutionalism’, also recalling its transformative features, different theoretical appraisals, and methodological assets. The fourth paragraph’s topic proposes a primary quantitative analyses on direct constitutional references (and mentions) to the concept “environment” within the Western Balkan constitutions. Conclusion aims at classifying Western Balkan’s environmental constitutional provisions under a synchronic taxonomy, to highlight further critical approaches.

Keywords

Western Balkans; EU Enlargement; Environmental Constitutionalism; Public Comparative Law.

Parole chiave

Balceni occidentali; Allargamento dell’UE; Costituzionalismo ambientale; Diritto pubblico comparato.

1. Introduction. South-East meets the West on the ground of the socio-ecological crisis.

Current political and legal debates in Europe are quite concerned about two matters: the socio-ecological crisis deriving from anthropogenic climate change and environmental degradation, and the will – or even the need – of a ‘fast-track’ enlargement process, especially towards South-Eastern Europe’s countries. The first issue can be considered as a spin-off of a global challenge, while the second one represents a more pervasive and long-lasting topic within EU political debates. Although they firstly seem autonomous concepts with individual trajectories, they merge on the ground of a double-sided mission that the European Union has embraced to cope with the aforementioned crisis through the implementation and the extension of the Green Deal.

‘Ecological’ missions and approaches, as well as means for a proper energy transition, are quite crucial also in the assessment for providing the status of ‘Candidate’ to the EU or even for the accession within the Union. Proper environmental policies and legislation are essential to reach the EU *acquis* and offer real opportunities for balancing EU trends and tasks with the main potential candidates’ requests. In this framework, Western Balkans are currently the main region within these two prominent topics, considering the role currently played by the two ‘frontrunners’ Serbia and Montenegro, the “most likely” candidate Bosnia and Herzegovina, and countries such as Albania and Macedonia, which are fulfilling a set of EU political and economic conditions. Thus, the need of going beyond a mere evaluation on the status of the rule of law, to further evaluate whether countries – and, by extension, legal systems – comply with environmental standards. To this end, “environmental rule of law – which describes when laws are widely understood, respected, and enforced and the benefits of environmental protection are

enjoyed by people and the planet – is key to addressing”¹ the gap between implementation and enforcement of environmental provisions.

Moving from the aforementioned issues, the article firstly propose a quick overview on the EU enlargement towards the South-East, recalling the extension of the Green Deal and the efforts in implementing the Green Agenda for the Western Balkans. The third paragraph explains the concept of ‘environmental constitutionalism’, also recalling its transformative features, different theoretical appraisals, and some methodological assets. The fourth paragraph proposes a primary quantitative analyses on direct constitutional references (and mentions) to the concept ‘environment’ within the Western Balkan constitutions. Conclusion aims at classifying Western Balkan’s environmental constitutional provisions under a synchronic taxonomy, to highlight whether the environment has been “taken seriously” within the domestic legal systems².

2. The EU Enlargement to the South-East: An overview.

On the 24th of June 2022, the General Secretariat of the European Council referred to main policies and further issues related to the EU enlargement, basically addressing events regarding Ukraine, the Republic of Moldova, Georgia and Turkey, as well as advancing the process of integration of the Western Balkans in a wider interdisciplinary framework. Currently, in reference to the EU enlargement policies, the designation of the region ‘Western Balkans’ basically refers to Albania, Bosnia and Herzegovina, Kosovo³, Montenegro, North Macedonia and Serbia. In reference to the Western Balkans, the EU reaffirmed the “unequivocal commitment” and the will of accelerating the inclusion of Western Balkans’ countries in the Union,⁴ although still detailed concerns remain regarding the rule of law (those affecting the independence of judiciary and corruption) and minority rights⁵, the accession negotiations between Bulgaria and North Macedonia, and other interests on the need of making tangible progresses to solve bilateral and regional issues, especially recalling the Belgrade-Pristina dialogues for the normalization of the political relations between Serbia and Kosovo⁶. Moreover,

¹ UNEP, *Environmental Rule of Law: First Global Report*, Nairobi, p. 1.

² This article is a first attempt in offering some temporary results of an ongoing research on Western Balkans. The basic aim of this contribution is to open new trajectories for further critical approaches. The words ‘taken seriously’ recall the prominent works by Ronald Dworkin and, in reference to the environment, by Domenico Amirante (*infra*).

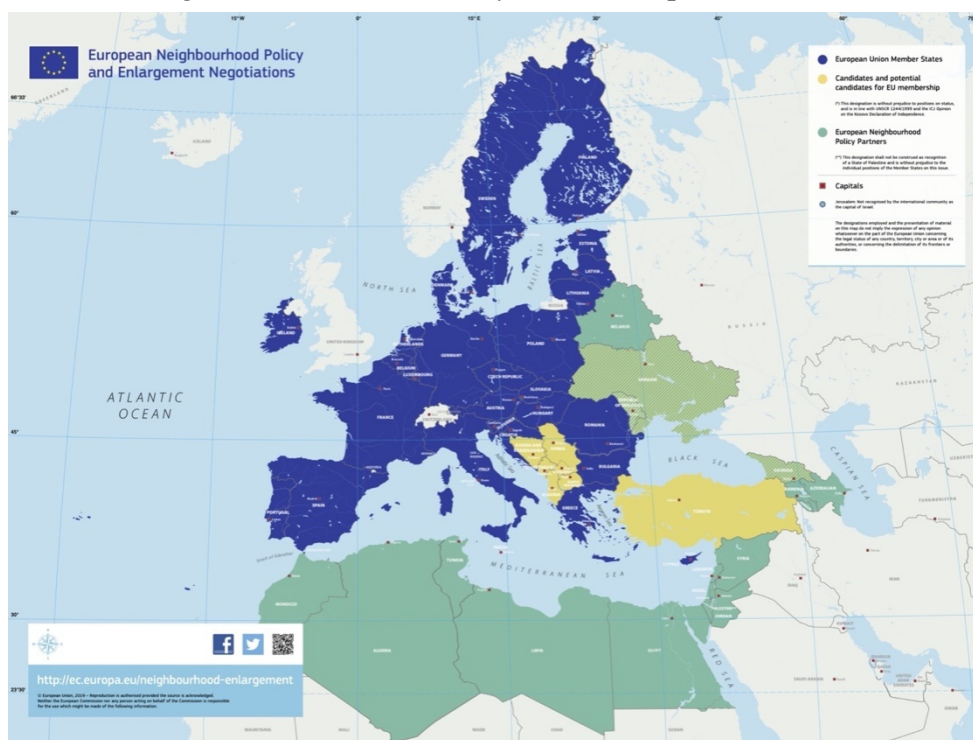
³ In line with UNSCR 1244/1999 and the ICJ Opinion on the Kosovo declaration of independence and the EU neighbourhood policy.

⁴ EUCO 24/22, CO EUR 21 CONCL 5, Brussels, 24 June 2022, § 15.

⁵ *Ibid.*, § 17.

⁶ *Ibid.*, § 17-19. For historical and general aspects see V. CURZON PRICE *et al.* (eds), *The Enlargement of the European Union: Issues and Strategies*, London-New York, 1999; H.A. IKONOMOU *et al.* (eds), *European Enlargement across Rounds and Beyond Borders*, London-New York, 2019; H. BERGER and T. MOUTOS (eds),

the declaration that the European Council “is ready to grant the status of candidate country to Bosnia and Herzegovina”⁷ is another really relevant aspect.



Source: <https://neighbourhood-enlargement.ec.europa.eu/>

It is worth to recall that the accession of Western Balkans’ countries follows a special process based on four key-pillars: 1) trade concessions, 2) economic and financial assistance, 3) assistance for reconstruction, development and stabilisation, 4) stabilisation and association,⁸ the latter characterised by the political stabilisation of countries, the implementation of a market economy, and regional cooperation.

In reference to the environment, chapter 27 of the *acquis communautaire* explicitly refers to EU policies regarding sustainable development and the protection of the environment for present and future generations, mentioning the basic principles of preventive action, polluter pays, fighting environmental damage at the source, shared responsibility and environmental

Managing European Union Enlargement, Boston, 2004; S. KEIL and Z. ARKA (ed.), *The EU and Member State Building: European Foreign Policy in the Western Balkans*, London-New York, 2015; F. LAURSEN, *EU Enlargement: Current Challenges and Strategic Choices*, Pieterlen and Bern, 2013. For a more critical appraisal: F. DEANA, *L'allargamento dell'Unione europea nei Balcani occidentali: una strada oscura che conduce al nulla?*, in *Eurojus*, 2, 2022, pp. 173-190; D. KOCHENOV, *EU Enlargement and the Failure of Conditionality*, Alphen aan den Rijn, 2008; T. SEKULIĆ, *The European Union and the Paradox of Enlargement: The Complex Accession of the Western Balkans*, Cham, 2020.

⁷ EUCO 24/22, CO EUR 21 CONCL 5, Brussels, 24 June 2022, § 21.

⁸ <https://neighbourhood-enlargement.ec.europa.eu/>. Last accessed December 2022.

protection⁹. Such a political background have been included in more than 200 major legal instruments within a very transdisciplinary area of law¹⁰.

According to the Directorate-General for Neighbourhood and Enlargement Negotiations' Communication of 2022, in reference to the energy sector, Montenegro's condition has been evaluated "good level of preparation", while Albania, North Macedonia and Serbia result as "moderately prepared". Differently, in reference to environmental and climate issues in general, the D-G stated that "Albania, North Macedonia, Montenegro and Serbia have some level of preparation", while Bosnia and Herzegovina is improving the general framework regarding disaster management. Furthermore, «Kosovo and Montenegro made some progress in the area of transport policy, while Albania, Bosnia and Herzegovina, North Macedonia and Serbia recorded limited progress. On energy, Kosovo and Montenegro made some progress and the rest of the Western Balkan partners made limited progress. On trans-European networks, Albania, Kosovo and Serbia have made some progress, while only limited progress was recorded in Bosnia and Herzegovina, North Macedonia and Montenegro»¹¹.

Some concerns in the assessment on achieving the *acquis* arise from the implementation of "green" and "climate" policies, thus the D-G highlighted the need of "urgent action" across the region¹².

Moreover, amongst other political and legal tools, the EU Green Deal and the Green Agenda for the Western Balkans represent two fundamental means for the achievement of the EU *acquis*. The EU Green Deal is currently the political and legal major driving force in re-thinking Union's financial paradigms, establishing a series of initiatives that would lead Europe to be the first continent with zero emissions by 2050. In other words, the Green Deal is a new political agenda expected to foster the EU towards an ecological and sustainable future¹³, basically through an action plan focusing on three crucial pillars: 1) reversal of economic

⁹ For an overall account on the principles of environmental law: N. DESADELEER, *Environmental Principles: From Political Slogans to Legal Rules*, 2nd edn, Oxford, 2020; L. KRÄMER and E. ORLANDO (eds), *Principles of Environmental Law*, Cheltenham, 2018; E. SCOTFORD, *Environmental Principles and the Evolution of Environmental Law*, Oxford, 2017; E. LEES and J.E. VIÑUALES (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Environmental Law*, Oxford, 2019; J. VERSCHUUREN, *Principles of Environmental Law*, Baden-Baden, 2003; N.A. ROBINSON, *Fundamental Principles of Law for the Anthropocene?*, in *Environmental Policy and Law* 1-2, 2014, pp. 13-27.

¹⁰ Legal acts cover, for instance, horizontal legislation, water and air quality, waste management, nature protection, industrial pollution control and risk management, chemicals and genetically modified organisms (GMOs), noise and forestry. <https://neighbourhood-enlargement.ec.europa.eu/>.

¹¹ COM(2022) 528, *2022 Communication on EU Enlargement Policy*, p. 27.

¹² Ibid.

¹³ COM (2019) 640 *Annex to the Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. The European Green Deal*. See https://ec.europa.eu/clima/policies/eu-climate-action/law_en. Last accessed December 2022.

paradigms; 2) improvement of health and quality of life; 3) environmental protection¹⁴. The Green Agenda for the Western Balkans addresses the transition towards a more sustainable system in reference to decarbonisation (climate, energy, and mobility) and depollution (of air, water, and soil), circular economy, sustainable food mechanisms, biodiversity (restoration and protection of the ecosystems)¹⁵. The implementation of the Green Deal and of the Green Agenda fosters a series of crosscutting actions that will help to fastener the process of enlargement, also considering that «the EU founding Treaties, the European Consensus on Development, international commitments, the European Green Deal and a range of policy and regulatory documents frame EU efforts to systematically mainstream environmental and climate change objectives in EU development cooperation and international partnerships»¹⁶, and, to this end, «the European Green Deal commits the European Union to ensuring a “do no harm” approach and to greening its policies, actions and budget process»¹⁷, thus underlining the need of a proper use of financial mechanism to comply with “sustainability considerations”¹⁸.

3. An introduction to environmental constitutionalism.

Assuming the constitution as the fundamental legal tool for domestic legal systems, which shapes and offers precise means for the implementation of the rule of law and for coping with significant contemporary concerns, the entry into force of environmental constitutional provisions prove the rise of an ‘ecological sense’ within political and legal discourses. As Domenico Amirante points out¹⁹, «In the intense heterogeneity and diversity that has characterized this path [the constitutionalisation of the environment], the common trait is certainly the progressive rise of environmental issues as not only sectorial or technical elements of the legal system, but as structural, structuring and, in some cases, even founding elements of the constitutional systems themselves. In other words, the constitutionalisation of the environment has been translated into an ‘ecologisation’ of the constitutions, which has also affected the fundamental principles of some legal systems, without exhausting itself in the programmatic aspects».

¹⁴ COM (2020) 80, 2020/0036 (COD). See P. VIOLA, *Hacia la Ley Europea del Clima: las evaluaciones científicas y el futuro papel de las respuestas jurídicas de los Estados Miembros*, in *Revista Boliviana de Derecho*, 32, 2021, pp. 758-773.

¹⁵ SWD(2020) 223, *Guidelines for the Implementation of the Green Agenda for the Western Balkans*.

¹⁶ OECD, *Integrating Environmental and Climate Action into Development Co-operation: Reporting on DAC Members’ 2020 High-Level Meeting Commitments*, 29 November 2021, p. 86.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ D. AMIRANTE, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l’Antropocene*, Bologna, 2022, p. 49. See also ID. (a cura di), *La forza normativa dei principi: il contributo del diritto ambientale alla teoria generale*, Padova, 2006; ID., *Diritto ambientale italiano e comparato. Principi*, Napoli, 2003.

Thus, the need of a transformative approach, as suggested by Melanie Murcott, which defined “transformative environmental constitutionalism” as an hybrid mixture of environmentalism and constitutionalism based on ecocentrism²⁰. In reference to the need of constitutional transformations, Louis Kotzé also emphasises the current loss of harmony of the Earth system, considered as “erratic, unpredictable, unstable and operating in a ‘no-analogue state’”²¹, while David Boyd highlights that the awareness of global environmental crises fostered a wave of new or amended constitutions dealing with the environment basically as state positive obligations, individual rights, and duties²². Especially in reference to the concept of “healthy environment”, the majority of the constitutional tools are enforceable, and is mostly associated to fundamental human rights (although in some cases, along with social, economic and cultural rights, it assumes less predominance than civil and political rights).

This process might be associated to the ‘ascent’ of the environment as a constitutional matter, worth to be related to social values; and different but converging provisions prove such a trend²³. Furthermore, James May and Erin Daly expose how the constitutional recognition of the environment within constitutions has a deep impact on the structures of domestic legal systems, even fostering new trends for jurisprudence²⁴.

A specific and direct reference to the environment within constitutional texts is one of the basic step towards an effective and integrated approach, and represent the evidence of a global trend²⁵. Under a quantitative analysis, currently approx. the 80% of constitutions at a global level include environmental provisions, and according to the main synchronic taxonomy, they can be grouped under three labels: 1) environmental (pristine) constitutions; 2) revised environmental constitutions; 3) silent constitutions.²⁶ Environmental (pristine) constitutions are those already having environmental provisions since their entry into force (e.g. the Constitutions of Ecuador and Bolivia), and environmental considerations permeate the debates of the constituent assembly. The label “revised constitution” refers to those text originally silent regarding environmental matters and subsequently amended to include a more precise

²⁰ M. MURCOTT, *Transformative Environmental Constitutionalism*, Leiden, 2022.

²¹ L.J. KOTZÉ, *Global Environmental Constitutionalism in the Anthropocene*, Oxford, 2016, p. 178.

²² D.R. BOYD, *The Environmental Rights Revolution: A Global Study of Constitutions, Human Rights, and the Environment*, Vancouver, 2012.

²³ Ibid.

²⁴ J.R. MAY and E. DALY, *Global Environmental Constitutionalism*, Cambridge, 2014; ID. (eds), *Implementing Environmental Constitutionalism: Current Global Challenges*, Cambridge, 2018.

²⁵ See P. VIOLA, *Climate Constitutionalism Momentum: Adaptive Legal Systems*, Cham, 2022; ID., *Constitutional “Reactions” to Environmental Concerns and Anthropogenic Climate Change: Comparative Paths towards Integrated Ecologies*, in S. LANNI (a cura di), *Sostenibilità globale e culture giuridiche comparate*, Torino, 2022, pp. 171-190.

²⁶ This classification has been firstly proposed in D. AMIRANTE, *Ambiente e principi costituzionali*, in ID. (a cura di), *Diritto ambientale e Costituzione. Esperienze europee*, Milano, 2000, p. 24 and in ID., *L’ambiente «preso sul serio». Il percorso accidentato del costituzionalismo ambientale*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, Special Issue, 2019, pp. 1-32.

provision in reference to the environment (e.g. the Constitution of Italy). The third label refers to those constitutional texts with no direct mention of the environment (e.g. the Constitution of Iceland)²⁷. Globally, out of the total amount of written constitutions of UN state members, environmental (pristine) constitutions are the 63%, revised environmental constitution the 17%, while silent constitutions are the 20%²⁸.

4. Environmental constitutional provisions in the Western Balkans. A quantitative review.

The second paragraph highlighted the pivotal role the environment plays in the assessments regarding the EU enlargement, while the previous one stresses a global trend in recognising the environment within the most prominent legal tools. Thus, it is quite relevant to assess whether Western Balkans' constitutions reply such a trend and the patterns of recognition and/or establishment²⁹.

In order of providing quantitative data on the phenomenon of environmental constitutionalism in the Western Balkans, basically this part directly recalls the texts, establishing a first step for an appraisal that will lead to classify constitutions under the aforementioned synchronic taxonomy. In doing so, the analysis will proceed under an alphabetical order.

The Constitution of Albania³⁰ addresses environmental issues in Chapter IV “Economic, social and cultural rights and freedoms”, at art. 56: “Everyone has the right to be informed about the status of the environment and its protection”, basically recalling the right to information and, indirectly, the state positive obligation for a sound access to environmental data³¹. In Chapter V “Social objectives”, art. 59 states that

²⁷ A constitution without direct mention to the environment implies a less prominent role of the concept ‘environment’ within the constitutional space under a civil-law approach, but do not directly infer that the legal system is not equipped for coping with environmental issues, considering that there might be specific laws and rules, and that the role of courts and tribunals might lead to the implementation of environmental policies and legislation as well. See, for instance, G. PRING and C. PRING, *Environmental Courts & Tribunals*, Nairobi, 2016; L.Y. SULISTIAWATI *et al.*, *Environmental Courts and Tribunals: A Guide for Policy makers*, Nairobi, 2022; D. AMIRANTE, *Environmental Courts in Comparative Perspective: Preliminary Reflections on the National Green Tribunal of India*, in 29 *Pace Env'tl. L. Rev.* 2, 2012, 441; C. WARNOCK, *Environmental Courts and Tribunals: Powers, Integrity and the Search for Legitimacy*, Oxford, 2020.

²⁸ D. AMIRANTE, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'Antropocene*, cit.

²⁹ This methodological approach needs a disclaimer. Basically, the main aim of this article is to provide a first quantitative analysis on environmental constitutional provisions, thus, it is not meant to provide a qualitative evaluation on the effectiveness and the implementation. Constitutional texts have been reported as provided by Oxford Constitutions (<http://oxcon.ouplaw.com>), the Constitute Project (<https://www.constituteproject.org/>), and official translations into English – when available – by the competent authorities.

³⁰ Albanian Constitution of 1998 (as amended till 2016).

³¹ The Aarhus Convention is currently considered as one of the main tools provided by the international environmental law regime, and «developed some principles also enshrined in the Rio Declaration [...] to guarantee a bottom-up approach, as well as a more ‘public-friendly’ regime, conveying some precise necessities: 1) the participation of citizens, especially in the decision-making processes; 2) the access to information related to the

«1. The state, within its constitutional powers and the means at its disposal, aims to supplement private initiative and responsibility with:

[...]

d. a healthy and ecologically adequate environment for the present and future generations;

dh. rational exploitation of forests, waters, pastures and other natural resources on the basis of the principle of sustainable development»;

thus merging economical aspects related to private initiative, the exploitation of natural resources and the principle of sustainable development³².

Differently from the Albanian experience, the Constitution of Bosnia and Herzegovina is currently one of the silent constitutions (20% of the global amount) on environmental issues³³. The Constitution of Kosovo gives to the environment a very prominent position, considering that the provisions have been placed amid Chapter I “Basic provisions” and values as per art. 7: «1. The constitutional order of the Republic of Kosovo is based on the principles of freedom, peace, democracy, equality, respect for human rights and freedoms and the rule of law, non-discrimination, the right to property, the protection of environment, social justice, pluralism, separation of state powers, and a market economy». Furthermore, art. 52 addresses responsibilities towards the environment (“1. Nature and biodiversity, environment and national inheritance are everyone's responsibility”), rights of participation (“2. Everyone should be provided an opportunity to be heard by public institutions and have their opinions considered on issues that impact the environment in which they live”) and the necessary

environment; 3) the need to facilitate and encourage public awareness; 4) an ‘effective access to judicial and administrative proceedings, including redress and remedy’». P. VIOLA, *From the Principles of International Environmental Law to Environmental Constitutionalism: Competitive or Cooperative Influences?*, in D. AMIRANTE and S. BAGNI (eds), *Environmental Constitutionalism in the Anthropocene: Values, Principles and Actions*, Routledge, London-New York, 2022, p. 133. See also M. MASON, *Environmental Democracy*, London, 1999; J. WATES, *The Aarhus Convention: A Driving Force for Environmental Democracy*, in *Journal for European Environmental & Planning Law*, 2, 2005, pp. 2-11. Regarding regional cooperation, see the Escazú Agreement, entered into force on April 2021.

³² A definition of ‘sustainable development’ has been proposed through the Brundtland Report: «trying to take into account both present and future generations, as well as global needs and limitations [and considering ...] its own multiple and complex meaning, [... sustainable development] encompasses a corollary of normative principles and descriptive approaches: 1) intergenerational equality; 2) sustainable use; 3) equitable use; 4) integration». P. VIOLA, *From the Principles of International Environmental Law to Environmental Constitutionalism: Competitive or Cooperative Influences?*, cit., p. 131. See also P. SANDS *et al.*, *Principles of International Environmental Law*, 3rd edn, Cambridge, 2018; A. BOYLE and D. FREESTONE (eds), *International Law and Sustainable Development: Past Achievements and Future Challenges*, Oxford, 1999; M.-C. CORDONIER SEGGER and A. KHALFAN, *Sustainable Development Law: Principles, Practices, and Prospects*, Oxford, 2004; D. FRENCH, *International Law and Policy of Sustainable Development*, Manchester, 2005; S.ADELMAN, *The Sustainable Development Goals, anthropocentrism and neoliberalism*, in D. FRENCH and L.J. KOTZÉ (eds), *Sustainable Development Goals: Law, Theory and Implementation*, Cheltenham, 2018, pp. 15-40.

³³ As previously stated, the Bosnia and Herzegovina legal system addresses environmental concerns through other legal means. On this point see, for instance, M. IGNJATIC *et al.*, *Environmental Law in Bosnia & Herzegovina*, Alphen aan den Rijn, 2022.

evaluation of the impact on the environment (“3. The impact on the environment shall be considered by public institutions in their decision making processes”). Within Chapter IX, dealing with economic relations, the Kosovar Constitution merges two really relevant aspects: property and natural resources. To this end, art. 122 states that

«1. The people of the Republic of Kosovo may, in accordance with such reasonable conditions as may be established by law, enjoy the natural resources of the Republic of Kosovo, but they may not infringe on the obligations stemming from international agreements on economic cooperation.

2. Natural resources such as water, air space, mineral resources and other natural resources including land, flora and fauna, other parts of nature, immovable property and other goods of special cultural, historic, economic and ecologic importance, which have been determined by law to be of special interest to the Republic of Kosovo, shall enjoy special protection in accordance with law.

3. Limitations on owners’ rights and other exploitation rights on goods of special interest to the Republic of Kosovo and the compensation for such limitations shall be provided by law.»

The Constitution of Montenegro addresses environmental concerns since the preamble: «Stemming from:[...] The conviction that the state is responsible for the preservation of nature, sound environment, sustainable development, balanced development of all its regions and the establishment of social justice». More normative provisions have been placed in Part II, specifically within common provisions in reference to human rights and liberties, and those regarding economic, social and cultural rights. Art. 59 provides that «Freedom of entrepreneurship shall be guaranteed. Freedom of entrepreneurship may be limited only if so necessary in order to protect the health of the people, environment, natural resources, cultural heritage or security and defence of Montenegro», while art. 23 details specific rights and duties:

«Everyone shall have the right to a sound environment. Everyone shall have the right to receive timely and full information about the status of the environment, to influence the decision-making regarding the issues of importance for the environment, and to legal protection of these rights. Everyone, the state in particular, shall be bound to preserve and improve the environment».

The Constitution of North Macedonia³⁴ places environmental concerns and a more ecological approach within the basic provisions of the legal system:

«The fundamental values of the constitutional order of the Republic of Macedonia are:

³⁴ Constitution of the Republic of North Macedonia 1991 with Amendments through 2011. See generally T. KARAKAMISHEVA-JOVANOVSKA, *Macedonian Constitutional Story*, in *Iustinianus Primus L. Rev.*, 1, 8, 2017, pp. 1-16. See also S. SLAVESKI and A. KOZAREV, “*Europeanization*” of the Macedonian National Identity, in *The Western Balkans Policy Review*, 2, 2012, pp. 21-38; L. ALLEZARD, *Constitutional identity, identities and constitutionalism in Europe*, in *Hungarian Journal of Legal Studies*, 63, 1, pp. 58-77.

[...]

- proper urban and rural planning to promote a congenial human environment, as well as ecological protection and development; and

- respect for the generally accepted norms of international law».

Furthermore, Macedonian fundamental law specifically recalls the right to a healthy environment and a state positive obligation thereof in art. 43: «Everyone has the right to a healthy environment to live in. Everyone is obliged to promote and protect the environment. The Republic provides conditions for the exercise of the right of citizens to a healthy environment». In reference to economic relations, although market economy and entrepreneurship have been guaranteed, they «can be restricted by law only for reasons of the defence of the Republic, protection of the natural and living environment or public health»³⁵. As far as power sharing is concerned, Amendment XVII equipped units of local self-government and granted to civil society (directly or through representatives) the possibility of participating in decision-making processes regarding – amongst other matters – urban and rural planning, as well as environmental protection.

The Constitution of Serbia embraces several provisions covering the main legal aspects related to the environment. In Part 2 “Human and minority rights and freedoms”, art. 74 has been devoted to the right to a healthy environment, to access and information; providing for state and autonomous provinces’ responsibilities for the protection of the environment, while the preservation and the improvement of the environment have been defined as obligations for “everyone”. As far as economic system and public finance are concerned, art. 83 defines limits to the freedom of entrepreneurship «for the purpose of protection of people’s health, environment and natural goods and security of the Republic of Serbia», while art. 88 addresses land use and planning:

«Utilization and management of agricultural land, forest land and municipal building land on private assets shall be permitted. The Law may restrict the models of utilization and management, that is stipulate terms of utilization and management, in order to eliminate the danger of causing damage to environment or prevent violation of rights and legally based interests of other persons».

Art. 97 of the Serbian Constitution defines competences of the Republic of Serbia, and amongst them there are those regarding «sustainable development; system of protection and improvement of environment; protection and improvement of flora and fauna; production, trade and transport of arms, poisonous, inflammable, explosive, radioactive and other hazardous substances», while autonomous provinces, according to art. 183, regulate «in

³⁵ Art. 55, Constitution of the Republic of North Macedonia.

accordance with the Law» those matters regarding provincial interests in urban planning and development, agriculture, water economy, forestry, hunting, fishery, environmental protection. In reference to local self-government and in accordance with the law, as per art. 190, municipalities «regulate and provide for the use of urban construction sites and business premises», and are responsible «for environmental protection, protection against natural and other disasters», as well as «protection, improvement and use of agricultural land».

5. Conclusion. Is this the “right” constitutional environment?

EU neighbourhood policy, ecological approaches, and constitutionalism are strictly merged within the field of a potential EU membership for Western Balkans’ countries. According to the aforementioned synchronic taxonomy, excluding the silent constitution of Bosnia and Herzegovina, all Western Balkan constitutional texts reflect the increasing attention towards environmental matters since their entry into force, and they can be placed amongst the environmental (pristine) constitutions (e.g. amongst the said 63%), thus overall confirming two aspects: a) they followed the trend characterising post-socialist constitutional cycles in Central, Eastern, and South-Eastern Europe; b) they adhere to the path that portrays contemporary and global phenomena of constitutionalism.

This is a further step in acknowledging environmental constitutionalism as a phenomenon and as a key-element in the present and future (along with climate concerns) legal trajectories, with an outstanding impact on legal methodology and the general theory of law³⁶. Yet, in the light of achieving and implementing the EU *acquis* and the Green Agenda, still there are critical issues to be further addressed, but the prominent position of the concept ‘environment’ within Western Balkan constitutions has to be acknowledged, both in terms of rights (e.g. Albania, Kosovo and Serbia), duties (Montenegro), principles of state policies (e.g. Kosovo), references to fundamental principles of international environmental law (e.g. Albania, Montenegro and Serbia).

³⁶ D. AMIRANTE, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l’Antropocene*, cit.; P. VIOLA, *Climate Constitutionalism Momentum: Adaptive Legal Systems*, cit.