

Editoriale

In avvio della XIX legislatura: quale futuro per queste istituzioni?

Anna Lorenzetti

p. 3

What does visible mean?

Alessandro Albano, Mauro Palma

p. 7

Il diritto all'istruzione dell'alunno disabile: principio di uguaglianza sostanziale e "tailorizzazione" del servizio

Marco Calabrò

p. 15

Il profilo costituzionale della rigenerazione urbana come nuova prospettiva della pianificazione territoriale

Mario Gorlani

p. 35

La gestione degli affari legali in un ente locale, tra prassi ed evoluzioni. Profili organizzativi e risvolti contabili del "Servizio Contenzioso" nel Comune di Monteroni di Lecce

Antonio Mitrotti

p. 51

"Chi è la madre?" La complessa definizione della madre nella trattazione delle vicende di Procreazione Medicalmente Assistita (PMA)

Sibilla Zoraide Maria Cipolla

p. 75

L'integrazione monetaria europea attraverso (o nonostante) le Corti. Tra prese di posizione di Karlsruhe e silenzi di Roma

Andrea Conzutti

p. 91

Riflessioni comparate su costituzionalismo substatale e secessionismo a partire dall'esperienza scozzese

Luigi Maria Pepe

p. 105

Justiça climática e contencioso ambiental: algumas questões comparativas

Pasquale Viola, Maralice Cunha Verciano

p. 129

editoriale

In avvio della XIX legislatura: quale futuro per queste istituzioni?

di Anna Lorenzetti

Il terzo numero dell'anno 2022 della Rivista esce in un momento interlocutorio e difficile da decifrare all'indomani delle elezioni politiche dello scorso 25 settembre.

L'avvio della XIX legislatura si colloca infatti "a valle" di una serie di vicende e interventi significativi sul piano politico-normativo che forte impatto avranno sulla vita delle istituzioni. La lunga pandemia, forse non ancora del tutto lasciata alle spalle, e le scelte intraprese per farvi fronte hanno reso palesi alcuni elementi di fragilità che forse avrebbero meritato una più attenta riflessione. L'emergenza sanitaria ha riproposto vecchi quesiti, ponendone di nuovi, ad esempio, per citarne soltanto alcuni, sembrando ammettere una revisione del sistema delle fonti, profilando una tensione circa i limiti dei poteri degli organi monocratici, sfilacciando i confini della riserva di legge e della riserva di giurisdizione, interrogando il principio di legalità. Il riferimento centrale è di certo alla "porosità" della forma di governo che negli anni ha visto acclarata una progressiva perdita di centralità del Parlamento, aspetto che occorre assumere come nuovo terreno di riflessione in un periodo storico che – per la prima volta – vede le Camere fortemente ridotte nei numeri. Peraltro, il mancato intervento sui Regolamenti di Camera e Senato, bisognosi di correttivi proprio per la riduzione del numero dei parlamentari, imporrà una necessaria verifica degli effetti relativi alla funzionalità e alla "efficienza" del Parlamento.

La legislatura che si sta avviando si colloca anche "a valle" della riforma del CSM, introdotta per mitigare l'affermato strapotere delle correnti della magistratura emerso in occasione del c.d. "scandalo Palamara", ma che pare aver lasciato inalterato lo scenario, generando, se non corti circuiti, comunque ambiguità, nelle parti che parevano più interessanti; si pensi ad esempio alla previsione di un meccanismo di quote gender sensitive che ha

“funzionato” svantaggiando le candidate econfermando appieno l’ambiguità delle misure preferenziali. Intese quale strumento di inveroamento dell’uguaglianza nelle opportunità, dunque dell’uguaglianza sostanziale,esse si mostrano però cieche alle circostanze di fatto che oggi vedono una presenza di donne numericamente maggioritaria nella Magistratura ma non adeguatamente rispecchiata dalla distribuzione degli incarichi di direzione di uffici giudiziari. Tale aspetto finisce così per attestare la permanenza di quel “soffitto di cristallo” causa ed effetto della discriminazione di genere anche nella magistratura, come in generale nei contesti lavorativi.

A proposito di giustizia, è di questi giorni l’approvazione in Consiglio dei ministri dei tre decreti legislativi di attuazione della riforma della giustizia civile e penale e dell’ufficio per il processo, che di certo mutano profondamente lo scenario giudiziario e che grande impatto avranno sulla vita delle istituzioni.

Ma l’avvio della XIX legislatura si colloca anche – quanto meno a partire dalle affermazioni ascoltate durante la campagna elettorale – “a monte” di una stagione che si preannuncia densa di riforme.

Alcuni interventi andranno di certo programmati, quanto meno per proseguire l’opera di attuazione e implementazione del P.N.R.R., che impone obiettivi e tempi assai precisi e al cui rispetto è agganciata l’erogazione di ulteriori finanziamenti. Si pensi – inter alia – alla riforma degli appalti e del Codice dei contratti.Gli impegni già sottoscritti in attuazione del Next Generation in Eu appaiono rigidi, vincolanti e bisognosi di essere adempiuti, per quanto da più parti si stia evocando la revisione del Piano nazionale o, in contrapposizione, il timore che la revisione possa danneggiare il paese.

In generale, si preannunciano interventi corposi e decisi sulla Costituzione evocando il presidenzialismo; a seconda delle posizioni, esso è inteso come sorta di necessario intervento, panacea ai “mali”e alla lentezza delle istituzioni democratiche, per superare il supposto stallo istituzionale, o in chiave opposta, come spettro che metterebbe in pericolo la democrazia. A prescindere dalle argomentazioni spesso apodittiche, tali posizioni sembrano però non considerare come si tratti di un termine in grado di racchiudere esperienze molto diverse tra loro; occorrerebbeper ciò, in primo luogo, chiarire quale è (o quale sarebbe) il tipo di presidenzialismo cui si fa riferimento, senza scivolare su un piano approssimativo e di conclusioni sommariamente esposte che al momento non paiono sorrette da alcun atto o riforma in itinere.

Sembra prefigurarsi un momento degno di attenzione anche per la Corte costituzionale, di recente interessata da una modifica delle norme integrative (2020), il cui impatto sul funzionamento non può che rilevarsi come significativo. Chiamata il prossimo 9 novembre a decidere sull’ergastolo ostativo, la Consulta si ritroverà di fronte all’ennesima occasione,

possibilità, necessità, di supplire alla latitanza del legislatore, in alternativa potendo – ancora una volta – “decidere di non decidere”. Come noto, sul piano teorico, ciò ha portato all’evoluzione della tecnica decisoria dell’incostituzionalità accertata ma non dichiarata, con rinvio al legislatore; al Parlamento, infatti, la Corte ha “assegnato” anche un lasso temporale sufficientemente ampio per intervenire (es. ord. 207/2018), facendo seguire una successiva declaratoria di incostituzionalità, in caso di inerzia nel disciplinare la materia (v., ad esempio, la pronuncia additiva di regola cedevole, sent. 242/2019, sul fine vita). Questa tecnica già utilizzata in tre casi – diffamazione a mezzo stampa (ord. 132/2020, poi sent. 150/2021), ergastolo ostativo (sent. 253/2019, poi ord. 97/2021, ancora di rinvio), fine vita (ord. 207/2018, poi sent. 242/2019) – ha posto una serie di quesiti. Il primo di essi riguarda senza dubbio il venir meno della sua funzione di giudice delle leggi che non dovrebbe (o potrebbe) lasciar persistere nell’ordinamento una disposizione dichiarata incostituzionale oramai 18 mesi or sono ma che continua a produrre effetti, nel caso dell’ergastolo ostativo, privando non poche persone della libertà personale. È dunque possibile ipotizzare un intervento del Parlamento su temi considerati come divisivi e già terreno di scontro più che di confronto fra le diverse forze politiche, come per il caso del c.d. fine vita o della legalizzazione delle droghe leggere.

Neppure l’organizzazione della Pubblica Amministrazione sembra immune da imminenti dibattiti sulla necessità di ulteriori riforme. Si pensi, ad esempio, a uno dei settori ove l’azione degli apparati amministrativi maggiormente può contribuire a inverare – oppure a negare – lo Stato di diritto. Il riferimento è al settore dell’esecuzione penale, laddove operano in via principale due Dipartimenti del Ministero della giustizia, un’autorità indipendente statale (il Garante nazionale delle persone private della libertà personale, cui fanno da corollario organi di garanzia regionali e locali di ancora incerto inquadramento dogmatico) e dove intervengono in vario modo diversi rami dell’Amministrazione pubblica (ad esempio, le aziende sanitarie). Il complesso tema, trattato in più interventi nei precedenti numeri di questa Rivista, sembra offrire ancora ampi spazi per riflettere su di una possibile riorganizzazione delle Amministrazioni che operano nel settore, stante la insoddisfacente tenuta complessiva del sistema (dopo le drammatiche rivolte in carcere del 2020, si pensi al triste record di suicidi in carcere nel corso dell’anno 2022). Non mancheremo, quindi, di tornare su questi argomenti.

Di certo, la forza di una democrazia parlamentare potrebbe trarre nuova linfa da un’interruzione di quelle dinamiche che tipicamente hanno attraversato, sempre più fortemente, gli ultimi anni di vita delle istituzioni, conducendo alla progressiva perdita della centralità del Parlamento. Si pensi a quanto accaduto in occasione dell’invio delle armi in Ucraina, in cui vi è stato un mero passaggio alle Camere, senza autorizzazione alcuna e peraltro con numerosi atti omissati che hanno messo in dubbio la trasparenza dell’operazione; ma si pensi ancora alla pandemia, periodo durante il quale, di fatto, le Camere sono rimaste chiuse per mesi dando vita a

un'inedita e problematica sospensione delle attività nelle sedi della rappresentanza democratica. Sarebbe dunque importante che l'avvio della nuova legislatura coincidesse con il tentativo di recuperare la centralità del Parlamento, o quanto meno con il superamento della posizione che vede come ineludibile la sua marginalità, restituendo al confronto democratico all'interno di Camera e Senato una rilevanza spesso resa opaca negli ultimi anni. In tal modo, il Parlamento potrebbe tornare a essere la sede del confronto fra maggioranza e opposizione, di sintesi fra posizioni diverse, di superamento o esplosione delle tensioni politiche, come è naturale che sia nel sistema costituzionale italiano, senza invece essere esautorato a vantaggio dei social, della stampa o delle chat – ufficiali o parallele – dei gruppi politici. Se il Parlamento, a ranghi ridotti, sarà in grado di riacquisire il proprio ruolo di spazio di confronto, sulle forze politiche graverebbe la responsabilità di non sottrarsi a esso, recuperando (anche) la centralità dei corpi intermedi, percepiti come assai distanti dalla cittadinanza. L'elevato tasso di astensionismo, che tocca percentuali sempre più elevate, e l'analisi dei flussi dei voti alle elezioni politiche del 25 settembre paiono attestare una certa volubilità e disorientamento dell'elettorato; gli effetti che si generano sul già confuso scenario politico si accompagnano a un sempre più debole interesse per la politica, spesso sentita lontana dai "bisogni" delle persone, chiusa in dialoghi percepiti come autoreferenziali e incentrati su questioni marginali nella quotidianità.

Per fare fronte alla complessità del periodo, dettata non soltanto dalla legge di bilancio e dall'esecuzione degli impegni assunti con il P.N.R.R. secondo le rigide tabelle di marcia previste, ma anche da questioni di politica estera, ad esempio, rispetto al conflitto in Ucraina, o alla necessità di risolvere la dipendenza energetica, oltre a temi sempre più rilevanti come il lavoro o la sanità, il nuovo Governo dovrà agire rapidamente, senza però bypassare il ruolo del Parlamento, cuore pulsante della democrazia.

Con l'auspicio di porsi quale spazio di dibattito, la Rivista vuole così cogliere l'importanza del momento storico, richiamando l'attenzione sulle istituzioni, sulla loro vita e sul loro funzionamento, sulle riforme proposte e realizzate, promesse e mancate, necessarie o meno, fermo restando che non potrà certo chiedersi alla Legge, alle riforme, di intervenire per colmare i vuoti e le criticità generati dalle pratiche politiche agite per azzerarne appositamente gli effetti.

queste istituzioni

What does visible mean?

Alessandro Albano, Mauro Palma

Numero 3/2022

30 settembre 2022

What does visible mean?

Alessandro Albano[#], Mauro Palma^{*}

Context

Here follows the text of the presentation (entitled *What does visible mean?* in the session dedicated to the theme *Making the invisible visible*) held in Geneva (Switzerland) by Alessandro Albano at the First World Conference on Health in Detention organized from 27 to 29 June 2022 by the International Committee of the Red Cross (ICRC) with the co-sponsorship from the World Health Organization Office for Europe (WHO/Europe) in partnership with the University of Melbourne's Justice Health Unit and other international partners. The Conference organized at the *Centre International de Conférences* gathered delegates from over 80 Countries. Alessandro Albano represented the National Guarantor of the Rights of Persons Deprived of their Liberty and he was the only speaker belonging to an Italian Institution.

We would like to thank first the International Committee of the Red Cross (ICRC) and all the others distinguished partners having contributed to this important Conference, the first of its kind, for this great opportunity to share some observations that arise from the concrete experience in monitoring different places of deprivation of liberty. We are referring to a reality of people who are in a constrictive and vulnerable situation, intrinsic to the inability to decide about time, movement and space.

1. The freedom of the gaze.

One of the relevant points of this monitoring experience is how to look into these places: how to make visible and perceived what tends instead to be invisible and unperceived.

This is the first point we want to consider, and we would like to call it *the freedom of the gaze*.

In Italy, as well as in Europe, there are now many mechanisms that carry out visits inside detention institutions as well as in other places of deprivation of liberty.

Let us start from the monitoring visits organized by professional groups or associative realities that focus in particular on penitentiary institutions.

This is a very important issue. In Italy we have a particular system that, in some ways,

[#] Head of the Study Office of the Italian *National Preventive Mechanism*.

^{*} President of the Italian *National Preventive Mechanism's* Board.

began when Mauro Palma was President of *Antigone*¹. In fact, in 1998, he signed an agreement with the then Head of the Prison Administration to allow the *Antigone*'s just born "Prison Observatory" to visit all of Italy's penitentiary institutions and later also juvenile institutions. It was a very new element for those times, because while it is true that there were other bodies that called themselves "Prison Observatories", it is also true that they did not always really visit prisons and very often drafted their own reports based on the experiences that were told to them by other interlocutors. It was nevertheless a valuable and important work giving visibility to the reality of prison, even if, in some ways, the real access certainly gave something more. *Antigone* also carried out an important work because it then started to draft Periodic Reports on the outcomes of the visits and it was useful in building a different cultural approach to the stark and tough reality of detention.

This kind of access provides visibility compared to the inherent opacity that some places of deprivation of liberty such prisons have. The issue however is always to understand how much these eyes can see and are able to see. The question is: are they really able to grasp the reality of the place they are looking at?

A second kind of eyes is required to look into those places. In the Italian legal system, in fact, there is the oversight power over the prison of the Supervisory Judge². This supervision would require frequent and unannounced visits, in order to understand the concreteness of the daily reality of life inside the prison. Instead, for a variety of reasons, such independent activity is not carried out frequently, partly because there has been an increasing tendency to broaden the function of the supervisory Judge in the sense of making him more of a Judge for alternative measures rather than performing that original function of effective supervision. However, even these are specific eyes that turn a determined gaze within a detention facility.

Earlier we spoke of the eyes of the Volunteer, now the eyes of the Judge. The third gaze is certainly that of the Medical doctor: a very technical eye which is necessary to see, in particular at the time of the admission to a prison, but also afterwards, whether the persons being led there by police, have any marks on their body indicative of something that may have happened previously. One would need to have very careful eyes, particularly able to catch whether there is a correspondence between the visible marks on the body and the reasons given by the person himself as to what caused them.

Three different kinds of eyes, three different kinds of gazes within a closed world: the gaze of the voluntary sector organizations; the gaze of those who have institutional tasks of supervision but also have difficulties in making that task effective; the gaze of those who have to read and to interpret those observed marks namely the gaze of those who have to make

¹ *Antigone* is an Italian NGO focused on the promotion and protection of human rights in prison.

² It is a specific Judge for penal execution.

technically “talking” what they observe. The question is how and how far these three different eyes can see? What can naturally escape their observation?

Let us put together, then, these different gazes and then ask ourselves some questions.

We would like also to add the eyes of an Independent monitoring body: eyes that should be trained to see in a different way. In a way that we can call “unaccustomed” namely "not-hardened"

All these gazes run at least two kinds of risk.

In this connection I would like to tell a personal experience of Mauro Palma dating back to when he was the President of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT). Usually, when a Country is visited by the Committee, the prison’s governor initially accompanies the delegation in order to explain the facility’s main characteristics. He or she takes you around a bit to see a variety of things, and certainly tries never to let you see the elements he thinks have to remain invisible; namely the prison’s director doesn’t show you what he or she considers critical. Going back to that personal experience, he was accompanied by the director and the medical doctor. Walking past a cell he noticed a person in it who was mechanically restrained to the bed: a person who was tied to the bed. This struck him but it struck him more that in the eyes of the medical doctor and in the eyes of the governor that image was not perceived as an image to be hidden. It was an image that their eyes did not recognize as to be hidden or shameful, because they had hardened and accustomed eyes.

Therefore, which are the risks for prison gazes?

1) All the gazes we have listed are often accustomed or hardened gazes. The accustomed gaze of those who work in this complex field means a gaze that considers some things less important than they deserve. The hardened gaze is the gaze of those who think that some degraded conditions are more or less normal. A bit like when you get used to rubbish in the street and start perceiving it as normal: it means that your gaze has become habituated. Mere habit with the current state of play can lead to not seeing. The hardened gaze is, however, only the first risk.

2) There is also the risk of the gaze guided by third parties. It was not of this kind, for example, the gaze of the episode I reported earlier of the person tied to the bed: from one side there was no intention to lead the monitor’s gaze elsewhere (which, on the other hand, often happens). From the other side the very fact that the monitor noticed it, was a sign that his gaze had succeeded in not being influenced by third parties who wanted in some way to be little the incident.

Instead, for example, several times it happens that many people want to lead the visitor's gaze; the governor wants it, but also often the inmates who maybe want to lead you to see certain things. This is the risk we can call of the led gaze, the gaze guided by third parties.

Therefore, we have to try to figure out how you can to some extent make the gaze of the monitoring mechanism free, because the gaze of the person who monitors can also risk becoming an accustomed gaze and because sometimes it also risks being led by other people.

The hardened gaze that is a partial one and the gaze oriented by third parties, in one way or another, are factors that also risk perverting our gaze, no matter how much we try to have it as free as possible. These factors risk distorting even the gaze of those who monitor, the gaze of the *National Mechanism for the Prevention of Torture* (NPM)³.

Therefore, the challenge of an NPM is, in our opinion, to find the right way of looking into situations of deprivation of liberty, not falling into these deviations of the gaze. The free gaze is the challenge. *Prevention Mechanisms* have to make the invisible visible first and foremost to themselves, because their gaze also risks becoming accustomed and guided by others.

The goal is to challenge these distorted elements that are the roots of invisibility.

2. The time of the gaze.

Let us now turn to the second point we want to consider: we would like to define it *the time of gaze*.

A *National preventive mechanism* cannot be one among many other “watchers”, a body that simply adds to other internal and external “watchers”. It must necessarily be a body that puts itself always in question: it has to put in question its working methods, its experiences, even its acquisitions. It must be an evolving and dynamic observer if it really wants to grasp the inherent change that always characterizes places of deprivation of liberty, as a mirror of the changes in external reality. It must never be satisfied with how it sees things or how it implements its practices, because practices are never definitive once and for all.

Good practices need guidelines which are not static “handbooks” but dialogical open elements, dynamic “manuals”.

The first of the guidelines is certainly attention to all the details.

The second guideline is to take note even of what is irrelevant to you at that moment of the visit, because perhaps you can understand it later.

³ See Article 3 of the *Optional Protocol to the Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* (OPCAT), adopted on 18 December 2002 by the General Assembly of the United Nations by resolution A/RES/57/199.

The third guideline is something connected with time, because visibility is only rediscovered if you have time to see, to review, to return seeing even during the same visit. Only in this way it is possible to understand something under another light.

I would like to dwell on this last aspect. When you visit one of these places and talk to a person who lives there and who may have had a painful experience there or previously, there is always a need to investigate two aspects, which are then the foundation of all rights: at first, the recognition and protection of the dignity of each person; secondly, the absolute protection of his or her physical and mental integrity. Therefore, every interview, every investigation, every story has to do with something that the person has suffered, that he has experienced as his own annihilation, as his own degradation. Telling the story recalls that experience and thus always reopens a wound. That one needs to be able to put back together, to recompose. One certainly cannot have in mind only the goal of identifying a particular lack in the structure or in the organization or of focusing on and thus bringing to prosecution the wrongful and serious behavior of those who have custody of the person, without considering how to put back together, how to recompose the traumatic experience itself that we have made that person relive.

This is precisely why we must also always keep in mind that it is often the person himself who makes the trauma suffered invisible, because he tends to remove it, not wanting to see it. Here, then, is the importance of time. We have to have the time to gain trust, to give the person a chance to speak, until they agree to make themselves visible to themselves and make the experience of trauma visible to us as well.

We can recall experiences of people who only after much talking, after many visits, after a situation of empathy but also of physical closeness had been established (such as sitting or even lying down next to each other) dissolved into weeping over what they had suffered.

And this is only possible if there is enough time.

3. Making visible what is invisible.

So, what have we learned about visibility?

We have found some criteria to make visible what is invisible from the point of view of a *National Preventive Mechanism*.

First, the attention to every detail.

Second, the always questioning: the independent Monitor has to put in question its working methods, its acquisitions, even itself. There can be no Npm that has settled a working method once and for all, without continuously questioning it, without a continuous practice of

debriefing what has been observed, precisely to redirect one's gaze that has been enriched by the new experience.

Third, the importance to foresee the right amount of time because unravelling needs time. Unravelling skeins, discovering details, understanding situations in depth, getting to the heart of complex situations needs time. Unfortunately, our experience also shows that we still too often fail to devote the right amount of time to our delicate activities: hastily taken notes, fewer questions and briefings than necessary. And in the pressure of seeing too many things, we realize that we need more time.

Fourth and last: when you look at a person or at a single episode obviously you have to figure out the trauma of that person and the disease of the concrete case. But it's not enough. You also have to figure out that the individual case can be representative of a more general critical situation. Our gaze must help to make visible the person himself and at the same time what goes beyond the individual person, grasping the systemic issue behind the individual case.

This is the only way in which the monitor's gaze can become an effective contribution to building a more conscious culture based on a systemic and relational approach.

queste istituzioni

**Il diritto all'istruzione
dell'alunno disabile:
principio di uguaglianza sostanziale
e “tailorizzazione” del servizio**

Marco Calabrò

Numero 3/2022
30 settembre 2022

Il diritto all'istruzione dell'alunno disabile: principio di uguaglianza sostanziale e “tailorizzazione” del servizio

di Marco Calabrò*

Sommario

1. Premessa. – 2. Dimensione sociale ed effettività del diritto all'istruzione del disabile. – 3. Percorsi educativi differenziati e principio di uguaglianza sostanziale. – 4. Servizio di trasporto scolastico quale diretta espressione del servizio di istruzione. – 5. Il ruolo del potere giurisdizionale nella perimetrazione del diritto all'istruzione del disabile. – 6. Conclusioni.

Sintesi

Dopo aver brevemente inquadrato la disciplina del diritto all'istruzione del minore disabile nella sua dimensione sociale, l'autore si sofferma in particolare su tre specifici profili particolarmente significativi: la predisposizione di percorsi educativi differenziati; il servizio di trasporto scolastico; i caratteri del contenzioso tra famiglie e istituti scolastici nella gestione del servizio educativo offerto all'alunno disabile. L'autore conclude sottolineando la necessità che – in attuazione dei principi di uguaglianza sostanziale e buon andamento – il servizio di istruzione all'alunno disabile venga offerto in un'ottica di massima personalizzazione, presupposto indispensabile per il conseguimento dell'obiettivo di una effettiva inclusione.

Abstract

After briefly framing the discipline of the disabled child's right to education in its social dimension, the author focuses on three specific and significant profiles: the differentiated educational paths; the school-home transport service; the case law in the management of the educational service. In implementing the principles of substantial equality and good performance, the author concludes by emphasizing the need that the educational service for the disabled pupil is offered with a view to maximum personalization, essential prerequisite for achieving the goal of effective inclusion.

Parole chiave

Diritto allo studio; disabilità; diritti sociali; istruzione.

* Ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli.

Il presente scritto costituisce la rielaborazione della relazione tenuta al Seminario *Diritti sociali e disabilità*, organizzato dal Centro Interdisciplinare di Studi sul Diritto Sanitario CeSDiRSaN, il giorno 22 giugno 2022.

1. Premessa.

È indiscusso che la scuola rappresenti, insieme alla famiglia, l'istituzione all'interno della quale si formano le qualità sono solo intellettuali, ma anche morali, spirituali e fisiche dell'individuo. Di conseguenza, garantire effettività al diritto all'istruzione costituisce, in ossequio al principio di solidarietà, un dovere inderogabile in capo allo Stato ordinamento.

Con specifico riferimento al diritto all'istruzione dell'alunno disabile¹, il quadro costituzionale di riferimento è composito: si va dall'art. 34 Cost., ove è sancito che la scuola è aperta a tutti, al dovere della Repubblica di rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della personalità individuale di cui all'art. 3 Cost., fino all'art. 38 Cost., co. 3, specificamente finalizzato a riconoscere il diritto all'educazione e all'avviamento professionale in capo agli "inabili e ai minorati".

In questo contesto, come ormai da tempo chiarito dalla Consulta, il principio di uguaglianza non trova applicazione unicamente sotto il profilo dell'accesso al servizio, ma si estende alla effettiva possibilità di ricevere un servizio adeguato agli obiettivi ad esso connessi². Obiettivi che, evidentemente, non si limitano alla acquisizione di un bagaglio di nozioni e strumenti conoscitivi idonei a preparare la persona al mondo del lavoro, ma che sono legate all'idea di scuola come luogo privilegiato nel quale si forma la personalità dell'individuo, nel quale il minore comprende le dinamiche sociali e sviluppa le capacità critiche per comprendere i fenomeni che lo circondano³.

In coerenza con l'insegnamento di Pototschnig – laddove sottolineava come lo studente sia titolare di un vero e proprio diritto soggettivo a ricevere una istruzione adeguata nei confronti dei pubblici poteri⁴ – il principio di uguaglianza sostanziale (che lo stesso diritto allo studio contribuisce a garantire) non può quindi essere circoscritto al divieto di discriminazione di accesso al sistema scolastico.

Una interpretazione corretta del suddetto principio non può, di conseguenza, essere incentrata unicamente sul profilo reddituale: gli ostacoli da rimuovere ai sensi dell'art. 3 Cost.

¹ Sulle questioni definitorie relative alla disabilità, con specifico riferimento al passaggio da un approccio teso a porre al centro la condizione fisica dell'individuo (con conseguenti interventi finalizzati unicamente a "curare" la persona) ad un modello di intervento che – valorizzando le limitazioni sociali, lavorative, culturali che rendono una persona "disabile" – si pone l'obiettivo di consentirne il superamento, si veda E. LONGO, *Unitarietà del bisogno di cura. Riflessioni sugli effetti giuridici conseguenti al passaggio dal modello medico al modello sociale di disabilità*, in *Non profit*, 2/2011, p. 35 ss.; A. LORENZETTI, *Dis-eguaglianza e disabilità*, in M. DELLA MORTE (a cura di), *La diseguaglianza nello Stato costituzionale*, Napoli, 2016, p. 176 ss.

² Corte Cost., 4 febbraio 1967, n. 7; Corte Cost., 19 luglio 1968, n. 106. Sulla effettiva portata delle garanzie costituzionali in materia di diritto all'istruzione si rinvia a V. ATRIPALDI, *Diritto allo studio*, Napoli, 1974.

³ Indaga la distinzione esistente tra "istruzione", intesa come servizio teso a far crescere la personalità di ciascuno, a "costruire" un individuo, e "formazione", intesa invece come servizio teso a creare competenze professionali, F. GASPARI, *Istruzione, formazione e scuola digitale. Profili (critici) di diritto amministrativo*, Napoli, 2021, p. 14-20.

⁴ U. POTOTSCHNIG, *Istruzione (diritto alla)*, voce in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano, 1973, p. 96 ss.

vanno ben oltre gli aspetti di natura economica, dovendosi estendere a qualsiasi impedimento (anche fisico) che non consenta all'individuo una piena inclusione e partecipazione alla vita della comunità scolastica⁵.

Il diritto all'istruzione dell'alunno disabile trova una sua specifica tutela anche a livello internazionale. L'art. 24 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità (2006) dispone che gli Stati sono tenuti a garantire un sistema di istruzione inclusivo a tutti i livelli ed un apprendimento continuo lungo l'intero arco della vita, il tutto al fine di consentire lo sviluppo della personalità del minore e metterlo nelle condizioni di partecipare alla vita sociale. Sul versante europeo, il diritto all'istruzione del disabile trova, poi, copertura sia nell'art. 15 della Carta sociale europea⁶, sia nell'art. 26 della Carta dei diritti fondamentali UE, dove si riconosce in capo al disabile il diritto di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità⁷.

2. Dimensione sociale ed effettività del diritto all'istruzione del disabile.

Proprio in ragione del tenore del quadro regolatorio di riferimento, nazionale e internazionale, una parte della dottrina ha ritenuto di poter parlare di un vero e proprio diritto alla socializzazione del disabile, al fine di rimarcare il passaggio da una concezione dell'amministrazione di servizio volta unicamente a fornire aiuti per la sussistenza fisica e psichica del disabile, ad un intervento pubblico finalizzato primariamente all'inclusione sociale ed a consentire una partecipazione consapevole alla vita della comunità⁸.

Al riguardo, si rivela di notevole interesse una ormai risalente pronuncia della Corte Costituzionale (n. 215/1987) con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale di una disposizione statale che prevedeva che per i soggetti disabili sarebbe stata "facilitata", anziché "assicurata", la frequenza alle scuole superiori⁹. L'inclusione scolastica, anche al di fuori del

⁵ M. BENVENUTI, *L'istruzione come diritto sociale*, in F. ANGELINI, M. BENVENUTI (a cura di), *Le dimensioni costituzionali dell'istruzione*, Napoli, 2014, p. 147 ss.; F. MIDIRI, P. PROVENZANO, *La Costituzione «dimenticata». Il diritto allo studio e il merito*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2021, p. 167 ss.

⁶ Nell'ambito delle politiche volte all'integrazione sociale delle persone portatrici di handicap, i Paesi firmatari si impegnano, tra l'altro, «ad adottare i provvedimenti necessari per somministrare alle persone inabili o minorate un orientamento, un'educazione ed una formazione professionale nel quadro del diritto comune ogni qualvolta ciò sia possibile oppure, se tale non è il caso, attraverso istituzioni specializzate pubbliche o private».

⁷ Di recente, anche la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sez. I, 10 settembre 2020, n. 24888, ha affermato che "Sussiste una violazione dell'art. 14 Cedu sul divieto di discriminazione, letto in combinato disposto con l'art. 2, Protocollo n. 1, CEDU, sul diritto all'istruzione, da parte di uno Stato contraente le cui autorità amministrative non attuino tutte le misure necessarie a garantire il diritto all'istruzione di un minore con disabilità, il quale non può così beneficiare delle stesse condizioni di frequenza della scuola primaria e delle possibilità di apprendimento che sono viceversa assicurati agli altri allievi della scuola".

⁸ C. COLAPIETRO, *I diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte costituzionale: il "nuovo" diritto alla socializzazione*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2020, p. 121 ss.

⁹ Si trattava dell'art. 28 della l. n. 118/1971 (Conversione in legge del decreto-legge 30 gennaio 1971, n. 5, e nuove norme in favore dei mutilati ed invalidi civili). In particolare, con una pronuncia a carattere sostitutivo, la

limite della cd. scuola dell'obbligo, viene espressamente ritenuta un tassello fondamentale nel passaggio dalla logica meramente assistenziale alla logica della rimozione delle barriere di qualunque genere, necessaria per garantire la piena libertà come persona e come cittadino¹⁰. In quell'occasione, tra l'altro, la Consulta per la prima volta sottolinea come il quotidiano confronto con i compagni ed il corpo insegnante costituisca un rilevante fattore di socializzazione idoneo a contribuire allo sviluppo delle potenzialità del disabile ed a ridurre i condizionamenti indotti dalla minorazione¹¹, in una prospettiva, quindi, volta a porre al centro le capacità e non le disabilità dell'alunno¹².

La dimensione "sociale" della tutela del diritto all'istruzione del disabile¹³ è emersa, poi, con particolare intensità nel corso del recente periodo pandemico. La previsione della didattica in presenza a favore dei soggetti disabili anche in pieno *lockdown* ha, infatti, incluso l'obbligo degli istituti scolastici di coinvolgere nelle attività in presenza anche piccoli gruppi di alunni normodotati, al dichiarato fine di dare continuità al processo di inclusione e relazione tra pari¹⁴.

Si configura, pertanto, un diritto pieno ad accedere al servizio di istruzione nella sua interezza ed a beneficiare integralmente degli apporti derivanti dalla vita nell'ambito nella comunità scolastica. Il passaggio logico successivo è che le prestazioni offerte dal titolare del servizio devono essere "proporzionate" al bisogno effettivo del minore. Ciò comporta, come

Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 28 cit. «nella parte in cui, in riferimento ai soggetti portatori di handicaps, prevede che "sarà facilitata", anziché disporre che "è assicurata", la frequenza alle scuole medie superiori. In questo modo, la disposizione acquista valore immediatamente precettivo e cogente, ed impone perciò ai competenti organi scolastici sia di non frapporre a tale frequenza impedimenti non consentiti alla stregua delle precisazioni sopra svolte, sia di dare attuazione alle misure che, in virtù dei poteri-doveri loro istituzionalmente attribuiti, ovvero dell'esistente normazione regionale, secondaria o amministrativa (cfr. par. 2), possano già allo stato essere da essi concretizzate o promosse».

¹⁰ Corte Cost., 8 giugno 1987, n. 215, in *Giur. it.*, 1988, I, p. 148. Per un commento a tale importante pronuncia si rinvia a C. MORO, *L'eguaglianza sostanziale e il diritto allo studio: una svolta della giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1987, p. 3064 ss.

¹¹ Cfr. Corte Cost., 6 luglio 2001, n. 226, in *Foro it.*, 2001, p. 3041. In generale, sulla centralità di un confronto quotidiano con gli altri studenti e con un corpo insegnante di riferimento per il corretto sviluppo della personalità dei ragazzi v. A. BARONCELLI, G. TAMBASCO, E. CIUCCI, *Supporto sociale dato e ricevuto nelle relazioni tra pari a scuola: proposta di un breve questionario self-report*, in *Giornale italiano di psicologia*, 1-2/2016, p. 317 ss.

¹² Cfr. Cons. Stato, Sez. I, parere 15 marzo 2021, n. 403, in www.giustizia-amministrativa.it. L. TOMASSI, *La garanzia del diritto all'istruzione secondo il modello sociale di disabilità e l'inefficienza amministrativa*, in M. INTERLANDI (a cura di), *Funzione amministrativa e diritti delle persone con disabilità*, Napoli, 2022, p. 269 ss.

¹³ Sulla valenza sociale del diritto all'istruzione in generale sia consentito rinviare a M. CALABRÒ, S. TUCCILLO, *Diritto allo studio e social diversity in Italia nel periodo pandemico*, in *Ambientediritto*, 1/2022, p. 1 ss., nonché, *ex multis*, a F. FRACCHIA, *Il sistema educativo di istruzione e formazione*, Torino, 2008, p. 29 ss.; A.M. POGGI, *Per un "diverso" Stato sociale. La parabola del diritto all'istruzione nel nostro Paese*, Bologna, 2019.

¹⁴ Cfr. Nota prot. n. 662 del 12 marzo 2021 del Dipartimento per il sistema educativo di istruzione e di formazione (reperibile in www.miur.gov.it), ove era indicato che le istituzioni scolastiche non si sarebbero dovute limitare a consentire la frequenza solo agli alunni disabili, «ma al fine di rendere effettivo il principio di inclusione valuteranno di coinvolgere nelle attività in presenza anche altri alunni appartenenti alla stessa sezione o gruppo classe – secondo metodi e strumenti autonomamente stabiliti e che ne consentano la completa rotazione in un tempo definito – con i quali gli studenti BES possano continuare a sperimentare l'adeguata relazione nel gruppo dei pari, in costante rapporto educativo con il personale docente e non docente presente a scuola».

vedremo, che l'azione pubblica deve essere necessariamente ispirata ad una certa "elasticità" prestazionale e organizzativa: occorre, ad esempio, trovare un equilibrio tra l'individuazione di necessari standard prestazionali e la possibilità di derogare agli stessi in relazione agli studenti con difficoltà di apprendimento; così come, dal punto di vista organizzativo, la giurisprudenza già consente, anche in deroga ai limiti normativi, l'assunzione a tempo determinato di insegnanti di sostegno al fine di ovviare a carenze di organico tali da pregiudicare il diritto all'istruzione del disabile¹⁵.

Viene prospettata, al riguardo, la necessità di rifuggire dalla tendenza all'"accaparramento assimilatorio"¹⁶: l'individuo, nella sua unicità, è al centro dell'esercizio della funzione, il che impone ai diversi livelli istituzionali che operano nel settore di adeguare l'azione alle effettive esigenze delle persone nella loro specifica diversità. In tal senso, l'attuazione del principio di uguaglianza in senso sostanziale assume una valenza anche "inclusiva": il conseguimento di un assetto organizzativo e prestazionale tale da garantire a tutti i fruitori del servizio uguali opportunità configura, nel contempo, sia un obiettivo in sé, che uno strumento finalizzato a far sì che la scuola rappresenti una comunità realmente aperta e tale da esprimere pienamente la sua valenza sociale.

L'obbligo di garantire un servizio adeguato alle effettive esigenze (educative e formative) dell'alunno disabile intercetta inevitabilmente il tema dell'autonomia scolastica. Il settore della scuola è interessato da tempo da ampi profili di autonomia, sia organizzativa che funzionale¹⁷; essa, tuttavia, è destinata ad essere conformata *ab externo* a fronte di specifiche e prevalenti necessità derivanti dalla adeguata gestione del minore affetto da handicap. Si pensi, ad esempio, al limite numerico legislativamente previsto di massimo 20 studenti nelle classi che accolgono un alunno con disabilità: in realtà, la disposizione (art. 5 d.p.r. 81/2009), con una formulazione piuttosto criticabile, si limita a sancire che "di norma" non è possibile superare i 20 studenti; tuttavia, la stessa disposizione chiarisce poi che qualsiasi deroga a tale limite necessita di una specifica motivazione¹⁸ e la giurisprudenza ha in più occasioni affermato che, piuttosto che inserire il disabile in classi numerose, l'istituto scolastico è tenuto ad attivare una sezione

¹⁵ T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III *bis*, 2 dicembre 2014, n. 13623; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 17 novembre 2014, n. 957, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁶ L. GIANI, *Disabilità e diritto all'istruzione: alla ricerca di un difficile equilibrio tra persona e valore economico della prestazione (pubblica)*, in M. INTERLANDI (a cura di), *Funzione amministrativa e diritti delle persone con disabilità*, Napoli, 2022, p. 152.

¹⁷ F. SAITTA, *L'autonomia statutaria delle istituzioni scolastiche: prospettiva concreta o «utopia imperfetta»?*, in *Federalismi*, 2019, 6; F. CORTESE (a cura di), *Tra amministrazione e scuola*, Napoli, 2014; M. BOMBARDELLI, M. COSULICH (a cura di), *L'autonomia scolastica nel sistema delle autonomie*, Padova, 2005.

¹⁸ «Nella scuola secondaria ciascuna classe in cui sia presente un alunno disabile non può essere costituita da più di 20 alunni, talché la costituzione di una classe con un numero di alunni superiore è illegittima, in difetto di motivazione della deroga al contingente numerico fissato dall'art. 5, comma 2, del d.P.R. n. 81/2009» (T.A.R. Toscana, Sez. I, 7 dicembre 2018, n. 1581, in *Foro amm.*, 12/2018, p. 2252).

ulteriore, anche in deroga ai limiti generalmente stabiliti per l'incremento del numero delle classi¹⁹.

Un ulteriore fattore destinato ad incidere sulle scelte organizzative e prestazionali nell'ambito della programmazione e gestione del servizio scolastico è, ovviamente, quello della sostenibilità economica degli interventi pubblici volti a garantire effettività al diritto all'istruzione del minore disabile. In linea generale, la necessità di bilanciare garanzia dei diritti sociali e profili di sostenibilità economica è sempre esistita, ma essa è stata acuita a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione e della relativa configurazione delle esigenze di bilancio come valore costituzionale. In un primo momento l'equilibrio di bilancio è stato considerato un valore addirittura non bilanciabile²⁰, posizione poi ridimensionata sulla base di importanti sentenze interpretative della Consulta²¹. Come vedremo, tuttavia, diversi arresti della Corte Costituzionale, concernenti sia specifiche misure di sostegno che, in generale, l'organizzazione dell'offerta formativa, hanno disegnato nel settore di cui ci si occupa un quadro connotato da non poche peculiarità, giustificate dalla considerazione che la garanzia dell'effettività del diritto di istruzione in capo all'alunno affetto da handicap rappresenta un dovere primario dello Stato rispetto al quale profili di finanza pubblica assumono un carattere assolutamente recessivo.

Sulla base dell'inquadramento del tema sinteticamente delineato, si intende, nel prosieguo, soffermarsi su tre specifici profili che si ritiene rivestano una valenza particolarmente significativa nell'ambito della complessa disciplina del diritto all'istruzione dell'alunno disabile, ovvero: la predisposizione di percorsi educativi differenziati; il servizio di trasporto scolastico; i caratteri del contenzioso tra famiglie e istituti scolastici nella gestione del servizio educativo offerto all'alunno disabile.

3. Percorsi educativi differenziati e principio di uguaglianza sostanziale.

La Corte costituzionale ha in più occasioni sottolineato come nei confronti dei soggetti disabili l'effettività della garanzia dei diritti sociali presupponga la pretesa di ricevere forme di assistenza ulteriore, volte a facilitare la fruizione del servizio e rendere per l'appunto effettivo il diritto²². In tale contesto, si inquadra anche il diritto a poter beneficiare di percorsi educativi differenziati, che, tuttavia, deve essere letto in uno con gli obiettivi di inclusione e integrazione insiti nella attuale concezione del servizio istruzione. Ciò implica, tra l'altro, il rifiuto di modelli

¹⁹ Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 28 febbraio 2018, n. 2250, in *Foro amm.*, 2/2018, 298; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, 6 giugno 2014, n. 246, in *Foro amm.*, 2014, 6, p. 1848.

²⁰ L. GIANI, *Disabilità e diritto all'istruzione: alla ricerca di un difficile equilibrio tra persona e valore economico della prestazione (pubblica)*, cit., p. 141.

²¹ Cfr. Corte Cost., 1° dicembre 2017, n. 250, in *Giur. cost.*, 2017, 6, p. 2592; Corte Cost., 15 luglio 2015, n. 155, in *Giur. cost.*, 2015, 4, p. 1291.

²² Cfr. Corte Cost., 26 febbraio 2010, n. 80, in *Giur. cost.*, 1/2010, p. 879.

comportanti la creazione di classi speciali²³, dovendosi piuttosto optare per una impostazione di classi miste, all'interno delle quali i soggetti disabili possano beneficiare di aiuti ulteriori, adeguati alla tipologia di disabilità di cui soffrono. L'opzione delle classi miste, tra l'altro, nasconde una duplice finalità: da un lato, essa mira a facilitare l'integrazione del disabile all'interno della società; dall'altro lato, il contatto quotidiano con coetanei portatori di un handicap consente al minore non disabile di sviluppare una personalità empatica e solidaristica²⁴.

Tra le misure di integrazione previste nell'ambito dei percorsi educativi differenziati offerti all'alunno disabile, assume evidentemente un ruolo centrale l'affiancamento di un docente di sostegno specializzato²⁵. Questi non solo partecipa alla programmazione educativa e didattica, ma diventa co-protagonista insieme al docente titolare, in quanto è chiamato a rapportarsi non unicamente ed isolatamente con l'alunno disabile, bensì con l'intera classe, per l'appunto in una prospettiva di integrazione²⁶. In questo contesto, ciò che maggiormente interessa lo studioso di diritto amministrativo è verificare il margine discrezionale di apprezzamento esistente in capo all'amministrazione nell'individuare le misure necessarie a garantire al minore disabile un diritto all'istruzione effettivo, tra le quali in primo luogo la predisposizione di un piano educativo personalizzato ed il riconoscimento di ore di sostegno.

Sul punto, di notevole interesse è la pronuncia della Consulta n. 80/2010, relativa ad un minore al quale era stato riconosciuto un ridotto quantitativo di ore di sostegno in applicazione di una legge finanziaria che sembrava imporre interventi di spending review anche in questo settore²⁷. La Corte – partendo dalla premessa che esigenze di ordine economico possono conformare la soddisfazione di un diritto fondamentale, ma non privarlo del suo nucleo essenziale – dichiara l'illegittimità delle norme impugnate, nella misura in cui non consentivano di calibrare sulle esigenze del singolo caso i meccanismi di rimozione degli ostacoli, stabilendo in astratto un limite di ore non valicabile e valevole per tutti, a prescindere dal grado di handicap di ciascuno, nonché escludendo la possibilità di assumere insegnanti di sostegno in deroga al divieto di assunzioni.

²³ In Italia le classi "speciali" per i soggetti disabili sono state abolite con la l. 4 agosto 1977, n. 517, proprio introducendo la figura dell'insegnante di sostegno. In passato, invero, la Corte Costituzionale aveva sostenuto che l'oggettiva diversità esistente tra vedenti e non vedenti legittimasse quelle disposizioni normative volte a prevedere l'istituzione di scuole elementari speciali destinate ai soli alunni non vedenti (cfr. Corte Cost., 28 maggio 1975, n. 125, in *Giur. cost.*, 1975, p. 1297).

²⁴ G. SAVARESE, *Relazioni amicali e disabilità*, in *Cittadini in crescita*, 2015, p. 17 ss.

²⁵ Sottolinea la rilevanza del diritto a poter beneficiare di una costante presenza di un insegnante di sostegno, parlandone in termini di "vera e propria conquista di civiltà", L. BUSCEMA, *Il diritto all'istruzione degli studenti disabili*, in *Rivistaaic*, 4/2015, p. 1 ss.

²⁶ F. MADEO, *Insegnante di sostegno: possibile la presenza per tutte le ore di frequenza scolastica dello studente disabile grave*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 1835 ss.

²⁷ Corte Cost., 26 febbraio 2010, n. 80, in *Giur. cost.*, 1/2010, p. 879, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, commi 413 e 414, della l. 24 dicembre 2007 n. 244.

A tale pronuncia ne sono seguite molte altre, anche del giudice amministrativo, con le quali è stato ribadito come l'organizzazione delle attività di sostegno da parte dell'istituto scolastico debba consentire interventi adeguati alle specificità del singolo alunno che – tenendo conto della specifica tipologia di handicap – gli assicurino concretamente il diritto all'istruzione e all'integrazione scolastica²⁸. Condivisibilmente, una certa dottrina parla, al riguardo, di diritto all'istruzione del disabile che, da condizionato, diventa “condizionante” le politiche pubbliche e l'esercizio della discrezionalità sotteso alle stesse²⁹.

Il documento nel quale sono destinate a cristallizzarsi le specificità del percorso educativo del disabile è, come noto, il Piano Educativo Individualizzato (PEI), atto con il quale sono essenzialmente individuati le caratteristiche proprie dell'handicap del singolo alunno, ovvero i suoi effettivi bisogni, nonché consequenzialmente definiti i contenuti delle prestazioni integrative ottimali per garantirgli il diritto all'istruzione³⁰.

Il PEI, in realtà, configura l'ultimo atto di un procedimento complesso nel quale assumono un ruolo essenziale il principio di leale collaborazione istituzionale, da un lato, ed il principio di leale collaborazione tra privato e pubblica amministrazione (nel caso di specie, tra istituzioni scolastiche e famiglie) dall'altro. Tale circostanza emerge, in particolare, nella fase endo-procedimentale destinata a confluire nella redazione del c.d. Profilo di funzionamento, documento nel quale si cristallizzano gli effettivi bisogni del minore e si individuano le competenze necessarie e le tipologie di misure di sostegno idonee a garantire l'inclusione scolastica. Ed infatti, alla elaborazione di tale documento contribuiscono sia amministrazioni aventi competenze eterogenee – dalla a.s.l. (nella sua componente medica e psicologica), ai docenti scolastici specializzati in sostegno, fino all'ente locale (rappresentato da un assistente sociale) – sia la famiglia dell'alunno interessato.

Emerge in maniera chiara un preciso disegno del regolatore, volto a determinare la unitarietà dell'intervento della rete dei servizi per rispondere efficacemente ai bisogni dell'individuo³¹. A tal fine, presso ogni Istituzione scolastica sono costituiti i Gruppi di Lavoro per l'Handicap Operativi (GLHO) per l'inclusione dei singoli alunni con accertata condizione di disabilità. Ogni Gruppo di Lavoro è composto dal team dei docenti, dai genitori dell'alunno con

²⁸ T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 27 marzo 2020, n. 1273, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 19 febbraio 2020, n. 794, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, Sez. VI, 1 dicembre 2015, n. 5428, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁹ L. GIANI, *Disabilità e diritto all'istruzione: alla ricerca di un difficile equilibrio tra persona e valore economico della prestazione (pubblica)*, cit., la quale rinviene «nella prevalenza dei diritti incompressibili dell'alunno disabile sui limiti di disponibilità finanziaria – sancita a chiare lettere dalla Consulta – “un limite alla discrezionalità del legislatore esplicitato nella «garanzia del nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati”, o meglio quel nucleo indefettibile che consente di dare piena soddisfazione al diritto», p. 148.

³⁰ T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 12 maggio 2020, n. 1714, in *Foro amm.*, 5/2020, p. 1077. A. CESARO, *Piano educativo individualizzato*, in *Studium educationis*, 2/2021, p. 122 ss.

³¹ R. MORZENTI PELLEGRINI, *La nuova dinamica del rapporto Istituzioni scolastiche - Enti territoriali e locali tra autonomia e pluralismo*, *Riv. giur. della scuola*, 2006, p. 7 ss.

disabilità, nonché da figure professionali specifiche, interne ed esterne all'istituzione scolastica, che interagiscono con la classe e con l'alunno portatore di handicap³².

Apparentemente, al GLHO è riconosciuta una funzione di tipo istruttorio e non decisionale, essendo questi chiamato a “proporre” la tipologia di misure da adottare ed il numero di ore di sostegno necessarie; ma la giurisprudenza ha chiarito ormai da tempo che né il dirigente scolastico, a cui sono presentate le proposte, né l'Ufficio Scolastico Regionale, chiamato ad autorizzare la relativa spesa, sono legittimati ad intervenire nel merito³³. Il dirigente scolastico, dunque, è sostanzialmente tenuto a recepire le indicazioni del GLHO ed a chiedere all'ufficio regionale l'attribuzione di un numero di insegnanti di sostegno adeguato alle ore complessive da attribuire; una volta ottenuto il numero di insegnanti di sostegno sufficiente, lo stesso dirigente è poi chiamato a disporre delle ore loro assegnate, attribuendole ai minori disabili coerentemente con i rispettivi PEI³⁴.

La disciplina sembra, quindi, piuttosto lineare. Essa, tuttavia, nasconde non poche criticità che, come si avrà modo di esaminare a breve, alimentano un ampio contenzioso. La complessità procedurale è aggravata dalla circostanza che alcuni subprocedimenti hanno fonti diverse dalla normativa a tutela dei disabili: si pensi ai procedimenti volti alla determinazione dei contingenti del personale di sostegno, disciplinati da leggi autonome sul contenimento della spesa pubblica e sulla lotta al precariato. Un ulteriore aspetto di “complessità” è rappresentato dal fatto che il dimensionamento della prestazione di sostegno ha carattere necessariamente dinamico, in quanto connesso all'andamento della patologia; con la conseguenza che esso è soggetto a periodica revisione, proprio al fine di verificare l'esigenza di modificare le misure adottate a fronte del conseguimento di eventuali recuperi (o dell'aggravamento di alcuni deficit) da parte dell'alunno disabile³⁵.

³² Sulle competenze specifiche del GLOH cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 3 settembre 2020, n. 9312, in *Foro amm.*, 9/2020, p. 1761.

³³ Cfr. T.A.R., Campobasso, Sez. I, 29 ottobre 2020, n. 295, in *Foro amm.*, 10/2020, 1929; Cons. Stato, Sez. VI, 6 febbraio 2018, n. 758, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, Sez. VI, 3 maggio 2017, n. 2023, in *Diritto & Giustizia*, 79/2017, p. 16 ss., con nota di M. BOMBI, *Diritto allo studio, disabilità e competenze*. L'ufficio regionale, in particolare, si limita a verificare i presupposti di spesa e a giustificare l'impegno e il pagamento delle relative somme: passaggio sicuramente essenziale, in quanto i fondi necessari devono essere di volta in volta attribuiti all'istituto scolastico, ma che finisce per avere una valenza meramente ricognitiva di scelte prese altrove.

³⁴ T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 16 febbraio 2021, n. 431, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cass. civ., Sez. Un., 8 ottobre 2019, n. 25101, in *Guida al diritto*, 4/2020, p. 62.

³⁵ Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 10 febbraio 2020, n. 277, in *Foro amm.*, 2/2020, 268; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 5 marzo 2019, n. 1233, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 20 novembre 2018, n. 2612, *Foro amm.*, 11/2018, p. 1976, ove viene specificato che «È per questa ragione che l'art. 12, l. n. 104/1992 prevede periodici aggiornamenti correlati a periodiche verifiche dei bisogni della persona portatrice di handicap. Pertanto, sino a quando non si proceda con i periodici aggiornamenti previsti dall'art. 12, l. n. 104/1992 e dall'art. 3, d.P.C.M. n. 185 del 2006, a loro volta correlati alle periodiche verifiche dei bisogni della persona disabile, le Amministrazioni competenti debbono continuare ad erogare le prestazioni in

4. Servizio di trasporto scolastico quale diretta espressione del servizio di istruzione.

Il servizio di trasporto scolastico rappresenta per buona parte degli alunni affetti da handicap un aspetto essenziale nell'ambito del più ampio quadro delle garanzie di effettività del diritto all'istruzione. La non sempre adeguata offerta di tale servizio da parte delle istituzioni scolastiche ha dato vita ad un ampio contenzioso, la cui breve analisi può aiutare a meglio inquadrare la natura e la portata del servizio stesso.

Il *leading case* è rappresentato dalla pronuncia della Corte Costituzionale n. 275/2016³⁶. Essa aveva ad oggetto l'art. 6, co. 2-*bis* della l. r. Abruzzo n. 78/1978, ove era prevista una compartecipazione alle spese per il servizio trasporto disabili tra le Province e la Regione; in particolare la Regione avrebbe dovuto contribuire in misura pari al 50% dell'ammontare della spesa, ammontare di anno in anno evincibile dalle richieste presentate dalle famiglie. La stessa disposizione, tuttavia, stabiliva che la misura del contributo regionale fosse soggetta al limite della disponibilità finanziaria determinata dalle leggi di bilancio regionale. La Consulta conclude per l'incostituzionalità della norma in quanto essa finiva per consentire alla Regione di venire meno all'impegno di contribuire per il 50% della spesa in ragione di scelte finanziarie che la stessa Regione avrebbe potuto svolgere senza alcun onere di motivazione; semplicemente decidendo di iscrivere una somma inferiore in quella voce di bilancio.

La Corte, nell'occasione, chiarisce che il diritto di ricevere il servizio di trasporto scolastico costituisce una espressione della libertà di circolazione, a sua volta definita in termini di "libertà presupposto"³⁷, in quanto finalizzata alla soddisfazione di altri diritti costituzionalmente tutelati, quali per l'appunto il diritto all'istruzione. In tale ottica, il diritto al trasporto dall'abitazione all'istituto scolastico si configura come una espressione diretta del più ampio diritto all'istruzione e non come una prestazione collaterale di altra natura. I Giudici non escludono, ovviamente, che anche i diritti fondamentali possano essere oggetto di bilanciamento con le esigenze economiche; tuttavia, la discrezionalità del legislatore e dell'amministrazione troverebbe un preciso limite nell'obbligo di garantire il nucleo essenziale del diritto³⁸. Ed è proprio questo il passaggio più interessante della pronuncia: per la prima volta viene espressamente affermato che «il limite della disponibilità finanziaria non può condizionare la

essere, dovendosi ragionevolmente presumere la loro perdurante indispensabilità ai fini della proficua fruizione dei servizi scolastici da parte dei soggetti bisognosi che ne beneficiano».

³⁶ Corte Cost., 16 dicembre 2016, n. 275, in *Giur. cost.*, 6/2010, con commenti di L. CARLASSARE, *Bilancio e diritti fondamentali: i limiti "invalicabili" alla discrezionalità del legislatore*, p. 2339 ss. e di A. LUCARELLI, *Il diritto all'istruzione del disabile: oltre i diritti finanziariamente condizionati*, p. 2343 ss.

³⁷ A. ZITO, *La politica pubblica delle infrastrutture di trasporto: presupposti e condizioni per una gestione efficace*, in G. COLOMBINI, M. D'ORSOGNA, L. GIANI, A. POLICE (a cura di), *Infrastrutture di trasporto e sistemi di regolazione e gestione. Coesione, sostenibilità, finanziamenti*, I, Napoli, 2019, p. 61.

³⁸ F. GAMBARDELLA, *Diritto all'istruzione dei disabili e vincoli di bilancio nella recente giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Nomos*, 1/2017, p. 1 ss.

doverosa erogazione delle prestazioni a garanzia della effettività dei diritti insopprimibili, ma al contrario è la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio».

Sempre nell'ottica dell'inquadramento del servizio di trasporto scolastico come parte essenziale del diritto all'istruzione del disabile, una successiva pronuncia del Consiglio di Stato ha ritenuto illegittimo il silenzio serbato da Comune, Provincia e Regione a fronte di ripetute e motivate richieste di attivazione del suddetto servizio da parte della famiglia di uno studente disabile³⁹.

Più di recente, lo stesso Consiglio di Stato⁴⁰ si è espresso su un profilo parzialmente differente, ovvero se il servizio di trasporto scolastico del disabile debba essere offerto gratuitamente, in quanto espressione diretta del diritto fondamentale all'istruzione, oppure se per esso sia ipotizzabile una contribuzione delle famiglie commisurata al reddito delle stesse, configurandosi quale servizio di trasporto socio-sanitario. Il caso riguardava una minore affetta da gravi handicap motori, i cui genitori avevano presentato richiesta all'amministrazione comunale per l'attivazione del servizio di trasporto scolastico. Quest'ultima, nell'organizzare il servizio, inquadrava lo stesso nell'ambito dei servizi socio-assistenziali e, pertanto, chiedeva un contributo al soggetto fruitore del servizio: come noto, infatti, in caso di prestazioni socio-assistenziali è la famiglia a dover affrontare le spese in via primaria e il contributo della finanza pubblica svolge un ruolo solo eventuale e sussidiario⁴¹.

Il Consiglio di Stato, nel respingere la ricostruzione operata dall'amministrazione, definisce il diritto di trasporto gratuito per il disabile un diritto soggettivo che non lascia margini di discrezionalità all'ente locale⁴². Di qui, i giudici finiscono, altresì, per considerare inconferente il richiamo dell'amministrazione al principio di sussidiarietà orizzontale e, pertanto, il coinvolgimento delle famiglie nel contribuire alla soddisfazione del diritto allo studio dei propri figli. La strumentalità del trasporto in chiave di effettiva garanzia del principio di uguaglianza

³⁹ Cons. Stato, Sez. V, 7 febbraio 2018, n. 809, in *www.giustizia-amministrativa.it*, commentata da F. PATERNITI, *La necessaria collaborazione tra enti locali nelle azioni di sostegno alla disabilità al fine di tutelare il diritto fondamentale all'istruzione*, in *Federalismi*, 7/2018.

⁴⁰ Consiglio di Stato, Sez. I, parere 15 marzo 2021 n. 403, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Per una analitica disamina della pronuncia si rinvia a F. GASPARI, *Diritto all'istruzione del disabile, servizio di trasporto scolastico e limiti della sussidiarietà orizzontale*, in *Diritto e politica dei trasporti*, 2021, p. 143 ss.

⁴¹ Cfr. Corte Cost. 14 gennaio 2016, n. 2, in *Giur. cost.*, 1/2016, p. 24, con nota di S. MABELLINI, *La "declinazione sussidiaria" del principio di solidarietà... ovvero un passe-partout per il principio dell'equilibrio di bilancio*, 32 ss. La Consulta, dopo aver ricordato come proprio la famiglia rappresenti «la sede privilegiata del più partecipe soddisfacimento delle esigenze connesse ai disagi del relativo componente, così da mantenere *intra moenia* il rapporto affettivo e di opportuna e necessaria assistenza, configurando solo come sussidiaria – e comunque secondaria e complementare – la scelta verso soluzioni assistenziali esterne», conclude affermando che «la garanzia costituzionale del “diritto al mantenimento e all'assistenza sociale” presuppone che la persona disabile sia “sprovvista dei mezzi necessari per vivere” e che l'accertamento di questa condizione di effettiva indigenza possa richiedere anche una valutazione delle condizioni economiche dei soggetti tenuti all'obbligo alimentare».

⁴² In termini cfr. Cons. Stato, Sez. V, 9 marzo 2020, n. 1675 e Id., 7 febbraio 2018, n. 809, entrambe in *www.giustizia-amministrativa.it*.

sostanziale fa sì che imporre ai genitori di sopportare oneri derivanti dal trasporto scolastico rappresenterebbe una violazione del principio costituzionale della gratuità della scuola.

Trova ulteriore conferma, pertanto, la prospettata configurazione del servizio (gratuito) di trasporto scolastico di un disabile in termini di diritto soggettivo, da inquadrare nell'ambito del più ampio diritto all'istruzione, pena la violazione dell'art. 34 Cost. e del relativo obbligo della Repubblica di riconoscere a tutti uguali possibilità nell'accesso alla scuola.

5. Il ruolo del potere giurisdizionale nella perimetrazione del diritto all'istruzione del disabile.

Una volta definito il perimetro di un diritto fondamentale in termini regolatori, è evidente che l'impegno dello Stato-Apparato non possa dirsi concluso. A fronte di scelte organizzative illegittime, di ingiustificati dinieghi in risposta a legittime richieste, di ipotesi di inerzia o anche di semplice *maladministration*, è necessario che siano predisposti adeguati strumenti di tutela giudiziaria e giustiziale⁴³.

Il contenzioso tra famiglie e istituti scolastici nella gestione del servizio educativo offerto all'alunno disabile si presenta da sempre particolarmente articolato, potendo riguardare tanto il momento della programmazione del percorso educativo, quanto quello della sua attuazione. In più occasioni è stato, ad esempio, censurato il comportamento di inerzia tenuto dall'amministrazione a fronte di legittime istanze, quali la richiesta di tempestività nella assegnazione delle ore di sostegno⁴⁴.

Analogamente, la Cassazione nel 2014⁴⁵ ha accertato la natura discriminatoria della decisione di un istituto scolastico che aveva riconosciuto ad una alunna disabile un numero di ore di insegnamento di sostegno inferiore rispetto a quello stabilito dal PEI, ricordando che – una volta individuato il numero di ore necessario per il percorso di inclusione – all'amministrazione non residua alcun margine di discrezionalità nell'incidere sullo stesso per ragioni organizzative o finanziarie⁴⁶.

⁴³ “La positivizzazione dei diritti (asseritamente) inviolabili non esaurisce tuttavia la ricerca degli strumenti della loro affermazione giuridica, atteso che si dimostra necessario, in una logica di separazione tra poteri intesa quale ausilio garantistico delle libertà, riservare al potere giudiziario un fondamentale ruolo ai fini dell'assicurazione dell'effettività dei diritti fondamentali”, L. BUSCEMA, *Il diritto all'istruzione degli studenti disabili*, cit., p. 29.

⁴⁴ Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 15 marzo 2022, n. 2961, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 9 marzo 2020, n. 1042, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, Sez. VI, 10 luglio 2017, n. 3393, in *Foro amm.*, 7-8/2017, p. 1575

⁴⁵ Cass., Sez. Un., 25 novembre 2014, n. 25011, in *Foro it.*, 3/2015, p. 951, con nota di E. SCODITTI, *I diritti fondamentali fra giudice ordinario e giudice amministrativo*.

⁴⁶ T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 5 marzo 2019, n. 1214, in *Foro amm.*, 3/2019, p. 600. Sulla risarcibilità del pregiudizio, *sub specie* di danno esistenziale, subito dal minore disabile al quale l'istituto scolastico non abbia riconosciuto il numero di ore di sostegno programmate nel PEI, v. Cons. Stato, Sez. VI, 1 aprile 2016, n. 1286, in *Foro amm.*, 4/2016, p. 818.

Che quanto prescritto dal PEI venga rispettato solo nella forma è, tuttavia, un ulteriore rischio da considerare. È il caso, ad esempio, dell'assegnazione al minore di un insegnante di sostegno privo delle capacità specificamente necessarie per coadiuvare il suo bisogno educativo speciale. Così come anche le ipotesi concernenti l'assenza di continuità nella prestazione di sostegno, allorquando il minore venga affidato ad insegnanti di sostegno sempre differenti, di anno in anno, se non addirittura nel medesimo anno scolastico⁴⁷.

Un ulteriore profilo che emerge dall'esame del contenzioso è quello della scarsa rilevanza della pur riconosciuta risarcibilità degli eventuali danni subiti dal minore. L'assoluta inadeguatezza di un ristoro economico si manifesta soprattutto quando il danno non deriva da mera disfunzione del servizio (ovviabile, una volta emersa), quanto piuttosto da comportamenti o atti di natura (scientemente) discriminatoria⁴⁸. Si pensi al tristemente noto caso della dirigente scolastica condannata per non aver autorizzato un alunno affetto da sindrome di down a partecipare alle uscite didattiche ed aver contestualmente intimato insegnanti ed alunni di non informare il minore ed i suoi genitori delle attività esterne⁴⁹.

Un dibattito particolarmente interessante, in relazione al contenzioso tra istituti scolastici e famiglie, è sorto (ed ancora è vivo) in punto di riparto di giurisdizione. Per lungo tempo Cassazione e Consiglio di Stato si sono mostrati concordi nel riconoscere la giurisdizione del giudice amministrativo: l'amministrazione, nell'esercizio del suo potere discrezionale, aveva il compito di dare concretezza alle aspettative degli alunni con disabilità mediante una equa e ragionevole utilizzazione delle risorse. Da qui la riconduzione del contenzioso tra genitori e istituzioni scolastiche nell'ambito della giurisdizione esclusiva del g.a. in materia di servizi pubblici⁵⁰.

In questo contesto si è, però, innestata la già citata giurisprudenza della Corte Costituzionale che ha segnato la prevalenza del diritto fondamentale di istruzione del disabile sulle esigenze di natura economico-finanziaria. Alla luce di tale inquadramento, infatti, l'orientamento della Cassazione in tema di giurisdizione muta radicalmente: dalla ricostruzione del diritto all'istruzione del disabile come diritto incompressibile, la Cassazione fa discendere l'attribuzione al giudice ordinario delle controversie insorte successivamente alla individuazione del nucleo indefettibile del diritto stesso. In particolare, secondo tale indirizzo, l'esercizio del

⁴⁷ T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 11 luglio 2013, n. 1491, in *Foro amm.-TAR*, 7-8/2013, p. 2598; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 21 settembre 2011, n. 1813, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁸ L. BUSCEMA, *Il diritto all'istruzione degli studenti disabili*, cit., p. 25.

⁴⁹ Cfr. Trib., Catanzaro, Sez. I, 15 gennaio 2013, in *Resp. civ. e prev.*, 3/2013, p. 927, con nota di N. BRUZZI, *La discriminazione fondata sulla disabilità: il principio di dignità come lente trifocale*.

⁵⁰ Cass. civ., Sez. Un., 19 gennaio 2007, n.1144, in *Foro amm.-C.d.S.*, 4/2007, p. 131; Cass. civ., Sez. Un., 25 marzo 2009, n. 7103; Cass. civ., Sez. Un., 9 febbraio 2009, n. 3058; Cons. Stato, Sez. VI, 21 marzo 2005, n. 1134; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 11 giugno 2009, n. 3202, in *Foro amm.-TAR*, 6/2009, p. 1859; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 29 aprile 2009, n. 784, in *Foro amm.-TAR*, 4/2009, p. 1235.

potere pubblico si esaurirebbe nel momento in cui viene cristallizzata all'interno del PEI la prestazione alla quale ha diritto lo studente disabile: l'approvazione di tale documento configurerebbe una cesura, a seguito della quale qualsiasi controversia spetterebbe al giudice ordinario, quale giudice naturale dei diritti fondamentali⁵¹.

Assume rilievo, ovviamente, in tale contesto la ormai in realtà obsoleta questione circa la idoneità o meno del g.a. a giudicare su diritti fondamentali. È noto che la Corte costituzionale da tempo ha negato l'esistenza di un principio o norma nel nostro ordinamento che riservi esclusivamente al giudice ordinario la tutela dei diritti costituzionalmente protetti⁵². La piena conciliazione tra diritti fondamentali e giurisdizione amministrativa è stata, poi, sancita anche dal legislatore, sia nell'art. 55 c.p.a., dove si esclude la possibilità di subordinare a cauzione la concessione o il diniego della misura cautelare in caso di diritti fondamentali della persona, che nell'art. 133 c.p.a., laddove sono devolute alla giurisdizione esclusiva del g.a. le controversie attinenti la gestione del ciclo rifiuti anche se relative a diritti costituzionalmente tutelati⁵³.

Più nello specifico, il dubbio non sorge a fronte di contenziosi concernenti condotte a carattere discriminatorio, spettanti *ex lege* alla giurisdizione del g.o. ai sensi della l.n. 67/2007⁵⁴. Così come senza dubbio tutti gli atti e i subprocedimenti strumentali alla formazione del PEI, essendo espressione dell'esercizio di un pubblico servizio, comportano la spendita di un potere discrezionale e, quindi, non possono che essere attribuiti alla giurisdizione del g.a.

I profili di incertezza, quindi, concernono la fase successiva all'approvazione del PEI. In effetti, come si è già avuto modo di sottolineare, né il dirigente scolastico, né l'ufficio scolastico regionale hanno il potere di ridurre il numero di ore di sostegno individuate all'interno del suddetto documento. Tuttavia, l'esecuzione di quanto disposto nel PEI passa necessariamente

⁵¹ Cass. civ., Sez. Un., 25 novembre 2004, n. 25011; Cass. civ., Sez. Un., 28 gennaio 2020, n. 1870.

⁵² Cfr. Corte Cost., 11 maggio 2006, n. 191, in *Giust. civ.*, 6/2006, 1107; Corte Cost., 27 aprile 2007, n. 140, in *Giust. civ.*, 9/2007, I, p. 1815.

⁵³ Sul tema v. M.R. SPASIANO, *Diritti fondamentali e giudice amministrativo*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2020, p. 101 ss.; L. GALLI, *Diritti fondamentali e giudice amministrativo: uno sguardo oltre confine*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 978 ss.; G. CORAGGIO, *La teoria dei diritti indegradabili: origini ed attuali tendenze*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2010, p. 483 ss.; S. SPUNTARELLI, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, p. 758 ss.

⁵⁴ L'art. 2 della l.n. 67/2006 (*Misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni*) distingue due ipotesi di discriminazione: a) discriminazione diretta, allorquando, per motivi connessi alla disabilità, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata una persona non disabile in situazione analoga; b) discriminazione indiretta, in tutte quelle ipotesi nelle quali una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri mettono una persona con disabilità in una posizione di svantaggio rispetto ad altre persone. In entrambi i casi, ai sensi del successivo art. 3 della medesima normativa, la giurisdizione è attribuita al giudice ordinario, che decide secondo il rito sommario di cognizione. Al riguardo, la giurisprudenza è concorde nel ritenere che nelle "ipotesi di discriminazione rilevante ai sensi della legge 1 marzo 2006, n. 67, la materia deve esserne devoluta alla giurisdizione ordinaria anche laddove si contesti il profilo della cattiva gestione del servizio pubblico scolastico di sostegno agli alunni disabili e quindi l'inadempimento dell'Amministrazione all'obbligo di espletare la relativa potestà pubblica secondo canoni di efficienza e equità sociale" (T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 13 febbraio 2017, n. 266, in *Foro amm.*, 2/2017, p. 405).

attraverso scelte successive di tipo organizzativo: l'istituto scolastico è chiamato a mettere in campo mezzi e persone per assicurare il soddisfacimento di quanto programmato, con ciò evidentemente esercitando un potere⁵⁵. In questo senso, l'orientamento della Cassazione non sembra condivisibile: la non corretta esecuzione del PEI è eventualmente ascrivibile ad un comportamento omissivo o solo parzialmente commissivo dell'amministrazione nell'esercizio della sua funzione; pertanto, è il g.a. e non il g.o. il suo giudice naturale⁵⁶.

Tra l'altro, nemmeno risponde a verità che l'istituto scolastico, una volta elaborato il PEI, non possa più intervenire modificandolo: come già visto, infatti, il piano non acquisisce mai una stabilità definitiva, in quanto l'accertamento dell'effettivo bisogno del minore deve per natura essere sempre aperto a possibili revisioni causate da non previsti miglioramenti o aggravamenti del grado di disabilità.

Con l'Adunanza plenaria n. 7/2016, invero, il Consiglio di Stato ha in parte "risposto" alla Cassazione, affermando che la cognizione e la tutela dei diritti fondamentali del disabile appartengono al g.a. allorché il loro concreto esercizio implichi l'espletamento di poteri pubblicistici; in quell'occasione, tuttavia, la Plenaria non ha potuto prendere una posizione netta sul punto, in quanto la fattispecie riguardava una ipotesi afferente alla fase precedente alla formalizzazione del PEI, pacificamente devoluta al g.a.⁵⁷.

Ancora oggi, tra l'altro, si registrano due orientamenti contrastanti all'interno della stessa giustizia amministrativa, il che inevitabilmente finisce per incidere negativamente sul principio di effettività della tutela giurisdizionale. Un primo indirizzo aderisce pienamente alla posizione espressa dalla Cassazione⁵⁸, mentre un secondo (condivisibile) orientamento – pur configurando la posizione del minore in termini di diritto soggettivo fondamentale – reputa irrilevante ai fini

⁵⁵ Nel contestare le conclusioni cui sono pervenute le Sezioni Unite in termini di riparto di giurisdizione, M. RAMAJOLI (*Sui molteplici criteri di riparto della giurisdizione in materia di servizi di sostegno scolastico alle persone con disabilità*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2020, p. 275 ss.) si sofferma *funditus* sulle diverse ipotesi nelle quali può configurarsi una lesione del diritto al sostegno dell'alunno disabile successive alla cristallizzazione del PEI, e comunque comportanti l'esercizio del potere amministrativo, p. 287-288.

⁵⁶ Si condivide, sul punto, la posizione espressa da L. GIANI, *Disabilità e diritto all'istruzione: alla ricerca di un difficile equilibrio tra persona e valore economico della prestazione (pubblica)*, cit., p. 164-166, la quale sottolinea come «se è sacrosanto ritenere che non esiste la possibilità per l'amministrazione di non dare esecuzione alle "proposte" trasmesse dal G.L.O.H. [...], non è altrettanto condivisibile l'assunto che se ne vuole far conseguire, e cioè che tale esecuzione non implichi un esercizio di potere da parte della istituzione scolastica».

⁵⁷ Cons. Stato, Ad. Plen., 12 aprile 2016, n. 7, in *Foro amm.*, 4/2016, p. 789. Per un commento a tale rilevante pronuncia v. A. TOMASSETTI, *Sostegno scolastico e riparto di giurisdizione*, in AA.VV., *Il Libro dell'Anno del diritto 2017*, Roma, 2017.

⁵⁸ Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, 21 gennaio 2015, n. 370; T.A.R. Toscana, Firenze, 23 gennaio 2014, n. 151, entrambe in *www.giustizia-amministrativa.it* e, da ultimo, T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 10 febbraio 2020, n. 277 e T.A.R. Molise, Sez. I, 19 giugno 2020, n. 174, in *www.giustizia-amministrativa.it*, commentata da F. APERIO BELLA, *Piani educativi individualizzati e problemi di giurisdizione*, in *www.giustiziainsieme.it*.

della giurisdizione che la lesione sia intervenuta prima o dopo la conformazione del diritto del soggetto disabile ad opera del PEI⁵⁹.

6. Conclusioni.

Negli ultimi anni si sta profilando, anche da parte del legislatore, una lettura restrittiva del diritto costituzionale all'istruzione, legata essenzialmente alle pur condivisibili esigenze della valorizzazione del merito e dell'incremento dell'efficienza del servizio nel suo complesso. Tale approccio rischia di prescindere dall'analisi delle capacità o meno del minore di godere in senso concreto di quel servizio, finendo così per sacrificare l'accezione sociale del diritto all'istruzione, a favore della assolutizzazione della dimensione puramente formativa, quale strumento volto a creare le competenze richieste dal mercato⁶⁰. La dottrina parla, al riguardo, di "mercificazione" del diritto all'istruzione⁶¹, riferendosi alla tendenza ad inquadrare lo studente in termini di consumatore piuttosto che di titolare di un diritto. Ebbene, se dovesse prevalere tale lettura, appaiono evidenti le immediate conseguenze che si registrerebbero in capo agli studenti disabili: l'accesso di un alunno portatore di handicap all'interno di una classe non verrebbe configurato come un arricchimento, bensì come un "peso" per gli altri studenti. Al contrario, una visione della scuola che ne pone al centro la sua missione sociale, legge l'accoglienza del disabile in termini di opportunità e non certo come un elemento che rischia di ridurre il livello di efficienza di una classe.

Ad oggi, invero, sia la legislazione che la giurisprudenza offrono un quadro complessivamente soddisfacente, teso ad arginare quelle derive in grado di incidere negativamente sul nucleo essenziale del diritto all'istruzione del disabile. Come è emerso, tuttavia, non mancano profili di criticità, soprattutto in chiave applicativa, nonché orientamenti poco coerenti con il quadro complessivo: basti pensare, ad esempio, a quella giurisprudenza della Cassazione che non ritiene applicabile alle scuole paritarie il diritto al rimborso per le ore di sostegno, finendo per lasciare del tutto sole le famiglie nella assunzione della spesa⁶².

⁵⁹ Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 2 dicembre 2019, n. 5668, in *Foro amm.*, 12/2019, p. 2121; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 19 ottobre 2018, n. 10132, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 3 dicembre 2014, n. 3111, in *Foro it.*, 3/2015, p. 149.

⁶⁰ A. SANDULLI, *Il sistema nazionale di istruzione*, Bologna, 2003, p. 250 ss.

⁶¹ M. PACE, "Mercificazione" dell'istruzione e salvaguardia del diritto all'educazione nei recenti Rapporti del Relatore speciale sul diritto all'istruzione, in *Dir. um. e dir. intern.*, 2015, p. 453 ss.

⁶² Cass., Sez. Un., 16 maggio 2014, n. 10821, commentata da M. CROCE, "Senza oneri per lo Stato": l'insegnante di sostegno per i disabili è a carico delle scuole paritarie, in *Neldiritto*, 8/2014, p. 1563 ss. La Corte, invero – dopo aver confermato l'obbligatorietà dell'insegnante di sostegno per gli studenti disabili in tutte le strutture (anche private) facenti parte del sistema nazionale di istruzione – ha specificato che i relativi oneri non gravano in capo alle famiglie, bensì sugli istituti scolastici, nella misura in cui decidono di erogare il servizio istruzione in assoluta autonomia, in assenza di compatibilità finanziaria e di verifica dello Stato, e, in particolare, si

D'altro canto, non si può certo negare che il disabile pone alla scuola una domanda più complessa di aiuto, educativo e non solo. Tra l'altro, il tema della disabilità, più di altri, non consente generalizzazioni di alcun tipo: esistono innumerevoli tipologie e diversi gradi di disabilità, il che impone l'esercizio di una azione amministrativa flessibile e fortemente ispirata al principio di proporzionalità. Il risultato⁶³ da perseguire – nell'ottica del buon andamento – è quello di garantire a ciascuno i mezzi e le opportunità per conseguire il massimo cui può ambire.

Al riguardo, proprio con riferimento al profilo dell'istruzione, la Corte Costituzionale ha espressamente affermato che «i disabili non costituiscono un gruppo omogeneo, in quanto vi sono forme diverse di disabilità per ognuna delle quali è necessario individuare meccanismi di rimozione degli ostacoli che tengano conto della tipologia di handicap da cui risulti essere affetta in concreto una persona»⁶⁴. In tal senso, proprio in attuazione del principio di uguaglianza sostanziale, il carattere pluralista del nostro ordinamento impone allo Stato di predisporre una «molteplicità differenziata di offerte formative»⁶⁵, in grado di garantire l'erogazione di un servizio di istruzione efficace per l'ampio ed eterogeneo panorama dei destinatari dello stesso. In tale ottica, la rigida applicazione del modello degli standard uniformi – o, meglio, dei c.d. LEP (Livelli essenziali delle prestazioni) – che ben si attaglia, in linea generale, all'amministrazione di servizi, nell'ambito dei servizi al disabile finirebbe per garantire unicamente il principio di uguaglianza in senso formale.

Nel contesto di cui ci si occupa, pertanto, la sfida dell'amministrazione, e in generale della rete dei servizi alle persone disabili, è di agire mediante un modello organizzativo e prestazionale che garantisca quella che definiremmo oggi “tailorizzazione” o “customizzazione” del servizio: ciascun soggetto disabile deve essere visto come un unicum intorno al quale “cucire” e adattare le modalità e l'entità dell'intervento⁶⁶. Certo, si tratta di una prospettiva di non facile attuazione, ma a ben vedere – proprio nel settore dell'istruzione – alcuni passi sono già stati compiuti: si pensi non solo ai Piani educativi individualizzati⁶⁷, ma anche a quella

assumono l'obbligo di erogare “senza oneri a carico dello Stato”, ai sensi dell'art. 33 Cost. In termini, da ultimo, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 11 aprile 2022, n. 2455, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶³ G. TULUMELLO, *L'effettività della tutela dei diritti fondamentali dei disabili nello Stato sociale, fra vincoli di bilancio e amministrazione di risultato*, in *Quest. Giust.*, 3/2018, p. 93 ss.

⁶⁴ Corte Cost., 26 febbraio 2010, n. 80, in *Foro amm. C.d.S.*, 2010, 797. In termini v. anche T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 17 luglio 2014, n. 946, in *Foro amm.*, 2014, 2183; Cons. Stato, Sez. V, 3 ottobre 2012, n. 5194, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶⁵ R. MORZENTI PELLEGRINI, *Istruzione e formazione nella nuova amministrazione decentrata della Repubblica*, Milano, 2004, p. 191.

⁶⁶ Auspica, in generale, una maggiore personalizzazione degli interventi di assistenza sociale, N. VETTORI, *Persona e diritto all'assistenza*, in *Dir. pubblico*, 1/2016, p. 307 ss., laddove afferma che «l'appropriatezza della prestazione è strettamente legata a esigenze specifiche e inevitabilmente differenziate, sia sul piano personale – variando da persona a persona – sia sul piano sociale, perché le situazioni che generano marginalità o disagio sono fortemente condizionate, se non addirittura determinate, dalle peculiarità del contesto territoriale», p. 324.

⁶⁷ Sulla necessità che il P.E.I. rappresenti il frutto di una analisi che tenga conto di tutte le specificità che connotano la situazione del singolo alunno disabile cfr., da ultimo, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 11 febbraio

giurisprudenza che riconosce il diritto del disabile di ottenere assistenza da parte non di un insegnante di sostegno qualsiasi, bensì di un docente munito di una specializzazione concretamente parametrata alle sue esigenze, «diversamente opinando, invero, la figura dell'insegnante di sostegno potrebbe ridursi a mera ed inutile presenza, in quanto non idonea a favorire l'integrazione e l'inserimento del disabile nel contesto scolastico, così assicurando la piena realizzazione degli obiettivi educativi e di formazione che l'istituzione scolastica deve garantire»⁶⁸.

In tale ottica, del resto, si pone la recente Legge delega in materia di disabilità (l. 22 dicembre 2021, n. 227) che – in attuazione della riforma 1.1, Missione 5 "Inclusione e Coesione", Componente 2 "Infrastrutture sociali, famiglie, comunità e Terzo settore" del PNRR – individua quale criterio direttivo primario la realizzazione di un quadro regolatorio incentrato sul concetto di “progetto di vita personalizzato e partecipato”⁶⁹, diretto a consentire alle persone con disabilità di beneficiare di un regime di assistenza e sostegno da determinarsi *ad personam*, presupposto indispensabile per il conseguimento di una effettiva inclusione nella società.

Il percorso delineato di “personalizzazione” del servizio, insomma, è arduo ma possibile, e probabilmente necessita di una preconditione di partenza, ovvero che l'azione dell'amministrazione in questo ambito sia il frutto di una forte integrazione di competenze⁷⁰: solo con il lavoro contestuale di psicologi, medici, giuristi, pedagogisti, si può immaginare di fornire al disabile quel percorso di istruzione e, più in generale, di vita, necessario a renderlo uguale nella diversità.

2020, n. 655, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ove si afferma che «Agli studenti disabili il riconoscimento del diritto fondamentale dell'istruzione scolastica è assicurato attraverso la predisposizione di misure di integrazione e sostegno, che siano idonee a garantire agli stessi la frequenza degli istituti d'istruzione, considerando la natura e la consistenza della minorazione, la capacità complessiva individuale residua e l'efficacia delle terapie riabilitative». In termini v. anche T.A.R., Aosta, Sez. I, 14 gennaio 2019, n. 2, in *Foro amm.*, 1/2019, p. 94.

⁶⁸ “Il docente di sostegno deve possedere le conoscenze specifiche che consentano l'efficace ed ottimale espletamento della sua funzione, proprio con riferimento all'handicap di fronte al quale egli si trova ad operare. Dovendosi costantemente relazionare con l'alunno, risulta evidente che egli deve avere conoscenza dei mezzi espressivi di cui questi si serve a cagione della sua disabilità, nonché delle tecniche che consentano, in modo ottimale, l'attività di insegnamento a tali particolari categorie” (Cons. Stato, Sez. VI, 11 ottobre 2018, n. 5851, in *www.giustizia-amministrativa.it*). In termini cfr. anche Cons. Stato, Sez. VI, 6 febbraio 2018, n. 758, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁶⁹ C. CASELLA, *La condizione giuridica della persona con disabilità: evoluzione, problemi e prospettive*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 4/2021, p. 115 ss.

⁷⁰ M.R. SPASIANO, *Il diritto amministrativo nell'era della transdisciplinarietà*, in *Dir. e società*, 4/2021, p. 657 ss.

queste istituzioni

**Il profilo costituzionale della
rigenerazione urbana come nuova
prospettiva della pianificazione
territoriale**

Mario Gorlani

Numero 3/2022
30 settembre 2022

Il profilo costituzionale della rigenerazione urbana come nuova prospettiva della pianificazione territoriale

di Mario Gorlani*

Sommario

1. Le città in trasformazione e un diverso approccio metodologico nello studio e nella regolazione giuridica dei contesti urbani. – 2. Dall'urbanistica al governo del territorio allo sviluppo sostenibile e alla rigenerazione urbana. – 3. Le strategie della rigenerazione urbana nella legislazione nazionale e regionale. – 4. Le criticità di processi di rigenerazione e riqualificazione non correttamente inquadrati e governati. – 5. Un ampliamento di orizzonte: dalla rigenerazione urbana degli immobili privati alla rigenerazione urbana dei beni comuni. Uno stesso sostantivo per un obiettivo comune.

Abstract

Le città moderne sono contesti problematici da governare e organizzare. È necessario un approccio multidisciplinare, e una maggiore attenzione alle problematiche ambientali e ai processi di rigenerazione urbana, per rimediare a situazioni di degrado sociale ed emarginazione. Rigenerazione urbana non significa solo riqualificazione edilizia, ma anche sforzo per rendere più vive e inclusive le nostre città. La legislazione italiana ha introdotto, a livello regionale, molte regole sulla rigenerazione. Tuttavia, non esiste una legge nazionale per coordinare la legislazione regionale, anche se il Parlamento sta lavorando per approvarla. La rigenerazione urbana è molto importante per migliorare la qualità della nostra vita e per attuare i valori costituzionali.

Abstract

Modern cities are problematic contexts to be ruled and organized. It is necessary a multidisciplinary approach, and a greater attention to environmental issues and urban regeneration processes, to remedy situations of social degradation and marginalization. Urban regeneration doesn't mean only building redevelopment, but also the effort of making more lively and inclusive our cities. Italian legislation has introduced, at regional level, many rules about regeneration. However, there is no a national law to coordinate regional legislation, even if Parliament is trying to approve it. Urban regeneration is very important to improve quality of our lives and to implement constitutional values.

Parole chiave

Rigenerazione; sostenibilità; urbanistica; pianificazione; ambiente.

* Il presente saggio è destinato alla pubblicazione negli Studi in Onore del Professor Giuseppe Franco Ferrari, in corso di pubblicazione.

* Professore ordinario di diritto pubblico, Università degli Studi di Brescia.

1. Le città in trasformazione e un diverso approccio metodologico nello studio e nella regolazione giuridica dei contesti urbani.

Tra le innumerevoli pubblicazioni della lunga e feconda attività di studioso del prof. Giuseppe Franco Ferrari meritano una menzione particolare due recenti volumi, entrambi da lui curati¹ e intitolati rispettivamente «*La prossima città*» e «*Smart City. L'evoluzione di un'idea*». Si tratta di lavori collettanei che si segnalano per l'approccio multidisciplinare e per la ricchezza dei temi trattati, ma soprattutto per la consapevolezza che denotano in merito alle trasformazioni che le città, in tutti i loro aspetti, stanno subendo negli ultimi anni. Da tempo, infatti, lo stato di «salute» e di «benessere» di un contesto urbano non può più misurarsi soltanto mediante indicatori puramente economici o demografici (registrando cioè la crescita della popolazione, del territorio insediato e del reddito per abitante), ma secondo una pluralità di parametri, che esplicitano: la qualità, quantità e flessibilità nell'offerta dei servizi; il livello di integrazione tra gruppi etnici diversi; la ricchezza dell'offerta culturale, della formazione e del sistema scolastico e universitario; la qualità dell'ambiente, la gestione dei rifiuti, la salubrità dell'aria e delle altre matrici rilevanti; le infrastrutture e il sistema dei trasporti, specialmente pubblici; il livello di infrastrutturazione digitale; la cura degli aspetti idrogeologici; la vivacità della partecipazione democratica; la fecondità della partnership tra pubblico e privato nella gestione e rigenerazione dei beni comuni; il grado di autosufficienza energetica, in chiave di sostenibilità intergenerazionale; oltre, ovviamente, al grado di sviluppo del sistema economico e produttivo². Per mezzo di questi profili si valuta la *smartness*, l'intelligenza di una città, ancorché si sia di fronte a concetti non ancora sufficientemente codificati e perciò non facilmente misurabili dal punto di vista statistico, anche per la loro oggettiva indeterminatezza.

È un modo di analizzare le città che richiede necessariamente competenze multidisciplinari, come quelle raccolte nei due volumi curati dal prof. Ferrari, e che ci restituisce sempre più l'immagine delle zone urbanizzate come di realtà tanto vivaci (o potenzialmente capaci di essere tali) quanto fragili e difficili da gestire ed organizzare in modo ottimale; e, soprattutto, come realtà che hanno subito, negli anni della industrializzazione (della prima di inizio Novecento, e soprattutto della seconda degli anni Cinquanta e Sessanta), una profonda trasformazione, caotica e spesso mal governata, che ha creato i presupposti, nell'età post-industriale, di situazioni di degrado, di marginalizzazione e di criticità ambientale. Al contempo,

¹ G.F. FERRARI (cur.), *Smart city. L'evoluzione di un'idea*, Milano-Udine, 2020; G. F. Ferrari (cur.), *La prossima città*, Milano-Udine, 2017.

² Come osserva G.F. FERRARI, *L'idea di smart city*, in G.F. FERRARI (cur.), *La prossima città*, Milano-Udine, 2017, 10, «l'attenzione dei valutatori si è spostata su fattori talora impalpabili, spesso derivanti dalla capacità dell'intelligenza artificiale di inserirsi e radicarsi in contesti quali la struttura sociale, l'ambiente, la cultura diffusa, a fungere da forza trainante della logica imprenditoriale, a incidere sulla *governance* facilitando i processi democratici esistenti o aprendone di nuovi ... Simili parametri tendono a loro volta a trasformarsi in risultati di competitività, efficienza, sostenibilità ambientale, qualità degli stili di vita e persino prosperità».

l'idea di *smart city* reca con sé la suggestione di una grande permeabilità dei contesti urbani (soprattutto di questi) alla transizione digitale e alle straordinarie potenzialità innovative (e migliorative) che essa può avere in tutti i campi³.

Che le città e i contesti urbani siano il “motore della storia” e il laboratorio ove vengono a maturazione i processi politici e sociali non è scoperta recente; e, oggi, in fondo, stiamo vivendo, in forme nuove, esperienze già sperimentate in passato. E, tuttavia, per una serie di spinte presso che contestuali e spesso reciprocamente condizionanti – la globalizzazione economica; le grandi migrazioni e i mix etnici e culturali a cui danno vita, essenzialmente nei contesti urbani; la rivoluzione digitale; il consumo delle risorse naturali; la crescita della popolazione – le tipiche problematiche dell'urbanizzazione sembrano aver assunto una connotazione talmente accelerata da rendere particolarmente difficoltosa la ricostruzione di un quadro ordinato⁴.

La complessità di organizzazione e regolazione delle città contemporanee rappresenta una sfida non semplice anche per il diritto, chiamato a fissare norme condivise che sappiano disciplinare e armonizzare spinte diverse, scongiurando il caos e accompagnando le trasformazioni in atto. Sfida che coinvolge, in primo luogo, il diritto urbanistico, ma che, a ben vedere, si estende anche al diritto delle istituzioni locali, al diritto dell'ambiente, al diritto amministrativo, al diritto privato, al diritto penale e della sicurezza pubblica. Vengono infatti messe in discussione l'organizzazione istituzionale delle autonomie territoriali e le forme di rappresentanza democratica delle comunità locali, partendo dal dato che i confini amministrativi coincidono sempre meno con i confini economici, sociali e demografici; si valorizzano forme di collaborazione tra pubblico e privato, con il superamento dei moduli competitivi del codice dei contratti pubblici (d.lgs. 50 del 2016), in ambiti attinenti al perseguimento di interessi generali, secondo il nuovo disegno del codice del terzo settore; si elaborano nuove forme contrattuali e privatistiche per la realizzazione di disegni di riorganizzazione urbana e sociale; la sicurezza pubblica nelle città diventa un problema prima di tutto di collaborazione tra livelli territoriali diversi, in un non semplice coordinamento di competenze e responsabilità.

Siamo dunque di fronte ad un diritto che, con riferimento ai contesti urbani, ha dovuto adattarsi, non senza fatica, ai nuovi paradigmi e ai nuovi contesti che è stato chiamato a

³ G.F. FERRARI, *L'idea di smart city*, cit., 15, attribuisce al concetto di *smart city* la valenza di «un modello alternativo a forte ispirazione utopistica di città». Tale nozione, «partita da un impulso di ispirazione pressoché esclusivamente tecnologica, si è presto trasferita sul piano del modo di intendere la socialità e lo stesso stile di vita, in una spirale di ricerca di benessere in versioni post-moderne».

⁴ G.F. FERRARI, *L'idea di smart city*, cit., 15, ricorda che «la città è dall'inizio della storia conosciuta dell'umanità il luogo simbolo del progresso ... L'urbanesimo si è succeduto a fasi alterne a diaspore verso le campagne, generando verso le campagne, generando forme sempre diverse di continuità/discontinuità tra spazio urbano ed extra-urbano, ma anche nei periodi massima decentralizzazione demografica il modello di città ha rappresentato il cuore della sua epoca storica».

regolare, e che spesso non si è mostrato all'altezza del compito, inseguendo realtà in rapida evoluzione e dando vita a situazioni mal governate o comunque difficili oggettivamente da sottoporre ad una disciplina giuridica. Un diritto, d'altro canto, che, proprio per la complessità e l'interconnessione delle problematiche che è chiamato ad affrontare, ha assunto le vesti di un vero e proprio diritto "speciale" – il c.d. "diritto delle città" – fatto di regole rigide e di principi di *soft law*, di poteri autoritativi e strumenti negoziali, di multidisciplinarietà e di continua apertura e influenza rispetto alle trasformazioni tecnologiche, economiche e sociali.

La rilevanza del "diritto delle città"⁵, e quindi la necessità di perfezionarlo e di dedicare ad esso la dovuta attenzione, emerge chiaramente se si pensa che, su 60 milioni circa di abitanti in Italia, 50 milioni vivono in città o in contesti urbanizzati⁶, e solo 10 milioni (circa il 17%) vive in zone rurali. Da questo dato numerico discende che la città e l'urbanizzazione diventano sempre più un tema di rilevanza costituzionale, sotto molteplici aspetti, a partire dal fatto che la città amplifica diseguaglianze e "periferie sociali"⁷ e, quindi, prendersi cura di esse significa porre le basi per supportare l'inveramento di valori costituzionali primari.

2. Dall'urbanistica al governo del territorio allo sviluppo sostenibile e alla rigenerazione urbana.

L'urbanistica come scienza – e il diritto urbanistico come strumento al suo servizio – hanno subito profonde trasformazioni in questi ultimi decenni. L'urbanistica, da tempo, ha cessato di essere la disciplina della sola ordinata espansione degli abitati⁸, secondo la tradizionale impostazione fatta propria dalla legge 1150 del 1942, per diventare regolamentazione del corretto e razionale governo del territorio, secondo parametri che vanno sempre più nel senso della salvaguardia dell'ambiente, dell'azzeramento del consumo di suolo e della rigenerazione del costruito⁹. Una evoluzione che si colloca a valle e quale conseguenza di una crescita indisciplinata degli ambiti edificati e di problematiche ambientali sempre più pressanti e allarmanti.

In un contesto come quello odierno, con un territorio «agredito» da *sprawling* insediativo, da minacce all'ambiente, da dissesto idrogeologico e da crisi di molte attività economiche tradizionali, l'urbanistica ha sempre meno a che vedere con nuove edificazioni –

⁵ Secondo la definizione proposta da F. GIGLIONI, *Che cosa è il diritto delle città*, in www.labsus.org, 2017, per «diritto delle città si deve intendere quel complesso di regole che governano spazi urbanizzati la cui origine trova fonte nella rappresentanza della comunità che le istituzioni cittadine interpretano e nel diretto coinvolgimento delle organizzazioni o delle individualità della società civile».

⁶ E di queste circa 22 milioni vivono nelle città metropolitane: cfr. i dati pubblicati da ispraambiente.gov.it.

⁷ Cfr. E. OLIVITO, *(Dis)eguaglianza, città e periferie sociali: la prospettiva costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1/2020.

⁸ Parla di chiusura dell'era dell'urbanistica di espansione P. URBANI, *La disciplina urbanistica in Italia. Problemi attuali e prospettive di riforma*, Torino, 1988.

⁹ Cfr. F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *Smart City: condividere per innovare (e con il rischio di escludere?)*, in *Federalismi.it*, 2015, 22.

come si dice, oggi non c'è più sostanzialmente nulla di nuovo da costruire, ma c'è soprattutto da recuperare e rigenerare – ed assume valenze nuove, che si intrecciano con questioni di natura sociale ed economica e con aspetti di natura ambientale e paesaggistica. Il pianificatore – architetto o giurista – deve fare propria una visione multidisciplinare, ampia ed omnicomprensiva, che sappia coniugare e contemperare i diversi profili coinvolti: dalla tematica ambientale a quella della gestione dei flussi migratori; dalla tematica del recupero di comparti industriali dismessi e abbandonati alla rivitalizzazione dei centri storici; dall'emergenza del dissesto idrogeologico e del rischio sismico all'impatto della digitalizzazione sul nostro stile di vita; dalla mobilità sostenibile e green alla incentivazione della partecipazione democratica alle scelte collettive e alla gestione dei beni collettivi.

Il mutato approccio metodologico ha portato al centro dei temi urbanistici il governo del territorio, lo sviluppo sostenibile e la rigenerazione urbana. Si tratta di tre locuzioni diverse, ma che esprimono – la prima (governo del territorio) in termini più neutri, la seconda (sviluppo sostenibile) e la terza (rigenerazione urbana) con una valenza assiologica più marcata – la necessità di trovare una sintesi e un bilanciamento tra esigenze e interessi diversi¹⁰, e riprendere l'idea che le politiche pubbliche non possano più limitarsi ad assecondare lo sviluppo economico, ma indirizzarlo e coordinarlo a fini sociali, secondo il paradigma dell'art. 41 Cost¹¹.

Anche la Costituzione ha fatto propria tale nuova impostazione. L'urbanistica era contemplata in Costituzione come sola questione di riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni (originaria formulazione dell'art. 117, co. 1, Cost.), e con riferimento ad alcuni aspetti per così dire più specifici (la tutela del paesaggio e della montagna da un lato, la bonifica delle terre incolte e la trasformazione del latifondo). In un'Italia il cui problema principale era la ricostruzione post-bellica, mancava una visione costituzionale unitaria del territorio come un valore da preservare, governare nella sua complessità, tutelare verso una logica di sviluppo sostenibile e considerare parte della più generale problematica ambientale¹².

Il tema ha cominciato ad entrare nell'agenda politica a partire dall'inizio degli anni '70, come esigenza di tutela ambientale, ed è andato sviluppandosi attraverso una serie di tappe legislative ben note, entrando in Costituzione nel 2001, con la riscrittura dell'art. 117 e, in particolare, con l'adozione della locuzione “governo del territorio” in luogo di “urbanistica” e

¹⁰ Come osserva G.F. FERRARI, *L'idea di smart city*, cit., 16, «la *smart city* come fenomeno urbanistico pare destinata ad essere esponenziale dell'età dello sviluppo sostenibile ... Urbanistica ed edilizia si piegano ora alla somma delle istanze sociali venute a maturazione con la crescente consapevolezza dei limiti dello sviluppo».

¹¹ Non a caso, nella riflessione costituzionalistica, un tema all'ordine del giorno è proprio quello di inserire la tutela dell'ambiente quale limite esplicito della libertà di iniziativa economica privata regolata dall'art. 41 Cost.: cfr., tra i tanti, il recente contributo di M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum costituzionale*, 2021.

¹² Cfr. G. F. CARTEI, *La dimensione smart dello spazio urbano*, in G.F. FERRARI (cur.), *Smart city. L'evoluzione di un'idea*, Milano-Udine, 2020, p. 111.

con l'attribuzione allo Stato di una competenza esclusiva trasversale, ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. s), a tutela dell'ambiente. Ma anche dopo la riforma del Titolo V, per anni la normativa ambientale è stata percepita e disciplinata più come un limite esterno all'urbanistica e al governo del territorio che non come parte essenziale di essi. È soprattutto a partire dal d.lgs. 152 del 2006 (c.d. Codice dell'Ambiente) che si è cominciato a ragionare in modo organico e sistematico di una valutazione ambientale degli atti di pianificazione urbanistica, sia di quelli generali sia di quelli attuativi. I due poli sono andati così sempre più avvicinandosi e infine compenetrandosi e sovrapponendosi¹³.

Sviluppo sostenibile e rigenerazione urbana, infatti, sono concetti che vanno oltre la semplice attenzione e tutela ad un territorio che necessita di cure dopo decenni di degrado, sfruttamento sconsiderato e abusi giustificati sull'altare dello sviluppo economico e della crescita della ricchezza nazionale. Rigenerazione urbana significa porre al centro delle scelte pianificatorie la tutela dell'ambiente e del paesaggio, che rappresentano valori costituzionali primari; ma anche porsi l'obiettivo ambizioso di superare le diseguaglianze che la città ospita e alimenta, anche in un'ottica intergenerazionale¹⁴. Come è stato acutamente osservato, «le diseguaglianze che allignano nelle città attengono massimamente alla delimitazione e alla distribuzione qualitativa e quantitativa degli spazi abitativi. Negli studi sui cambiamenti delle città e sui rapporti tra centro e periferie è ricorrente la constatazione che, seppur con caratteristiche e modalità differenti, le città continuano a fare i conti con la realizzazione di insediamenti urbani caotici e irrelati, che sono motivo di accelerazione delle diseguaglianze socioeconomiche»¹⁵.

¹³ P. CHIRULLI, *La valutazione ambientale strategica a dieci anni dall'entrata in vigore del Codice dell'Ambiente*, in www.aidaambiente.it, 2016, osserva che «da questo punto di vista, peraltro, l'introduzione della VAS ha accompagnato, e forse accelerato, un processo di trasformazione già in atto nelle tecniche di pianificazione, percepibile nella progressiva integrazione delle considerazioni ambientali e, più in generale, delle funzioni di conservazione con gli obiettivi di sviluppo, contribuendo così ad intrecciare ancor più strettamente i valori di tutela con quelli di crescita e di trasformazione e a rendere ancora più incerta la distinzione tra tutela dell'ambiente e governo del territorio. Sotto questo profilo, la VAS ha rappresentato un'ulteriore spinta verso il superamento della tecnica "per tutele parallele" degli interessi differenziati, e verso l'avvio di un sistema integrato di pianificazione, nel quale interessi di peso e di segno diverso si confrontano dialetticamente tra di loro fin dall'inizio del procedimento». Tale evoluzione appare ormai essere stata codificata dalla giurisprudenza amministrativa, a partire dalla nota sentenza della IV sezione del Consiglio di Stato, 10 Maggio 2012, nr. 2710 che costituisce il *leading case* in materia e la cui *ratio decidendi* è stata confermata dalle sentenze successive, e ove si legge che le prescrizioni urbanistiche "non possono essere intese [...] solo come un coordinamento delle potenzialità edificatorie, [...] ma devono essere ricostruite come intervento degli enti esponenziali sul proprio territorio in funzione [...] del modello di sviluppo che si intende imprimere ai luoghi stessi in considerazione della loro storia, tradizione, ubicazione e di una riflessione sulla propria essenza [...] svolta dalla comunità radicata sul territorio" alla luce "delle effettive esigenze di abitazione, delle concrete vocazioni dei luoghi, dei valori ambientali e paesaggistici, delle esigenze di tutela della salute e quindi della vita salubre degli abitanti, delle esigenze economico-sociali".

¹⁴ Cfr. G. AZZARITI, *Diritto o barbarie. Il costituzionalismo moderno al bivio*, Laterza, 2021.

¹⁵ Cfr. E. OLIVITO, *(Dis)eguaglianza, città e periferie sociali: la prospettiva costituzionale*, cit.

La rigenerazione urbana, quindi, rappresenta una sfida delicata, che coinvolge interessi diversi, ma che può funzionare davvero soltanto se viene coniugata con una visione dello sviluppo che torni ad essere motore del superamento delle disuguaglianze sociali, e non il suo contrario.

3. Le strategie della rigenerazione urbana nella legislazione nazionale e regionale.

Se dunque sul piano dell'inquadramento generale le opinioni convergono nel dare grande rilievo ai processi di rigenerazione urbana e nel caricarli di notevoli potenzialità per l'inveramento di una serie di primari valori costituzionali¹⁶, non sempre queste ambizioni "alte" hanno sin qui trovato adeguata concretizzazione nelle scelte del legislatore. Se, infatti, da un lato, sono sempre più numerose le leggi regionali che trattano di rigenerazione urbana come obiettivo prioritario della pianificazione urbanistica e, al contempo, sono sempre più frequenti gli interventi puntuali dello stesso legislatore nazionale che favoriscono interventi di rigenerazione, dall'altro lato va segnalato che questo non sempre avviene però in modo omogeneo e coerente con gli obiettivi perseguiti, e che, soprattutto, continua ad avvertirsi l'assenza di una normativa nazionale di principio che consenta di dare una omogeneità di fondo a processi di rigenerazione che stanno muovendosi in ordine sparso e senza sufficiente chiarezza.

La principale linea seguita dal legislatore va nella direzione di favorire e semplificare gli interventi edilizi sul patrimonio edilizio esistente. Va ricordata, in questo senso, la semplificazione e la sostanziale liberalizzazione dei cambi di destinazione d'uso e delle modifiche funzionali degli immobili, con o senza opere edilizie (cfr. art. 23 ter, Tue) e la disciplina degli usi temporanei, finalizzate ad offrire ai potenziali investitori nei progetti di rigenerazione e riqualificazione una flessibilità di intervento e una pronta capacità di adattamento alle esigenze specifiche del caso singolo; in secondo luogo, la possibilità di modificare sagoma e sedime negli interventi di ristrutturazione (così la nuova formulazione dell'art. 3, co. 1, lett. d, Tue), allo scopo di favorire l'adattamento dei corpi edilizi esistenti alle nuove esigenze che si vogliono valorizzare; in terzo luogo, la semplificazione procedurale nel rilascio dei titoli abilitativi (semplice comunicazione; c.i.l.a; s.c.i.a.; s.c.i.a. alternativa al permesso di costruire) nonché la

¹⁶ Come è stato osservato nel Documento della Conferenza delle Regioni del 3 dicembre 2020, «è stato ampiamente riconosciuto che il modello di sviluppo urbano dal secondo dopoguerra è caratterizzato dalla assoluta indifferenza nei confronti della sostenibilità. La rigenerazione urbana al contrario incarna, a tutti gli effetti, le strategie per una crescita intelligente, sostenibile ed inclusiva. Recuperare aree caratterizzate da fenomeni di dismissione o restituire nuova qualità ambientale, economica e sociale a quartieri degradati risponde pienamente all'idea di città sostenibile, limitando il consumo di nuovo suolo, riducendo gli impatti ambientali propri delle aree urbanizzate e incoraggiando processi di partecipazione civica nella definizione delle scelte progettuali e nelle fasi di verifica. L'obiettivo principale è ridare efficienza, sicurezza e vivibilità alle nostre città che ospitano gran parte della popolazione, che sono il principale patrimonio non solo culturale ma anche economico e produttivo del nostro territorio. In questo senso l'attuazione delle strategie per la rigenerazione urbana rappresenta un impegno di primaria importanza nell'agenda politica pubblica attuale e dei prossimi decenni».

possibilità di accedere al permesso di costruire in deroga disciplinato dall'art. 14 Tue e da numerose legislazioni regionali (cfr., ad esempio, artt. 40 e 40-*bis* della legge reg. Lombardia 12 del 2005). Su altro versante, lo sforzo va nella direzione della incentivazione fiscale e volumetrica degli interventi. In quest'ottica, la rigenerazione urbana viene assunta essenzialmente come un programma di riqualificazione edilizia di costruzioni dismesse o poco sfruttate e bisognose di essere recuperate e rilanciate.

Manca, tuttavia, una disciplina organica di principio a livello nazionale, che dia a questi interventi una vocazione più ambiziosa.

Da anni il Parlamento è impegnato nello sforzo di approvare una legge-quadro in tema di rigenerazione urbana, da sola o, meglio, entro una revisione generale della legge urbanistica del 1942. Ad oggi, è all'esame in Commissione al Senato il disegno di legge AS 1131 intitolato "Misure per la rigenerazione urbana".

Se si scorrono i "buoni propositi" del disegno di legge¹⁷, ci si avvede che essi danno conto delle potenzialità che la rigenerazione urbana vorrebbe esprimere e delle aspettative che suscita. La rigenerazione urbana, negli intenti del legislatore nazionale, può diventare l'occasione di una vera e propria palingenesi sociale e democratica, oltre che economica ed ambientale: restituisce vita ai centri storici abbandonati o ordine a quelli "assaltati" dai turisti; spinge per un ridisegno urbanistico che eviti accostamenti impropri di funzioni eterogenee e poco compatibili; dà vita a quartieri più compatti e vivibili, che realizzino nuove centralità urbane; incoraggia la partecipazione consapevole e responsabile dei cittadini alla realizzazione di questi progetti; crea le condizioni per una mobilità sostenibile all'interno delle città.

Per favorire l'attuazione concreta di questi interventi, si prevede nel disegno di legge la possibilità, negli ambiti ricompresi nel Piano comunale di rigenerazione urbana, di interventi

¹⁷ Gli scopi che il disegno di legge si propone sono ambiziosi: contribuire all'arresto del consumo di suolo e migliorare la permeabilità dei suoli nel tessuto urbano; favorire il riuso edilizio di aree già urbanizzate e di aree produttive con presenza di funzioni eterogenee e tessuti edilizi disorganici o incompiuti, nonché dei complessi edilizi e di edifici pubblici o privati, in stato di degrado o di abbandono o dismessi o inutilizzati o in via di dismissione o da rilocalizzare, incentivandone la riqualificazione fisico-funzionale, la sostenibilità ambientale, la sostituzione e il miglioramento del decoro urbano e architettonico complessivo; favorire l'innalzamento del livello della qualità della vita sostenendo l'integrazione sociale, culturale e funzionale mediante la formazione di nuove centralità urbane, nonché la interconnessione funzionale promuovendo la concezione di quartieri residenziali integrati e "compatti"; favorire la realizzazione di interventi di edilizia residenziale sociale allo scopo di soddisfare la domanda abitativa e la coesione sociale; favorire, nelle aree oggetto di rigenerazione urbana, elevati standard di efficienza idrica ed energetica degli edifici al fine di ridurre i consumi idrici ed energetici mediante l'efficientamento delle reti pubbliche e la riqualificazione del patrimonio edilizio; tutelare i centri storici nelle peculiarità identitarie e dalle distorsioni causate dalla pressione turistica e dall'abbandono; tutelare i centri urbani dal degrado causato dai processi di desertificazione delle attività produttive e commerciali; favorire l'accessibilità e l'integrazione delle infrastrutture della mobilità e dei percorsi pedonali e ciclabili con il tessuto urbano delle aree oggetto di rigenerazione urbana e, più in generale, con le politiche urbane della mobilità sostenibile e con la rete dei trasporti collettivi anche promuovendo interventi di rigenerazione urbana nei nodi d'interscambio in modo da ridurre la dipendenza dalla mobilità privata; favorire la partecipazione attiva degli abitanti alla progettazione e alla gestione dei programmi di rigenerazione urbana.

diretti di demolizione e ricostruzione dell'edificio, incentivandoli con un incremento massimo del 20 per cento della volumetria o della superficie esistente, con la ammissibilità di modifiche delle destinazioni d'uso, con l'opportunità di una diversa distribuzione volumetrica, un diverso posizionamento sulle aree di sedime e una modifica della sagoma, delle altezze e dei prospetti, purché nel rispetto di quanto previsto all'articolo 3, comma 1, lettera d), del Testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica n. 380 del 6 giugno 2001, e dell'obbligo del pareggio di bilancio dei servizi ecosistemici.

L'accesso alle risorse messe a disposizione è condizionato al contenimento energetico, all'azzeramento del consumo di suolo, all'obbligo del pareggio di bilancio dei servizi ecosistemici consumati per la nuova costruzione. Seguono poi misure fiscali e semplificazioni procedurali per supportare ulteriormente i percorsi di rigenerazione¹⁸.

Come ha osservato l'Istituto Nazionale di Urbanistica in un contributo reso nel corso dell'iter di approvazione¹⁹, alcuni profili sono particolarmente degni di nota.

In primo luogo, un utilizzo massiccio della leva fiscale (Imu, Tar, defiscalizzazione degli interventi) per supportare le iniziative dei privati finalizzate alla rigenerazione. Così come da tempo si è fatta strada l'idea della perequazione come strumento di eguaglianza sostanziale urbanistica, volta a riequilibrare i vantaggi privati derivanti da scelte pianificatorie favorevoli al singolo proprietario e gli oneri pubblici che ne derivano, così è corretto "premiare" l'impegno economico del privato che, anziché puntare ad un nuovo consumo di suolo, si faccia carico di una riqualificazione del tessuto edilizio esistente, anche alla luce dei costi sociali, ambientali e territoriali che la mancata rigenerazione comporta nel breve e nel medio periodo.

In secondo luogo, la rigenerazione urbana deve andare di pari passo non solo con l'azzeramento del consumo di suolo, ma anche con la rinaturalizzazione di suoli già utilizzati in modo improprio e ormai dismessi e abbandonati. Di qui anche l'opportuna incentivazione alla demolizione dei manufatti situati al di fuori dei centri abitati.

In terzo luogo, la rigenerazione urbana non può non accompagnarsi alla transizione energetica, e deve quindi essere l'occasione per un rifacimento degli edifici in classe energetica più propizia.

¹⁸ Va segnalata infine una singolare disposizione finale (art. 26 del ddl 1131), che prevede l'inserimento nell'art. 42 del Testo unico degli enti locali di un comma che stabilisce che «il consiglio subentrante, a seguito della cessazione del mandato del sindaco ai sensi degli articoli 51 e 53, ha l'obbligo di dare continuità ai programmi per l'attuazione di interventi di rigenerazione urbana sostenibile, già avviati dall'amministrazione precedente e per i quali non sussistano elementi di interesse pubblico, all'interruzione o revoca del processo, prevalenti rispetto a quelli che lo hanno avviato», così scongiurando, da un lato, il rischio di rallentamenti o di blocchi negli interventi causati dai cambi di maggioranza all'esito delle elezioni amministrative, ma anche andando ad incidere pesantemente sull'autonomia pianificatoria dell'ente locale.

¹⁹ Cfr. ISTITUTO NAZIONALE DI URBANISTICA, *Considerazioni sul disegno di legge sulla rigenerazione urbana in discussione al Senato della Repubblica*, in www.inu.it, 6 aprile 2021.

In generale, l'insieme di queste previsioni non nasce dal nulla, ma rappresenta la sintesi e la trasposizione a livello nazionale di una cospicua legislazione regionale in materia. La legislazione regionale è ricca di disposizioni sulla rigenerazione urbana, che mancano però di tratti unitari e coordinati, come spetterebbe ad una legge nazionale di principio definire²⁰.

Non è possibile dar conto, in questa sede, delle diverse impostazioni seguite dalle diverse Regioni nei percorsi di rigenerazione urbana, se non per rintracciare alcuni tratti comuni, che comprendono l'ampio ricorso allo strumento dell'incentivazione fiscale e volumetrica, l'utilizzo delle deroghe alla pianificazione generale, lo sforzo di snellimento e semplificazione delle procedure. In questa direzione, emblematica è la legge reg. Puglia n. 21 del 29 luglio 2008, «Norme per la rigenerazione urbana», che definisce i programmi integrati di rigenerazione urbana come «un insieme coordinato di interventi in grado di affrontare in modo integrato problemi di degrado fisico e disagio socio-economico» e, in relazione alla specificità del contesto interessato, includono: «la riqualificazione dell'ambiente costruito, attraverso il risanamento del patrimonio edilizio e degli spazi pubblici; la riorganizzazione dell'assetto urbanistico attraverso il recupero o la realizzazione di urbanizzazioni, spazi verdi e servizi e la previsione delle relative modalità di gestione; il contrasto dell'esclusione sociale degli abitanti attraverso la previsione di

²⁰ Solo per citare alcune legislazioni regionali, la Regione Lombardia, con la legge regionale n. 18 del 26 novembre 2019, si è posta l'obiettivo di facilitare gli interventi di rigenerazione urbana e territoriale e di recupero del patrimonio edilizio esistente, completando la strategia regionale per la riduzione del consumo di suolo oltre che a promuovere gli interventi di messa in sicurezza, recupero ed efficientamento degli edifici, con particolare attenzione a quelli abbandonati, per riqualificare le aree dismesse e riconnetterle con il territorio circostante. La Regione Puglia, con la legge regionale n. 21 del 29 luglio 2008, «Norme per la rigenerazione urbana», ha introdotto i Programmi integrati di rigenerazione urbana (PIRU), che «comportano un insieme coordinato d'interventi in grado di affrontare in modo integrato problemi di degrado fisico e disagio socio-economico», e di cui si sono dotati molti comuni. Nonostante abbia ormai 12 anni, resta una delle leggi più chiare e avanzate in materia, tanto da essere ancora in vigore e trovare numerosi riferimenti nella legislazione regionale successiva. Il Piemonte, con la legge regionale n. 16/2018, «Misure per il riuso, la riqualificazione dell'edificato e la rigenerazione urbana», presenta le stesse criticità della legge lombarda, limitandosi a incentivare la ristrutturazione e sostituzione edilizia tramite bonus volumetrici e la riduzione del contributo di costruzione. I Programmi di rigenerazione urbana seguono lo stesso principio, rimandando ai privati la proposta dei progetti, premiati «nel limite massimo del 30% della volumetria o della superficie preesistente». L'Umbria, nella sua legge n. 13 del 11 aprile 1997 (ora abrogata), promuoveva già i Piani di riqualificazione urbana. Attualmente, la legge regionale n. 1/2015 afferma nelle proprie finalità di perseguire «l'assetto ottimale del territorio regionale, secondo i principi di contenimento del consumo di suolo, di riuso del patrimonio edilizio esistente e di rigenerazione urbana». Tale finalità è demandata al Piano attuativo di iniziativa pubblica che, tra l'altro, riguarda «la realizzazione di interventi di riqualificazione e rigenerazione urbana di insediamenti produttivi e per servizi dismessi anche ai fini della trasformazione della destinazione d'uso degli edifici e delle aree» e ai Programmi urbani complessi. La Campania, con la legge regionale n. 19 del 11 novembre 2019, «Legge per la promozione della qualità dell'architettura», si pone l'obiettivo di «promuovere l'architettura contemporanea sia per le nuove costruzioni che per gli interventi di restauro architettonico, riqualificazione edilizia e rigenerazione urbana». In essa vengono disposte premialità economiche ai «comuni virtuosi» che, «nell'ambito dei processi di recupero e di rigenerazione urbana, attivano percorsi di qualità». In Calabria, con gli ultimi aggiornamenti, la legge regionale urbanistica n. 19 del 16 aprile 2002 ha definito che la pianificazione territoriale e urbanistica promuove «piani e programmi di «Rigenerazione urbana» volti alla riqualificazione di parti significative di città e sistemi urbani per favorire un risparmio di territorio, un ammagliamento di tessuto urbano privo di attrattività che soddisfi le esigenze abitative all'interno del perimetro urbano esistente, creando, possibilmente, economie di scala. Tali piani e programmi devono garantire l'inclusione sociale, la qualità della vita e la capacità di resilienza urbana».

una molteplicità di funzioni e tipi di utenti e interventi materiali e immateriali nel campo abitativo, socio-sanitario, dell'educazione, della formazione, del lavoro e dello sviluppo; il risanamento dell'ambiente mediante la previsione di infrastrutture ecologiche, percorsi per la mobilità ciclabile e aree pedonali, uso di fonti energetiche rinnovabili, adozione di criteri di sostenibilità ambientale e risparmio energetico nella realizzazione delle opere edilizie». Come si vede, si tratta di una concezione di rigenerazione urbana che va ben oltre la semplice strategia edilizia di favorire l'intervento di ristrutturazione e riqualificazione attuato dal privato, e richiede invece una forte sinergia tra pubblico e privato e una salda regia pubblica nella determinazione degli obiettivi perseguiti e nella predisposizione degli strumenti atti a perseguirli, oltre a una profonda e innovativa cultura urbanistica unita ad un'altrettanto profonda conoscenza del territorio.

La ricognizione della legislazione regionale mostra che, in questi ultimi anni, la rigenerazione e il riuso dell'esistente non rappresenta più un'opportunità marginale in un mercato immobiliare in via di espansione, ma diventa il cuore anche della pianificazione generale tradizionale, di cui costituisce l'architrave intorno al quale organizzare le scelte strategiche che la singola amministrazione deve compiere²¹. Anche se i percorsi tradizionali della pianificazione, pur se focalizzati sulle tematiche della rigenerazione, non sempre paiono in grado di dare una risposta tempestiva a molte domande di intervento che provengono dal tessuto economico-sociale. Per questo il "diritto della rigenerazione" richiede di regola la codificazione di «nuovi percorsi, che muovono dalla presa d'atto della ineffettività, eccessiva macchinosità o lentezza dei percorsi tradizionali (anche di riforma), di modo che si rivela più efficiente realizzare la rigenerazione urbana calandola in una dimensione normativa parallela»²², percorsi che, di regola, tendono ad aggirare la pianificazione tradizionale facilitando ed incentivando interventi di carattere puntuale, mediante il ricorso al permesso di costruire in deroga di cui all'art. 14 Tue.

4. Le criticità di processi di rigenerazione e riqualificazione non correttamente inquadrati e governati.

La locuzione "rigenerazione urbana" ha in sé una valenza positiva e sembra evocare, a prescindere, scenari ottimistici ed esiti necessariamente migliorativi dell'esistente. Il che è

²¹ Come osserva E. BOSCOLO, *Nuove dimensioni della pianificazione comunale*, in F. Di LASCIO, F. GIGLIONI (cur.), *La rigenerazione di beni e spazi urbani. Contributo al diritto delle città*, Bologna, 2017, p. 144, "il piano regolatore generale costituisce ancora oggi lo strumento attraverso cui si esprime prioritariamente la unzione conformativa dei suoli sulla scorta di un complesso bilanciamento di interessi con ricadute dirette sul territorio. Le politiche di riqualificazione urbana, che si iscrivono al primo posto dell'agenda del governo del territorio, devono quindi prioritariamente convergere entro questo atto contenitore".

²² Così B. BOSCHETTI, *L'impatto della funzione di rigenerazione sugli strumenti tradizionali del diritto urbanistico diversi dalla pianificazione*, in F. Di LASCIO, F. GIGLIONI (cur.), *La rigenerazione di beni e spazi urbani. Contributo al diritto delle città*, Bologna, 2017, p. 178.

probabilmente vero, senza però trascurare, da un lato, il rischio che interventi spesso molto costosi e perciò difficilmente ripetibili nel breve periodo possano rivelarsi un'occasione mancata; e, dall'altro lato, che, per una sorta di eterogenesi dei fini, la rigenerazione di contesti degradati, se non correttamente ponderata e attuata, può determinare nuove criticità, diverse da quelle originarie.

La Conferenza delle Regioni, in una nota del 3 dicembre 2020, anch'essa resa come contributo nel corso dell'*iter* parlamentare, ha messo in evidenza alcune possibili perplessità che emergono dalla bozza della legge nazionale di principio, criticità che possono estendersi anche alla legislazione regionale in vigore.

Il problema principale è insito nel rischio che tale legislazione vada essenzialmente nella direzione di incentivare sul piano economico e volumetrico il riutilizzo, purchessia, dei contesti già edificati e, tendenzialmente, abbandonati o dismessi, al di fuori di un'analisi più approfondita dei contesti sociali sottesi che hanno generato il bisogno di rigenerazione, e senza una visione organica e di più ampio respiro. Una rigenerazione urbana che si risolva nella sola semplificazione e incentivazione delle procedure autorizzatorie, per incoraggiare interventi edilizi altrimenti non convenienti sul piano economico, rischierebbe di non raggiungere gli obiettivi più ambiziosi che si è posta. Che non sono soltanto, come si è detto, quelli di recuperare edifici dismessi, senza consumare altro suolo, ma di cogliere l'occasione per restituire all'urbanistica la sua funzione propria di governo del territorio dal punto di vista edilizio, ambientale, economico, sociale e culturale, così da favorire la riqualificazione del territorio da tutti i punti di vista. Per quanto non sia affatto agevole delineare il quadro della città che sarà, specialmente in un'epoca di enorme accelerazione delle trasformazioni economiche, sociali e tecnologiche, nondimeno una conoscenza accurata dei contesti in cui si vuole intervenire, una definizione chiara degli obiettivi che ci si propone e un coinvolgimento ampio non solo degli operatori economici ma degli stessi cittadini e delle formazioni sociali che operano sul territorio nei processi rigenerativi possono aiutare a ridurre il rischio di interventi inutili o sbagliati.

La seconda criticità attiene al delicato tema delle competenze e della corretta definizione dei ruoli tra Stato, Regioni ed enti locali. Come è stato osservato²³, gli obiettivi di rigenerazione favoriscono processi regolatori a tendenza "centripeta", perché l'ampliamento degli obiettivi a temi ulteriori rispetto alla sola problematica urbanistica ed edilizia coinvolge competenze legislative che interessano materie di potestà esclusiva statale o altre materie di potestà concorrente: dalla tutela dell'ambiente alla disciplina della proprietà, inclusa l'espropriazione; dai profili fiscali alla enunciazione di nuovi principi fondamentali del governo del territorio; dalle politiche di inclusione sociale al reperimento e stanziamento delle risorse necessarie per

²³ Cfr. B. BOSCHETTI, *L'impatto della funzione di rigenerazione sugli strumenti tradizionali del diritto urbanistico diversi dalla pianificazione*, cit., p. 180.

sostenere economicamente i programmi di rigenerazione urbana. Il rischio implicito di tali tendenze centripete è quello di calare dall'alto regole rigide e vincolanti, che potrebbero mal adattarsi ai singoli contesti urbani; mentre, al contrario, la rigenerazione è un processo che deve partire dal basso, dalla ricognizione puntuale dei singoli territori e delle singole realtà, e dalla predisposizione di misure *ad hoc*, pur se attinte da un paniere comune e generale predisposto dal legislatore nazionale e da quelli regionali. È il caso, ad esempio, delle regole che riconoscono in modo generalizzato e aprioristico una premialità del 20% di tutti i parametri – volume, altezza, ecc... – indipendentemente dal dove si vada ad intervenire e da altri obiettivi che potrebbero porsi in concorrenza, magari richiedendo al contrario, nel caso specifico, una riduzione dei volumi come metodo di riqualificazione e rigenerazione di un ambito urbano, e una valorizzazione dei servizi pubblici e degli spazi da destinare alla collettività. Lo stesso dicasi per quanto riguarda l'indifferenza funzionale, che la legislazione regionale spesso favorisce nel tessuto urbano consolidato, ma che può dar luogo a “convivenze” complicate tra destinazioni difficilmente incompatibili. È tema già affrontato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 179 del 2019²⁴, sia pure con riferimento al consumo di suolo previsto da una legge lombarda, e oggi nuovamente all'attenzione della Corte costituzionale a seguito dell'ordinanza di rimessione del Tar Milano del febbraio 2021. La questione nasce dal rispetto dell'autonomia locale e del nucleo essenziale delle funzioni dei Comuni, che non può essere “espropriato” da normative regionali troppo rigide; ma, a ben vedere, può essere allargato anche a considerazioni più ampie sulle funzioni flessibili e variegate della rigenerazione urbana.

In terzo luogo, tra strumenti di semplificazione, deroghe ad un numero indeterminato di parametri, incentivi volumetrici, usi temporanei, incremento dell'indifferenza funzionale, la linea di fondo percorsa dal legislatore sembra sempre più quella di una sostanziale *deregulation* dei contesti già edificati, di una densificazione incentivata del tessuto urbano consolidato, di cui forse non si sono messi bene in conto anche gli effetti potenzialmente negativi e il rischio di una sostanziale eterogenesi dei fini, specialmente sul piano del recupero del degrado sociale. Non va dimenticato, infatti, che la gestione degli indici volumetrici e degli altri parametri edilizi e la regolamentazione delle destinazioni funzionali risponde ad un'esigenza di vivibilità e di ordinata convivenza tra attività diverse e non sempre facilmente compatibili, la cui rinuncia può avere effetti sociali ma anche economici non ben ponderati.

In quarto luogo, è innegabile che intervenire su contesti già urbanizzati, e di regola degradati, secondo la vocazione propria della rigenerazione, implica procedure estremamente complesse, che si misurano con un regime vincolistico diffuso, per quanti sforzi di semplificazione amministrativa siano stati compiuti negli ultimi anni, e con la difficoltà di

²⁴ Su cui sia consentito il rimando a M. GORLANI, *Il nucleo intangibile dell'autonomia costituzionale dei Comuni*, in *Forumcostituzionale*, 2020, 1.

trovare strumenti efficaci ed equi di collaborazione organica tra pubblico e privato. L'esperienza legislativa ha dato vita a modelli variegati – dalle società di trasformazione urbana ai piani integrati di intervento – ma che spesso hanno fallito negli obiettivi perseguiti proprio perché essi richiedono una visione di lungo periodo, una direzione salda e una forza economica e amministrativa che raramente il nostro ordinamento mette a disposizione degli operatori pubblici e privati²⁵.

Tutto questo a riprova del fatto che, quando si parla di rigenerazione urbana, non ci si affaccia necessariamente su una sorta di “giardino dell'eden”, ove ci attendono *ipso facto* scenari idilliaci di ritrovata pace sociale e di ambienti vivibili, ma si può correre il rischio di vanificarne l'efficacia o, addirittura, di ottenere effetti opposti a quelli voluti, se non si agisce con consapevolezza e con gli strumenti culturali e conoscitivi idonei.

5. Un ampliamento di orizzonte: dalla rigenerazione urbana degli immobili privati alla rigenerazione urbana dei beni comuni. Uno stesso sostantivo per un obiettivo comune.

Il sostantivo “rigenerazione” non appartiene soltanto alla materia strettamente edilizia e urbanistica, ma compare anche nei sempre più diffusi regolamenti comunali che disciplinano l'utilizzo di beni e spazi comuni.

È noto infatti che, sulla scorta di una proposta di Labsus, e con capostipite l'esempio del Comune di Bologna, sempre più enti locali hanno adottato un regolamento per l'utilizzo dei beni comuni, all'interno del quale ampio spazio è dedicato all'idea di rigenerazione. Ad oggi, sono ben 252 gli enti territoriali che hanno adottato un regolamento di questa natura²⁶, inclusi molti capoluoghi di provincia. In tutti si parla di interventi di rigenerazione come di «interventi di recupero, trasformazione ed innovazione dei beni comuni, partecipi, tramite metodi di coprogettazione, di processi sociali, economici, tecnologici ed ambientali, ampi e integrati, che complessivamente incidono sul miglioramento della qualità della vita nella città».

In questo ambito, l'orizzonte sociale degli interventi di rigenerazione è assolutamente preminente. L'obiettivo che ci si pone è quello di incentivare i privati, specialmente se organizzati in forme associative di base o in enti del terzo settore, a farsi promotori del riuso per scopi sociali e collettivi di immobili pubblici dismessi – parchi, teatri, sedi di uffici abbandonate, ex scuole, impianti sportivi non più utilizzati – per rinnovarli e riadattarli alla nuova destinazione che ci si propone. Emerge a tutto tondo quell'idea di amministrazione “condivisa”²⁷ che rappresenta una formula organizzativa fondata sulla collaborazione tra

²⁵ Cfr. G.F. FERRARI, *L'idea di smart city*, cit., p. 20.

²⁶ Cfr. l'elenco e i testi su www.labsus.org.

²⁷ Cfr., sul tema, G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1997, 3-4; S. CASSESE, *L'arena pubblica: nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2001, 3.

amministrazione e cittadini e che dà attuazione al principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, co. 4, Cost. A parte i regolamenti comunali approvati a partire dall'esempio di Bologna, la norma di riferimento in questo caso è l'art. 55 del codice del terzo settore (d. lgs. 117 del 2017), che sostituisce ai moduli concorrenziali del codice dei contratti pubblici le forme della co-programmazione, co-progettazione e convenzionamento per la gestione condivisa di attività di interesse generale. Il filo conduttore di queste discipline – art. 55 Cts; regolamenti comunali sui beni comuni – è rappresentato dallo sforzo di coinvolgere in prima persona i cittadini e le loro forme associative in una responsabilità collettiva, il cui intento è, attraverso una rigenerazione funzionale di immobili dismessi, anche e soprattutto quello di una vera e propria rigenerazione sociale.

La locuzione “rigenerazione urbana” assume così una pluralità di significati, accomunati dall'obiettivo di dar vita, mediante il connubio di risorse pubbliche e private e mediante la compenetrazione tra iniziativa privata e regolazione pubblica, a realtà più eque, a partire dalla riqualificazione del tessuto urbano. In questo senso, essa diventa uno strumento per riportare al centro del dibattito politico e delle politiche pubbliche temi di eguaglianza sostanziale che, da tempo, sembravano superati.

Assumendo l'obiettivo di riprogettare città inclusive e vissute in modo partecipato e responsabile, la rigenerazione urbana esce dagli stretti confini della disciplina urbanistica e diventa così un obiettivo costituzionale primario.

**La gestione degli affari legali in un
ente locale, tra prassi ed evoluzioni.
Profili organizzativi e risvolti contabili
del “Servizio Contenzioso” nel
Comune di Monteroni di Lecce**

Antonio Mitrotti

Numero 3/2022
30 settembre 2022

La gestione degli affari legali in un ente locale, tra prassi ed evoluzioni.

Profili organizzativi e risvolti contabili del “Servizio Contenzioso” nel Comune di Monteroni di Lecce

di Antonio Mitrotti*

Sommario

1. Premesse sulla rilevanza degli affari legali in un ente locale. – 2. Fuor d’ogni dubbio: l’inquadramento dei servizi legali. – 3. Perché il tema degli affari legali è più sentito negli enti locali: un’analisi sui risvolti contabili ed organizzativi, con cenni sul ruolo del Segretario. – 4. La gestione del Servizio Contenzioso nel Comune di Monteroni di Lecce.

Sintesi

Si penserebbe mai alla gestione degli affari legali come una “problematica” al cuore dell’autonomia di un ente locale? Probabilmente, di primo acchito, non si penserebbe affatto. Anzi in molti sarebbero portati – addirittura – a concepire con superficialità il tema degli affari legali: come una materia del tutto avulsa rispetto alle funzioni degli enti locali. Eppure (ad eccezione degli enti locali di due Regioni a Statuto speciale) nel panorama policentrico delle Amministrazioni “costituenti” la Repubblica italiana (“delle autonomie”) un ente comunale difficilmente potrebbe usufruire delle attività di supporto, di consulenza e di patrocinio dell’Avvocatura dello Stato: cui ricorrono, invece, obbligatoriamente tutte le amministrazioni statali, in maniera “facoltativa” le Regioni e su di una “apposita” autorizzazione (solo) “alcuni” enti non statali. Se ciò fosse poi parallelamente letto alla luce dell’ulteriore elemento – nevralgico – in base a cui la stragrande maggioranza degli enti locali, medio/piccoli, in Italia si ritrova ad essere strutturalmente scoperta di un’avvocatura interna allora la gestione degli affari legali, la connessa eventualità del ricorso al particolare mercato dei servizi legali (un mercato di “servizi” del tutto a sé), con l’opzione – sullo sfondo – di una “alternativa” costituzione dell’avvocatura comunale, diventano aspetti decisionali assolutamente importanti – se non davvero strategici – sotto plurimi punti di vista per la quotidiana vita istituzionale ed amministrativa di un ente locale: iniziando dal piano di una “sana” amministrazione delle risorse disponibili, passando per i nodali aspetti della migliore organizzazione degli uffici e dei servizi nell’ente, fino a giungere – in generale – sotto la fondamentale prospettiva dell’efficacia ed efficienza delle funzioni amministrative in concretezza “tutelate” attraverso l’andamento degli affari legali dell’ente. Il tutto si estende nella congiunta ottica del “legittimo” e

* Ricercatore di Diritto Amministrativo nell’Università del Salento.

“maggiore” soddisfacimento possibile degli interessi pubblici curati per mezzo della “concreta” gestione degli affari legali in un ente locale. Una gestione però che spesso assiste alla pericolosissima confusione – delle Amministrazioni locali – tra i porosi confini della prassi e gli irremovibili punti teorici della materia: con tutti i potenziali “risvolti” evolutivi (non sempre positivi).

In ragione di queste sintetiche premesse, il presente contributo si offre di affrontare il caso della “gestione” degli affari legali nel Comune di Monteroni di Lecce: per analizzare la prassi, studiarne le evoluzioni ma soprattutto per cogliere i possibili aspetti oggetto di perfezionamento. Così da giungere all’elaborazione di una proposta teorico/pratica aderente ad una soluzione migliorativa, in sé aggiornata ai recenti sviluppi normativi ed alla pertinente interpretazione della giurisprudenza amministrativa e contabile.

Abstract

Would one ever think of the management of legal affairs as an 'issue' at the heart of a local authority's autonomy? Probably not at first glance. On the contrary, many would be inclined to conceive of the subject of legal affairs with superficiality: as a matter completely divorced from the functions of local authorities. And yet (with the exception of the local authorities of two Regions with a special statute) in the polycentric panorama of the administrations “constituting” the Italian Republic (“of the autonomies”) a municipal authority could hardly make use of the support, consultancy and advocacy activities of the “Avvocatura dello Stato”: to which, on the other hand, all state administrations have compulsory recourse, the Regions in an “optional” manner and on a “special” authorisation (only) “some” non-state bodies. If this were then to be read in parallel in the light of the further – neuralgic – element whereby the vast majority of medium/small local authorities in Italy find themselves structurally without an in-house lawyer then the management of legal affairs, the related possibility of recourse to the particular market of legal services (a market of “services” entirely in its own right), with the option – in the background – of an 'alternative' constitution of the municipal lawyers' office, become absolutely important decision-making aspects – if not truly strategic – from multiple points of view for the daily institutional and administrative life of a local authority: starting with the plan of a “sound” administration of the available resources, passing through the nodal aspects of the better organisation of the offices and services in the entity, until arriving – in general – under the fundamental perspective of the effectiveness and efficiency of the administrative functions in concrete 'protected' through the performance of the legal affairs of the entity. Everything extends in the joint perspective of the 'legitimate' and 'greatest' possible satisfaction of the public interests taken care of through the 'concrete' management of legal affairs in a local authority. A management, however, that often witnesses the very dangerous confusion – of local administrations – between the porous boundaries of practice and the immovable theoretical points of the matter: with all the potential evolutionary 'implications' (not always positive).

Because of these brief premises, this thesis offers to tackle the case of the “management” of legal affairs in the Municipality of Monteroni di Lecce: in order to analyse the practice, study its evolutions, but above all to grasp the possible aspects that could be improved. So as to arrive at the elaboration of a theoretical/practical proposal adhering to an improved solution, in itself updated to recent regulatory developments and to the relevant interpretation of administrative and accounting jurisprudence.

Parole chiave

Enti locali; Territorio; Servizi legali; Concorrenza; Servizio Contenzioso; Segretario comunale; Contabilità pubblica.

1. Premesse sulla rilevanza degli affari legali in un ente locale.

L'approccio alla realtà istituzionale, normativa ed amministrativa degli affari legali in un ente locale (degli eterogenei problemi dischiusi nella sana ed efficace tenuta del servizio legale) potrà apparire, di primo acchito, come un tema connotato da venature di carattere per lo più teorico, quand'anche addirittura un argomento intrinsecamente avulso dal collegamento (diretto) con le funzioni di "amministrazione attiva" degli enti locali.

Ed invece (a ben riflettere) se guardassimo a tutto tondo la sfera giuridica degli affari legali di un ente locale e se (per intendersi) ne cogliessimo le sue plurime (ancorché intrecciate) angolazioni prospettiche ci si accorgerebbe (all'opposto) di affrontare un tema capace di incidere (con recisa concretezza) sulle nodali scelte organizzative di competenza dell'ente locale, messo alla prova delle proprie (autentiche) capacità di autonomia¹.

¹ Per una recente analisi sui tratti di concreta estensione e fisionomia degli spazi oggi legittimamente dispiegabili dall'autonomia di un ente territoriale – con aggiornamenti alla luce della vigente sfera dei "rapporti" competenziali tra Stato, Regioni ed enti locali – sia consentito il rinvio agli approfondimenti sviluppati in A. MITROTTI, *L'interesse nazionale nell'ordinamento italiano. Itinerari della genesi ed evoluzione di un'araba fenice*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020. Naturalmente il concetto di autonomia affonda le proprie radici nella tradizione degli studi classici del diritto pubblico italiano, per cui pare prezioso, qui, rinviare *ex plurimis* alle autorevoli riflessioni maturate in V.E. ORLANDO, *Su l'autonomia comunale. Note e proposte*, in *Archivio di Diritto Pubblico e dell'Amministrazione italiana*, n. 6/1902, pp. 353-359; S. ROMANO, *Gli interessi dei soggetti autarchici e gli interessi dello Stato*, in *Studi di diritto pubblico in onore di Oreste Ranelletti nel XXXV anno d'insegnamento*, Padova, Cedam, 1931, pp. 431-441; A. AMORTH, *Il problema della struttura dello Stato in Italia. Federalismo, regionalismo, autonomismo*, Settimo Milanese, Carlo Marzorati Editore, 1945; V. SICA, *Contributo alla teoria dell'autonomia costituzionale*, Napoli, Jovene, 1951; M.S. GIANNINI, *Autonomia (saggio sui concetti di autonomia)*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 4/1951, pp. 851-883; G. TREVES, *Autarchia, autogoverno, autonomia*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 2/1957, pp. 277-292; M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè, Vol. I, 1970, in specie pp. 147-218; E. GUSTAPANE, *"Autarchia": profilo storico di un termine giuridico in disuso*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 1/1980, pp. 200-210. Per un'analisi che tenga – per altro – conto del retroterra filosofico e politologico del concetto di autonomia si leggano in particolare N. BOBBIO, *Autonomia*, in *Parolechiave*, n. 4/1994, pp. 11-20; L. MANNORI, *Autonomia. Tracciato di un lemma nel vocabolario amministrativo italiano dal Settecento alla Costituente*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, n. 1/2014, pp. 26-37; L. RONCHETTI, *L'autonomia e le sue esigenze*, Milano, Giuffrè, 2018. Dopo la nota riforma costituzionale del 2001 in Italia il punto dei realistici spazi di autonomia degli enti territoriali "sub-statali" è divenuto sempre più importante (ma pure notevolmente più complesso e "soggettivamente" articolato) in ragione dell'accresciuta dialettica ("vivace") tra le vitali garanzie costituzionali nell'assetto policentrico e multilivello del governo nella – così detta – "Repubblica delle Autonomie" e le controbilanciate "limitazioni" statali per l'unitarietà – e l'uniformità – del nostro ordinamento, tale per cui risultano senz'altro di estremo interesse le efficaci osservazioni di M. CAMELLI, *Amministrazione (e interpreti) davanti al Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, n. 6/2001, pp. 1273-1304; G. D'AURIA, *Funzioni amministrative e autonomia finanziaria delle Regioni e degli enti locali*, in *Il Foro Italiano*, n. 7-8/2001, pp. 212-222; G. FALCON, *Funzioni amministrative ed enti locali nei nuovi artt. 118 e 117 della Costituzione*, in *Le Regioni*, n. 2-3/2002, pp. 383-398; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *L'autonomia istituzionale e normativa degli Enti locali dopo la revisione del Titolo V, parte II della Costituzione. Il caso dei controlli*, in *Le Regioni*, n. 2-3/2002, pp. 445-482; F. MERLONI, *La leale collaborazione nella Repubblica delle autonomie*, in *Diritto*

Dall'andamento degli affari legali dipende (per incominciare) l'effettiva consistenza di fattori condizionanti la sana amministrazione delle risorse economiche dell'ente, dipendono ad esempio le corrette fasi di programmazione, gestione e rendicontazione delle spese (non solo "ricorrenti", ma anche potenziali²) dei servizi legali (nell'ottica, pregnante, di evitare pericolose ed inaspettate "sorprese" per l'equilibrio dei bilanci), finanche condizionando, per l'effetto, certuni ed intimi profili "organizzativi" (degli uffici, come del personale) nel Comune: giacché strumentali a garantire imparzialità, buona amministrazione e sana "gestione" (specie, contabile e finanziaria) dei "beni" tutelati attraverso i "servizi legali".

Pubblico, n. 3/2002, pp. 827-880; A. RUGGERI, *La ricomposizione delle fonti in sistema, nella Repubblica delle autonomie, e le nuove frontiere della normazione*, in *Le Regioni*, n. 4/2002, pp. 699-728; R. BIN, *Le deboli istituzioni della leale collaborazione*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 6/2002, pp. 4184-4190; A. D'ATENA, *Le autonomie sub-statali e le loro garanzie istituzionali*, in *Rassegna Parlamentare*, n. 3/2005, pp. 643-671; B. CAVALLO, *Teoria e prassi della Pubblica Organizzazione*, Milano, Giuffrè, 2005; F. MERLONI, *Il paradosso italiano: "federalismo" ostentato e centralismo rafforzato*, in *Le Regioni*, n. 4/2005, pp. 469-474; A. PIOGGIA, L. VANDELLI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie nella giurisprudenza costituzionale. Regioni ed enti locali dopo la riforma del Titolo V*, Bologna, il Mulino, 2006; T. GROPPI, *Il Titolo V cinque anni dopo, ovvero la Costituzione di carta*, in *Le Regioni*, n. 3-4/2007, pp. 421-432; V. ONIDA, *Più o meno autonomia? Itinerari per una risposta articolata*, in *Le Regioni*, n. 2-3/2011, pp. 575-580; G. PASTORI, *Le autonomie territoriali nell'ordinamento repubblicano*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, n. 1/2014, pp. 1-9; G. C. DE MARTIN, *Il disegno autonomistico disatteso tra contraddizioni e nuovi scenari problematici*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 1/2014, pp. 21-45; L. VANDELLI, *Il sistema delle autonomie locali*, Bologna, il Mulino, 2015; F. BASSANINI, F. CERNIGLIA, A. QUADRIO CURZIO, L. VANDELLI (a cura di), *Territori e autonomie. Un'analisi economico-giuridica*, Bologna, il Mulino, 2016; M. GORLANI, *Il nucleo intangibile dell'autonomia costituzionale dei Comuni*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 1/2020, pp. 121-133.

² Laddove occorre – altresì – precisare che per "spese ricorrenti" andrebbero, senz'altro, intese tutte quelle somme "ripetutamente" impegnate con regolarità negli ultimi (cinque) esercizi in ordine al ("preventivato") costo "riconducibile" ai servizi legali oggetto di 'ciclico' affidamento e quindi di forme di esternalizzazione degli enti locali (strutturalmente) privi di un'avvocatura interna, mentre per "spese potenziali" vanno, piuttosto, intese "tutte" quelle ("eventuali") somme che l'ente "potenzialmente" sarebbe "tenuto" a pagare all'esito finale dei contenziosi di cui è parte (con il rischio, per intendersi, di un potenziale pagamento delle, diverse, somme in concretezza legate al *petitum* della domanda, alle spese degli avvocati di controparte per l'ipotesi di soccombenza e nondimeno al pagamento delle non infrequenti spese per le condanne di liti "temerarie", senza oltre tutto dimenticare mai – o ignorare – le possibilità di pagamento delle, così dette, "astreintes" contemplate – di recente – anche nell'ordinamento italiano). Sennonché «il principio della prudenza impone la definizione di una serie di adeguati accantonamenti nel risultato di amministrazione (punto 9, allegato 1, del D.lgs. n. 118/2011). In particolare il principio contabile 9.2 dell'allegato 4/2 del D.lgs. n. 118/2011 individua tra gli accantonamenti il fondo spese e rischi dedicato alle passività potenziali e il principio 5.2 lettera h) dell'allegato 4/2 del D.lgs. n. 118/2011 prevede la costituzione obbligatoria del fondo rischi contenzioso qualora, a seguito di controversia giudiziaria, sussista la significativa probabilità di soccombenza oppure si è in presenza di sentenza di condanna, non definitiva o non esecutiva, al pagamento di una somma di denaro. La consistenza dell'accantonamento al fondo dev'essere tale da consentire l'eventuale pagamento degli oneri originati dai provvedimenti giudiziari, evitando così che impreviste passività incidano negativamente sugli equilibri di bilancio. A tal proposito la Sezione delle Autonomie con la deliberazione n. 14/2017/INPR (anche deliberazione n. 9/2016/INPR) ha affermato che "Particolare attenzione deve essere riservata alla quantificazione degli altri accantonamenti a fondi, ad iniziare dal fondo contenzioso, legato a rischi di soccombenza su procedure giudiziarie in corso. Risulta essenziale procedere ad una costante ricognizione e all'aggiornamento del contenzioso formatosi per attestare la congruità degli accantonamenti, che deve essere verificata dall'Organo di revisione. Anche in questo caso, la somma accantonata non darà luogo ad alcun impegno di spesa e confluirà nel risultato di amministrazione per la copertura delle eventuali spese derivanti da sentenza definitiva, a tutela degli equilibri di competenza nell'anno in cui si verificherà l'eventuale soccombenza"» Corte dei Conti, Sezione Regionale di Controllo per la Basilicata, deliberazione 29 aprile 2021, n. 31.

Di talché il concreto assetto del “servizio legale” in un ente locale è tutt’altro che un profilo marginale (già solo a partire da questi brevi cenni): né potrebbe mai ascrivere al novero di quelle tematiche scovre di stringenti ricadute “pragmatiche” sulle attività amministrative di un ente locale e sulla sua vita istituzionale.

Anzi in tutto ciò non andrebbe, per nulla, trascurato il legame insistente tra l’Ente comunale e la sua funzione fondamentale di sviluppo socio-economico del territorio, di competenza *ex art.* 13 del D.Lgs. 267/2000: da cui viene infatti a discendere, come arma a doppio taglio, il parallelo rilievo sia di finalità in qualche misura “veicolanti” la direzione solcabile dagli organi competenti nella definizione dell’esatta fisionomia dei “servizi legali” nell’ente (se per un istante considerassimo le effettive ricadute sul territorio di determinate scelte organizzative dei servizi legali nell’ente), sia (per altro verso) l’essenziale obbiettivo amministrativo di prevenire e “rimuovere” i potenziali fenomeni corruttivi nascosti tra le opache pratiche clientelari che spesso purtroppo emergono dai legami (ereditari, più che fiduciari) coi professionisti “scelti”³.

In altri termini, l’ineludibile aleatorietà dell’insorgenza di vari tipi di contenzioso unita alla tecnicamente complessa gestione amministrativa e contabile della globalità degli affari legali (tanto di carattere consultivo, come di “natura” giustiziale, quanto di tipo puramente “stragiudiziale”) fanno sì che elementi di fatto e principi di diritto vadano quasi di pari passo nella costituzione della materia dei “servizi legali” in un ente locale: alimentando la complessità di una realtà trasversale alla quotidiana vita di ogni ente, che perciò necessita sempre più dell’attenta individuazione osmotica delle opportune soluzioni legittimamente applicabili per gestire al meglio gli affari legali. Guardando dai profili organizzativi interni, sino all’immaginabile possibilità di esternalizzare tutta o parte dell’attività legale dell’ente: cosa non così semplice, sotto gli interconnessi profili teorici e pratici.

Ecco perché prima di passare al caso del Comune di Monteroni di Lecce appare utile un preliminare inquadramento analitico del (peculiare) mercato dei “servizi legali”, focalizzandone prassi ed evoluzioni: non già per una mera (e tedante) ricostruzione teorica, quanto per

³ «Come [infatti] noto, la corruzione lato sensu ricomprende ormai nel suo ambito operativo anche fattispecie non aventi rilevanza penale, ma che sottendono una distorsione dei crismi dell’agire amministrativo» M. CERUTI, *Le linee guida di ANAC n. 12 sui servizi legali*, in *Rivista Trimestrale degli Appalti*, n. 3/2019, p. 808. Qui l’Autore richiama per altro le analisi sviluppate in M. NESI, *Gli incarichi legali, incarichi fiduciari o incarichi clientelari?*, in *Appalti & Contratti*, n. 10/2012, pp. 60-68; A. RENNA, *La lotta alla corruzione negli incarichi legali: un «caso» italiano*, Roma, 27 settembre 2018, reperibile online all’indirizzo www.4clegal.com. Per degli utili riferimenti giurisprudenziali sul fenomeno corruttivo nell’azione amministrativa appare qui interessante rimandare alle diverse considerazioni sviluppate in relazione alle fattispecie trattate da: Cons. Stato, Adunanza della Commissione Speciale, parere 30 agosto 2016, n. 1903; TAR Toscana, Sez. I, sent. 27 dicembre 2017, n. 1683; Con. Stato, Sez. V, sent. 11 gennaio 2018, n. 126; TAR Campania, Sez. VI, sent. 20 marzo 2019, n. 1553; Cons. Stato, Sez. VI, sent. 14 dicembre 2021, n. 8336; Cons. Stato, Sez. IV, sent. 4 gennaio 2022, n. 26.

intelligere (e vedere dentro) le soluzioni apportabili agli attuali profili organizzativi dello specifico 'Servizio Contenzioso' nel Comune di Monteroni di Lecce.

2. Fuor d'ogni dubbio: l'inquadramento dei servizi legali.

Sul generale incrocio dei rapporti tra esigenze delle Pubbliche Amministrazioni ed interessi degli operatori economici ad “emergere” nei mercati, in libera concorrenza, il settore dei servizi legali assume ad una posizione del tutto peculiare, in ragione di due tipologie di fattori “straordinari”: uno “soggettivo” e l'altro “oggettivo”.

Sotto il profilo soggettivo il mercato dei servizi legali si caratterizza per il fatto che i suoi operatori economici non siano, in sostanza, degli imprenditori, veri e propri: giacché gli “erogatori” del servizio presentano (in verità) il presupposto indefettibile di essere soggetti abilitati all'esercizio della professione forense in Italia o comunque in uno degli Stati membri UE. Per altro verso, anche quando accada che uno o più avvocati decidano di dotarsi dell'organizzazione e mezzi necessari alla assunzione e gestione a proprio rischio (*ex art. 1655 c.c.*) dell'esecuzione del servizio legale in via imprenditoriale in realtà permarrebbe sempre e comunque la responsabilità personale della prestazione forense, a mente degli articoli 4 e 4 *bis* della L. 247/2012: in forza di cui il principio di personalità della prestazione resiste anche al di là dell'esercizio in via associata, societaria o (comunque) delle forme imprenditoriali del “servizio legale”⁴.

In secondo luogo, sul piano oggettivo (e quale conseguenza del fattore soggettivo) i servizi legali costituiscono prestazioni fisiologicamente “avvinte” da un rapporto di carattere fiduciario tra soggetto che beneficia del servizio ed operatore che lo eroga: secondo uno stretto legame di fiducia assente per il vero in altri mercati di servizi. È difatti pacifico che per i servizi legali debba sempre sussistere un *intuitus* tra le parti: *sub specie* di “*intuitu personae*” qualora la prestazione professionale sia affidata al singolo avvocato e (d'altro canto) *sub specie* dell’“*intuitu rei*” laddove le prestazioni legali fossero affidate a soggetti imprenditorialmente organizzati.

Pertanto al netto dell'indiscutibile rilievo costituzionale del “servizio legale”, rispetto all'effettività di un principio supremo dell'ordinamento come è quello di cui all'art. 24 Cost., e valutata la rigorosa disciplina *ratione materiae* applicabile all'esercizio della professione forense non si può affatto prescindere da un'iniziale e fondamentale puntualizzazione per l'approccio al mercato dei servizi legali che costituisce quasi un mercato a sé: nella misura in cui possiede (a differenza di altri mercati) un legame peculiare tra Pubbliche Amministrazioni ed “operatori

⁴ Molto interessanti appaiono le lucide ricostruzioni sulle caratteristiche della prestazione legale nel volume di M. LUCCA, *Incarichi di consulenza e di servizi legali. Guida completa alle procedure*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2020, p. 389 ss.

economici”, strutturalmente, tangibile e tastabile nell’intrinseca fiducia e nell’*intuitus* che (di fatto come in diritto) uniscono generalmente un avvocato ed il suo cliente nonché in quest’ipotesi specifica le Amministrazioni e gli operatori economici dei servizi legali.

Naturalmente le peculiarità del mercato dei “servizi legali” devono anche essere lette sotto la specifica angolazione visuale, ed il ruolo, di una Pubblica Amministrazione: che da una parte ha interesse a scegliere operatori economici meritevoli di quella debita fiducia per l’affidamento di un “servizio legale”, ma dall’altra parte non può neppure eludere la propria nodale posizione di ente funzionale al perseguimento delle finalità pubbliche enucleate in Costituzione ed evolutivamente fissate dal legislatore (in ragione dell’irrinunciabile principio di legalità a base dell’azione amministrativa).

È proprio per questo che alla luce degli articoli 1, 3, 81, 97, 98, 114, 117, 118 e 119 Cost. e finanche di diverse disposizioni contemplate a livello legislativo (dalla L. 241/1990, passando per la L. 190/2012 ed il D.Lgs. 33/2013, fino al D.Lgs. 50/2016) le Pubbliche Amministrazioni non dovrebbero considerare gli affidamenti dei servizi legali come attività concluse *iure privatorum*: prima di tutto perché è (davvero) un falso mito che il carattere fiduciario insito nella selezione degli operatori economici nei servizi legali sia incompatibile rispetto ai principi dell’azione amministrativa⁵, poi perché non esistono nell’ordinamento ragionevoli giustificazioni (salvo ipotesi eccezionali e straordinarie⁶) per escludere dalla competizione (aperta) sul mercato l’affidamento delle *utilitas* di matrice pubblica che accuratamente dovrebbero essere programmate e gestite “sempre” per la più efficace ed economica amministrazione degli affari legali di un ente⁷, nonché, fra l’altro, per la migliore garanzia dei beni tutelati attraverso i “servizi legali” di cui le Amministrazioni si avvalgono⁸.

⁵ «La rilevanza dell’elemento fiduciario per i contratti di patrocinio legale e di assistenza e consulenza episodica non può [affatto] portare alla scelta libera e incondizionata dell’avvocato da parte dell’Ente pubblico perché la natura giuridica di quest’ultimo e l’impiego [razionale e sano] di risorse pubbliche impongono il rispetto di parametri di legittimità e di principi propri dell’agire amministrativo» E. FOLLIERI, *Gli incarichi legali conferiti dalle pubbliche amministrazioni. Convegno organizzato da C.N.F. e Fondazione C.N.F.*, Roma 25 ottobre 2017, p. 1, agevolmente consultabile on line all’indirizzo www.consiglionazionaleforense.it.

⁶ Per un utile commento critico sull’eccezionalità e straordinarietà del ricorso all’affidamento diretto di un incarico di patrocinio legale da parte di un ente pubblico si leggano le pungenti considerazioni in A. RUSSO, *Dalla straordinarietà all’ordinarietà dell’affidamento diretto del patrocinio legale: brevi note a margine del parere del Consiglio di Stato e delle linee guida Anac sugli affidamenti dei servizi legali*, in *Federalismi.it*, n. 22/2018, pp. 2-11. Più in generale si confronti – *ex plurimis* – F. P. BELLO, *I servizi legali tra vocazione fiduciaria e istanze di proceduralizzazione*, in *ItaliAppalti.it*, 28 settembre 2018, consultabile on line sul sito www.italiappalti.it.

⁷ Infatti un «ente pubblico, per la funzionalizzazione della sua attività e per il vincolo derivante dalla normativa sulla contabilità pubblica, deve rispettare [sempre] le regole dell’evidenza pubblica che, in certo modo, vincola la scelta» E. FOLLIERI, *Gli incarichi legali conferiti dalle pubbliche amministrazioni. Convegno organizzato da C.N.F. e Fondazione C.N.F.*, Roma 25 ottobre 2017, p. 1, pubblicazione consultabile on line sul sito www.consiglionazionaleforense.it.

⁸ Notevolmente convincenti appaiono le argomentazioni sviluppate in M. CERUTI, *Le linee guida di ANAC n. 12 sui servizi legali*, in *Rivista Trimestrale degli Appalti*, n. 3/2019, pp. 807-860.

Fuor di ogni dubbio emerge un quadro composito e peculiare, per l'appunto, rispetto agli altri mercati dei servizi di cui si avvalgono le nostre Pubbliche Amministrazioni: in estrema sintesi la regolazione del mercato dei servizi legali è storicamente figurata come un acceso campo di contesa tra l'interesse professionale degli avvocati a non farsi appiattare alla stregua di puri operatori economici, gli interessi di numerosissime Amministrazioni bloccate, pressoché, a metà strada tra la scelta fiduciaria di un operatore ed il fondamentale rispetto dei principi generali e delle particolari forme procedurali sottese all'azione amministrativa, nonché (da ultimo) l'emersione, energica, delle posizioni dell'ANAC, quale autorità interessata a persuadere tutti i soggetti potenzialmente coinvolgibili in relazione alle più chiare ed uniformi linee per configurare la concreta traduzione dei principi (e delle forme) di affidamento dei "servizi legali".

Per il vero l'energico ruolo dell'ANAC nel perimetro di vigilanza e regolazione delle attività contrattuali all'interno dello specifico mercato dei servizi legali è originato soprattutto in seguito all'entrata in vigore del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, a propria volta posto in essere in recepimento delle, altrettanto celebri, Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE: laddove è attualmente possibile rinvenire il complessivo quadro delle competenti fonti europee e nazionali che hanno impresso nell'ordinamento italiano il più chiaro e sereno superamento del risalente ed ambiguo regime che differenziava in maniera *tranchant* l'affidamento del singolo ed episodico incarico legale, *ad hoc*, rispetto all'aggiudicazione di incarichi complessi e strutturati nell'oggetto delle prestazioni, nell'organizzazione dei mezzi necessari a realizzarle e nella puntuale predeterminazione (esatta) della durata dell'affidamento.

Già il D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 157⁹, conosceva, bene, le distinzioni tra affidamento dei singoli incarichi legali episodici/occasionalmente ed affidamenti di servizi complessi ed articolati che (per intendersi) non si esaurissero nella sola difesa giudiziale, ma si estendessero a garantire prestazioni più *ampie* e continuative per un arco temporale *determinato*.

Si tratta di una tradizionale distinzione finanche veicolata nella successiva Direttiva 2004/18/CE, poi, recepita dal D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

Il punto è che questa, pur, risalente distinzione è stata oggetto di un notevole cambio di rotta e di un sensibile mutamento di regime proprio a partire dal vigente D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, e soprattutto ad iniziare dal forte impulso, energicamente, prodotto dalle Linee guida dell'ANAC: in rapporto (*ratione materiae*) alle Linee guida n. 12, approvate con delibera n. 907 del 24/10/2018¹⁰.

⁹ Esattamente posto in essere sotto l'"evocativa" rubrica di «Attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi».

¹⁰ Rubricate «Affidamento dei servizi legali». Sul punto autorevole parte della dottrina ha ragionato di «linee guida atipiche [che, per intendersi,] sono quelle previste dall'art. 213, comma 2, del codice dei contratti pubblici, che [...] non hanno funzione integrativa della disciplina primaria e rappresentano "atti di indirizzo", strumenti di regolazione flessibile [...]. Secondo il parere del Consiglio di Stato, reso sul codice dei contratti pubblici, le linee guida che perseguono lo scopo di fornire indirizzi e istruzioni operative alle stazioni appaltanti non hanno

Prima del vigente Codice dei Contratti Pubblici, infatti, erano diverse e pure piuttosto consolidate le correnti giurisprudenziali che escludevano la necessarietà del ricorso a procedure comparative per l'affidamento d'incarichi occasionati da puntuali esigenze di patrocinio legale dell'ente o da consulenze legali episodiche ed occasionali¹¹; in tale ottica ciò che si chiedeva alle Amministrazioni era unicamente il rispetto dei principi di trasparenza ed adeguata motivazione, per rendere almeno evidenti verso l'esterno le ragioni che avessero indotto a riporre la fiducia dell'ente su di un certo avvocato.

In realtà, appariva chiaro che questi orientamenti giurisprudenziali fossero mossi da sottaciute "categorie" di preoccupazioni pratiche (ed in qualche modo convergenti): se pensassimo alle pressioni del mondo forense, ai "desideri" degli amministratori locali di "indirizzare" le "scelte" su avvocati del territorio ed alle non sottovalutabili difficoltà pratiche che si "frapponevano" alle Amministrazioni per espletare selezioni in "concorrenza" tra avvocati.

Altrettanto chiara, tuttavia, era la forzatura insita nell'escludere forme di selezioni, pur blande, dall'affidamento d'incarichi occasionali di patrocinio o di consulenza legale: essendo latente, quand'anche evidente, che il rischio fosse perdere di vista i "principi" costituzionali d'imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa (coi suoi corollari, tra cui l'efficacia ed economicità dell'azione pubblica), senza dimenticare la trasversalità di tutela della concorrenza rispetto ad un "mercato" non marginale per l'ente locale.

Oltre tutto il risultato più certo era quello di ingenerare nell'ordinamento una radicale e *tranchant* differenziazione tra l'affidamento dei "singoli" incarichi "occasionalmente" e contingenti

un carattere vincolante, a differenza [cioè] di quelle che integrano una disciplina primaria lacunosa e a cui lo stesso codice affida la disciplina di dettaglio degli istituti [...]. È, dunque, una linea guida che si ascrive alla tipologia c.d. atipica, non prevista in via specifica da nessuna disposizione del codice, legittimata dal potere di indirizzo generale di cui all'art. 213, comma 2»; E. FOLLIERI, *Gli incarichi legali conferiti dalle pubbliche amministrazioni. Convegno organizzato da C.N.F. e Fondazione C.N.F.*, Roma 25 ottobre 2017, pp. 11-12, documento pubblicato e consultabile con agilità on line all'indirizzo www.consiglionazionaleforense.it.

A dirla tutta codesta linea interpretativa della dottrina ha poi rinvenuto delle significative conferme nella successiva lettura autorevolmente data dal Consiglio di Stato, per cui «si tratta, dunque, di linee guida non vincolanti che, alla luce dei criteri generali già definiti dal Consiglio di Stato (comm. spec., parere 1° aprile 2016, n. 855), hanno natura di provvedimenti amministrativi» Cons. Stato, Adunanza della Commissione Speciale, parere 3 agosto 2018, n. 2017, par. I. Senonché dottrina e giurisprudenza, ad unisono, hanno tenuto a puntualizzare attentamente che rispetto alle Linee guida ANAC n. 12 «le stazioni appaltanti possono discostarsene ma, in tal caso, è richiesta l'adozione di un atto recante un'adeguata e puntuale motivazione, anche ai fini di trasparenza, che indichi le ragioni della diversa scelta amministrativa» C. FORNARI, *L'affidamento esterno dei servizi di tutela legale dell'ente locale*, in *Appalti & Contratti*, n. 1-2/2018, p. 33.

¹¹ In particolare si rinvia alla celebre decisione del Cons. Stato, Sez. V, sent. 11 maggio 2012, n. 2730; una sentenza "miliare" per quel momento, che ha consolidato la preesistenza in senso "conforme" di tante altre pronunce (tra cui, *ex multis*, si veda Cons. Stato, Sez. V, sent. 29 gennaio 2008, n. 263) e poi, sempre, "conformemente" richiamata negli orientamenti giurisprudenziali della materia (si legga TAR Campania - Salerno, Sez. II, sent. 16 luglio 2014, n. 1383 e 28 maggio 2015, n. 1197), per lo meno in quegli orientamenti che hanno di fatto preceduto l'entrata in vigore del vigente D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 nonché soprattutto le celebri Linee guida ANAC n. 12/2018, da considerarsi spartiacque e – senza esagerazioni – i punti di svolta anche per la stessa sensibilità del Giudice Amministrativo in materia di "servizi legali".

sottratti a qualsiasi selezione e procedura concorrenziale (da un lato) e l'affidamento di complessi incarichi continuativi e periodici sottoposti (dall'altro lato) a necessarie procedure di appalto, sia pur semplificate: così da prestare il fianco all'inveramento di artificiose forme di frazionamento degli incarichi complessi in una serie fiduciaria di incarichi svincolati da ogni selezione e non di rado retti da motivazioni di stile (al loro interno) celanti notevoli criticità (e non solo dal punto di vista della legittimità degli atti).

Ecco perché si è arrivati all'innovativa disciplina del vigente Codice dei Contratti Pubblici: nonché alle celebri Linee guida ANAC n. 12.

La prima innovazione è strettamente terminologica: pur racchiudendo una “gravida” valenza giuridica. Giacché oggi il legislatore ha spazzato via i dubbi interpretativi riguardo l'estensione della nozione di “servizi legali”, all'interno dei quali rientrano a pari titolo sia i singoli incarichi occasionali, ed episodici, che i complessi incarichi di patrocinio e consulenza legale continuativi e periodici: eliminando perciò i dubbi di qualificazione che in passato hanno attanagliato più di qualcuno (forse in maniera un po' strumentale) circa gli incarichi occasionati da puntuali e contingenti esigenze.

Sul punto gli scettici (tradizionalisti) potrebbero anche di soprassalto obiettare che in ogni caso all'art. 17 il vigente Codice dei Contratti Pubblici esclude *expressis verbis* dal suo ambito applicativo i servizi: 1) di rappresentanza in arbitrati, conciliazioni e procedimenti giudiziari; 2) di consulenze in preparazione di arbitrati, conciliazioni e procedimenti giudiziari; 3) di certificazioni ed autenticazioni notarili di documenti; 4) di attività soggettivamente prestate da fiduciari, tutori ed in generale dai fornitori di servizi legali designati per legge o da organi giurisdizionali; 5) di attività connesse anche occasionalmente all'esercizio dei pubblici poteri.

In realtà non può (né deve) sfuggire a nessuno (specie ai più tradizionalisti) un punto fondamentale (già colto dall'ANAC e, peraltro, suffragato dall'autorevole esegesi giurisprudenziale): per cui i servizi legali oggetto di esclusione *ex art.* 17 CCP sono “lasciati fuori” dalla disciplina degli appalti, ma non dall'alveo dei principi generali dell'evidenza pubblica “necessaria” (suggerirebbe Giannini) al “corso” di qualsiasi trattativa tra PA e privati¹², per rendere evidenza dell'interesse tutelato attraverso l'affidamento dei contratti.

¹² La paternità dell'espressione di “evidenza pubblica” è – infatti – comunemente attribuita dalla dottrina a M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1988, Vol. II, p. 797 ss. Un po' più di recente sull'evidenza pubblica si vedano in modo particolare le preziose analisi in A. BUSCEMA, S. BUSCEMA, *I contratti della Pubblica Amministrazione*, Padova, Cedam, 1994; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, Giappichelli, 1997; E. FOLLIERI, *La tutela nei contratti della Pubblica Amministrazione nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 2/1999, pp. 295-322; M.R. SPASIANO, *L'evidenza pubblica possibile regola del libero mercato: soluzione di una dicotomia*, in *Servizi pubblici e appalti*, n. 4/2004, pp. 139-144; S. S. COCA, *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, Milano, Giuffrè, 2008; S.A. ROMANO, *Procedura ad evidenza pubblica e contratto*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 11/2014, pp. 2546-2552; A. SENATORE, *Incarichi legali ed evidenza pubblica*, in *Urbanistica e appalti*, n. 11/2014, pp. 1140-1146; A. FARÌ, *I “contratti attivi”. L'evidenza pubblica tra regole di contabilità e di mercato*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018; S. CASSESE, *Che cosa resta*

Ed è per questo che l'ANAC e gli attuali orientamenti giurisprudenziali ritengono senza dubbi che pure per i servizi legali esclusi dalla disciplina degli appalti *ex art. 17 CCP* si debbano applicare ineluttabilmente i principi d'evidenza pubblica, come d'altronde prescritto dal vigente articolo 4 del D.Lgs. 50/2016¹³: da cui i Giudici Amministrativi rinvergono l'essenzialità «di una procedura di tipo comparativo idonea a consentire, a tutti gli aventi diritto, di partecipare in condizioni di parità e uguaglianza»¹⁴.

Tutto ciò possiede un dirompente effetto “pratico” per l'attuale mercato dei servizi legali: palpabile nella posizione di diverse Pubbliche Amministrazioni che di colpo si sono ritrovate al cospetto dell'obbligo di dover dare sostanziale evidenza e, quindi, di procedimentalizzare le scelte individuanti i professionisti affidatari del singolo e contingente incarico legale.

In pratica a partire dal D.Lgs. 50/2016 e dalle successive Linee guida ANAC, n. 12, il mercato dei “servizi legali” è notevolmente cambiato: divenendo più chiaro, aperto, trasparente, concorrenziale, ma soprattutto è diventato evidente in ordine ai criteri di scelta delle Amministrazioni, non più mascherabili dietro ai dogmi della fiduciarità, con la conseguenza dell'emersione nell'ordinamento di inediti elementi giuridici che le PA devono oggi tenere in considerazione per ricorrere legittimamente al mercato dei “servizi legali”.

Illuminanti appaiono in materia le efficacissime ricostruzioni del Consiglio di Stato, da leggere pressoché alla stregua di una cartina di tornasole: e non soltanto per la chiara autorevolezza del Supremo Consesso Amministrativo, ma pure in ragione della sintetica

dell'amministrazione pubblica?, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 1/2019, pp. 1-11; R. DIPACE, *Manuale dei Contratti Pubblici*, Torino, Giappichelli, 2021 (in specie p. 3 ss.).

¹³ L'art. 4 contemplato nel D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, dispone – infatti – che tutti i contratti pubblici “esclusi” dall'applicazione della disciplina codicistica, in ogni caso, non potranno, mai, assolutamente sottrarsi al rispetto dei basilari principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela ambientale ed efficienza energetica. A tal proposito occorre osservare attentamente che il Supremo Consesso Amministrativo ha puntualizzato che «non si tratterebbe [...] di un ingiustificato e burocratico gold plating, ma di disposizione proconcorrenziale e di maggiore trasparenza anche in funzione di prevenzione della corruzione» Cons. Stato, Adunanza della Commissione Speciale, parere 21 marzo 2016, n. 855 (Articolo 4, “*Principi relativi all'affidamento dei Contratti esclusi*”, p. 60).

¹⁴ TAR Sicilia, Sez. III, sent. 6 febbraio 2017, n. 334, par. IV del Diritto. «Circa tale specifico profilo deve rilevarsi che, a seguito dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 50 del 2016, la giurisprudenza di primo grado, in occasione dell'impugnazione di un affidamento in convenzione per anni due dell'incarico di rappresentanza e difesa del Comune dinanzi alle giurisdizioni amministrative, precisava che “a differenza del precedente codice dei contratti (D.Lgs. n. 163 del 2006), l'art. 17 del vigente codice approvato con D.Lgs. n.50 del 2016 esclude espressamente dall'applicazione delle regole del medesimo l'affidamento dei servizi legali. Tuttavia a mente dell'art. 4 del medesimo decreto legislativo restano applicabili a tale tipologia di affidamento i “principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica”, riconoscendo la propria giurisdizione (TAR Campania, Napoli, 24 aprile 2018, n. 4935). Va inoltre rilevato che con la sent. n. 334 del 6 febbraio 2017, il TAR Sicilia - Palermo, Sez. III, nel giudicare l'affidamento di [...] servizi legali alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici, ha rimarcato come per esso debba essere assicurata la massima partecipazione mediante una procedura di tipo comparativo idonea a permettere a tutti gli aventi diritto di partecipare in condizioni di parità e uguaglianza» TAR Lazio, Sez. Seconda Ter, sent. 2 ottobre 2019, n. 11494, par. 1.2 del Diritto.

precisione utilizzata nel demarcare le concrete opzioni attivabili dalle PA per il legittimo ricorso al mercato dei “servizi legali”.

In particolare, a mente dei Giudici di Palazzo Spada, ogni Amministrazione potrebbe decidere di ricorrere a due differenti tipologie contrattuali di servizio legale proprio a seconda delle oggettive dimensioni organizzative dell’ente, delle attività e funzioni in concretezza esercitate e della stessa ricorrenza storica nell’ente di liti o di attività per prevenirle, tale per cui sarebbe opzionabile: 1) o il ricorso a specifici, e mirati, contratti d’opera intellettuale *ex art.* 2229 c.c., affidati nel rispetto dei principi di evidenza pubblica (*ex art.* 4 CCP) e quindi tramite formale procedimentalizzazione delle scelte dei soggetti incaricati e selezionabili a partire dall’apposita preparazione di elenchi di professionisti idonei a garantire un effettivo confronto concorrenziale¹⁵; 2) o il ricorso a veri e propri contratti di appalto *ex art.* 1655 c.c., eseguiti da strutture professionali “imprenditorialmente organizzate” per soddisfare in via indifferenziata e continuativa la globalità di tutti i bisogni legali che dovessero emergere per l’ente¹⁶ nell’alveo della durata contrattuale e (segnatamente) oggetto di affidamenti regolati dalla disciplina codicistica in materia di appalti di servizi, pur con alcune peculiarità (specie in tema di pubblicità delle procedure di affidamento)¹⁷ riconducibili alle disposizioni contemplate nell’allegato IX al D.Lgs. 50/2016, nonché agli artt. 140, 142, 143 e 144 del CCP.

¹⁵ A tal fine sarà anzitutto necessaria la pubblicazione di un avviso/bando, in sé, strumentale alla predisposizione e cura di adeguati elenchi di avvocati, suddivisi per specializzazione. Senonché all’occorrenza l’Amministrazione dovrebbe procedere a richiedere più preventivi a quegli avvocati dell’elenco particolarmente esperti, dai *curricula*, per il caso che si fosse concretizzato: quindi l’ente dovrebbe affidare l’incarico all’esito di una attenta istruttoria ed in generale a conclusione di una procedura effettivamente comparativa nonché idonea a garantire pubblicità, trasparenza ed effettiva concorrenza tra tutti gli avvocati nell’elenco. Si tiene bene a puntualizzare, per altro, come il criterio suggerito dal Consiglio di Stato non sia, affatto, quello della “rotazione” *sic et simpliciter*, bensì il criterio di “equa ripartizione”, che per l’esattezza «contiene in sé anche il principio della tendenziale rotazione, ma permette l’attribuzione ragionata degli incarichi in funzione della loro natura, delle caratteristiche del professionista» Cons. Stato, Adunanza della Commissione Speciale, parere 3 agosto 2018, n. 2017, par. VII.

¹⁶ Si tratta – dunque – di un «incarico di consulenza e di assistenza a contenuto complesso, inserito in un quadro articolato di attività professionali organizzate sulla base dei bisogni dell’ente» (Cons. Stato, Sez. V, sent. 11 maggio 2012, n. 2730, par. 2.2 del Fatto e Diritto). La qual cosa (come evidenziato dal Consiglio di Stato) significa che «il servizio legale, per essere oggetto di appalto, richiede un elemento di specialità, per prestazione e per modalità organizzativa, rispetto alla mera prestazione di patrocinio legale»: Cons. Stato, Adunanza della Commissione Speciale, parere 3 agosto 2018, n. 2017, par. III.

Sempre il Supremo Consesso Amministrativo di recente ha tenuto, bene, a puntualizzare «come non riconducibile alle fattispecie escluse – e pertanto assoggettati ai servizi di cui all’allegato IX del Codice e conseguente assoggettamento alla disciplina degli articoli 140 e seguenti dello stesso – i contratti che, sebbene comportanti in ogni caso la “rappresentanza legale” in giudizio, abbiano ad oggetto l’affidamento della gestione del contenzioso di una stazione appaltante in modo continuativo o periodico» Cons. Stato, Sez. V, sent. 5 aprile 2022, n. 2517, par. 12.2 del Fatto e Diritto.

¹⁷ Giova sempre tenere fissato in mente che «le menzionate Linee Guida [ANAC] sono state redatte, in particolare, sulla base del parere n. 2017 del 3 agosto 2018 del Consiglio di Stato, che ha ritenuto che l’affidamento dei servizi legali costituisce appalto, con conseguente applicabilità dell’allegato IX e degli articoli 140 e seguenti del Codice dei contratti pubblici, qualora la stazione appaltante affidi la gestione del contenzioso in modo continuativo o periodico al fornitore nell’unità di tempo considerata (di regola il triennio). L’incarico conferito ad hoc costituisce invece un contratto d’opera professionale, consistendo nella trattazione della singola controversia o questione, ed è

Sennonché da questi presupposti teorici si può giungere a comprendere sino in fondo una nevralgica puntualizzazione interpretativa del Consiglio di Stato, per il quale è – senza alcun dubbio – ragionevole ritenere «che alla presenza di un contenzioso non occasionale, di dimensioni importanti, soprattutto se seriale, derivante dalle funzioni tipiche del soggetto pubblico che lo pongono sovente e con ricorrenza a fronteggiare liti o a prevenirle, e quindi in funzione della natura stessa del soggetto e dei suoi compiti, la pratica migliore sia costituita dal ricorso all'appalto di servizi di cui sopra»¹⁸.

Si tratta, come è evidente, di un'incisiva lettura ermeneutica piuttosto caldeggiata dai Giudici di Palazzo Spada e dal sapore a dir poco “subliminale” nei confronti di ogni futura decisione organizzativa delle PA: il cui ricorso al peculiare mercato dei servizi legali verrebbe ad essere “conformato” nella sostanza rispetto all'esistenza “reale” dei presupposti delineati dal Supremo Consesso Amministrativo.

Senza dimenticare gli enormi vantaggi soprattutto per gli enti locali medio/piccoli (e cioè la grande maggioranza di tali enti) che in assenza di un'avvocatura interna ed al congiunto ricorrere di un contenzioso non occasionale potrebbero affidare in appalto l'intero servizio legale (evitando di procedere ogni volta a “scoordinati” affidamenti di singoli incarichi), anche perché l'appalto di servizi di cui all'allegato IX del CCP è suscettibile di comprendere non soltanto il patrocinio e le consulenze legali per l'ente ma persino la fruizione di professionalità “affini” a quelle strettamente legali, come potrebbe darsi qualora il servizio appaltato includesse pareri di urbanisti, consulenti del lavoro, commercialisti, tributaristi, ecc.¹⁹.

3. Perché il tema degli affari legali è più sentito negli enti locali: un'analisi sui risvolti contabili ed organizzativi, con cenni sul ruolo del Segretario.

Perché il tema degli affari legali è particolarmente sentito per un ente locale?

La risposta è semplice: perché nel panorama policentrico delle Amministrazioni nella Repubblica italiana l'ente locale non usufruisce delle attività di supporto, consulenza e patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, cui invece ricorrono obbligatoriamente tutte le

sottoposto al regime di cui all'articolo 17 (contratti esclusi)» Cons. Stato, Sez. IV, sent. 9 novembre 2021, n. 7442, par. 23 del Fatto e Diritto. Nell'alveo della recentissima giurisprudenza del Supremo consesso amministrativo appare – altresì – di estremo interesse rimandare alle considerazioni (efficacemente) sviluppate nella decisione: Cons. Stato, Sez. V, sent. 5 aprile 2022, n. 2517, laddove viene puntualizzato che «possono essere ricondotti nell'elenco di cui all'art. 17, comma 1, lettera d), del Codice dei contratti pubblici esclusivamente le tipologie di servizi legali ivi indicate, che non rientrino negli affidamenti ricompresi nell'allegato IX».

¹⁸ Cons. Stato, Adunanza della Commissione Speciale, parere 3 agosto 2018, n. 2017, par. V.

¹⁹ Sennonché – nel suo autorevole orientamento ermeneutico – «il Consiglio di Stato sembra, invero, aver avuto di mira il fenomeno del soggetto pubblico che, invece di fornirsi di un ufficio legale interno, “esternalizza” tutta l'attività di supporto legale (non solo il patrocinio in sede contenziosa, ma anche l'attività consultiva)» G. CORTIGIANI, *Le Linee Guida ANAC n. 12: una prima disamina*, in *AmbienteDiritto.it*, p. 3, consultabile on line all'indirizzo www.ambientediritto.it.

amministrazioni statali, in via facoltativa le Regioni e su apposita autorizzazione²⁰ alcuni enti non statali²¹.

Peraltro, fatta isolata eccezione per gli enti locali di due Regioni a Statuto speciale²², difficilmente si potrebbe, mai, autorizzare il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato in relazione ad un singolo ente locale: quanto meno in ragione di pregnanti motivazioni giuridiche (per evitare potenziali disparità di trattamento che si creerebbero tra enti di stesso tipo), economiche (per il sicuro innalzamento dei costi a carico dello Stato), ma pure di opportunità politica/istituzionale²³.

A fronte di ciò non si può neppure sottacere che tanti enti locali di medie e piccole dimensioni si ritrovano, tendenzialmente, ad essere privi di un'avvocatura interna: ed è per questo che dinanzi all'incalzante eterogeneità dei problemi legali viene, quasi, istintivo per l'ente locale il ricorso al descritto mercato dei servizi legali.

Il punto è che la scelta del ricorrere all'affidamento di singoli incarichi professionali, piuttosto che all'aggiudicazione di un alternativo appalto di servizi legali, non può essere guidata dall'istintività del momento: trattandosi (invero) di delicatissime e strategiche valutazioni organizzative dell'ente, con elevati riflessi amministrativi (sul piano della legittimità²⁴ delle decisioni) e consequenziali risvolti contabili (inerenti alla programmazione e

²⁰ Il – così detto – “patrocinio autorizzato” è disciplinato dall'art. 43 del R.D. del 30 ottobre 1933, n. 1611, in base al quale «l'Avvocatura dello Stato può assumere la rappresentanza e la difesa nei giudizi attivi e passivi avanti le autorità giudiziarie, i collegi arbitrali, le giurisdizioni amministrative e speciali di Amministrazioni pubbliche non statali ed Enti sovvenzionati, sottoposti a tutela od anche a sola vigilanza dello Stato, sempre che ne sia autorizzata da disposizione di legge, di regolamento o di altro provvedimento approvato con Regio decreto. Le disposizioni e i provvedimenti anzidetti debbono essere promossi di concerto coi Ministri per la grazia e giustizia e per le finanze».

²¹ Sul punto si rimanda all'ampia, diffusa ed aggiornata ricostruzione – in sé – brillantemente sviluppata da M. GERARDO, *I soggetti patrocinati dall'Avvocatura dello Stato. Regime giuridico e ricognizione degli enti patrocinati*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, n. 3/2019, pp. 15-56.

²² Si tratta per l'esattezza della Regione Friuli-Venezia Giulia (da un lato) e (dall'altro) della Regione Trentino-Alto Adige. In particolar modo si legga per la Regione Friuli-Venezia Giulia l'art. 2 del D.P.R. 23 gennaio 1965, n. 78, per cui si prescrive che «l'Avvocatura dello Stato assume la rappresentanza e difesa delle Province, dei Comuni, dei loro consorzi e degli altri enti locali per le controversie relative alle funzioni delegate ai sensi dell'art. 11 dello Statuto»; per la Regione Trentino-Alto Adige si veda l'art. 1 del D.Lgs. 14 aprile 2004, n. 116, a mente del quale viene significativamente disposto proprio che «la Regione, le province, i comuni e gli altri enti locali possono avvalersi del patrocinio legale dell'Avvocatura dello Stato».

²³ In relazione alla sensibile autonomia “riservata” *ex art.* 114 Cost. ai Comuni, alle Province ed alle Città metropolitane. Ma anche in ragione di una potenziale e – di fatto – problematica antinomia conflittuale inderogabile tra i contingenti indirizzi politicamente a base dell'azione pubblica dell'ente statale da un lato e dall'altro lato l'indirizzo politico divergente dell'ente locale che venisse a richiedere l'autorizzazione necessaria al patrocinio dell'Avvocatura dello Stato.

²⁴ Può essere utile rimandare alle efficaci illustrazioni sviluppate in una recente decisione del Supremo Consesso Amministrativo ossia: Cons. Stato, Sez. V, sent. 3 settembre 2018, n. 5143, relativa (cioè) al potere di costituzione e di soppressione dell'avvocatura comunale ed all'eventuale decisione di affidare all'esterno i relativi incarichi legali, nonché (in modo particolare) in punto di ricognizione dei limiti afferenti al consesso sindacato giurisdizionale del Giudice Amministrativo. I Giudici di Palazzo Spada hanno, infatti, tenuto ad evidenziare, bene, che «non sia revocabile in dubbio che siffatti “atti organizzativi” rientrino pienamente nel novero dei provvedimenti amministrativi e siano, in quanto tali, soggetti al relativo statuto (che ne impone la complessiva

gestione delle risorse, finanche coinvolgendo i “patologici” profili di una responsabilità erariale²⁵).

Naturalmente non devono andare confusi gli atti di macro organizzazione degli uffici e dei servizi legali di competenza della Giunta (che potrebbe valutare se istituire o meno l’avvocatura comunale) rispetto agli atti di “stretta” gestione amministrativa degli affari legali.

Tant’è che spetterà alla Giunta l’esercizio dei poteri di regolamentazione dell’ente a livello macro organizzativo, mentre apparterrà al piano di competenza dirigenziale la direzione degli uffici e servizi nonché, soprattutto, l’adozione dei provvedimenti che impegnano l’Amministrazione verso l’esterno²⁶.

Tuttavia a saldare operativamente i due piani vi è un basilare adempimento strategico consistente nell’attenta valutazione del fabbisogno dei “servizi legali” dell’ente.

Sul punto autorevole e significativo orientamento della Corte dei Conti ha indicato l’importanza di includere nel DUP²⁷ i servizi legali²⁸ che prevedibilmente verrebbero ad essere l’oggetto di aggiudicazioni nell’anno di riferimento²⁹, esigendo cioè (in base ai fondamentali principi contabili generali di veridicità, attendibilità, prudenza e coerenza) l’elaborazione di uno strategico fabbisogno che «pur non rientrando nel contenuto necessario del DUP, come puntualizzato dal D.Lgs. n. 118/2011, allegato n. 4/1, risponde ad un criterio di buon andamento

verifica di legittimità, la soggezione alle norme sulla competenza, il rispetto dei canoni di ragionevolezza, la garanzia di imparzialità e ne legittima il corrispondente sindacato giurisdizionale da parte del giudice amministrativo, anche in punto di adeguatezza delle premesse istruttorie e di idoneità giustificativa sul piano motivazionale: cfr. Cons. Stato, Sez. V, 12 giugno 2009, n. 3728)» Cons. Stato, Sez. V, sent. 3 settembre 2018, n. 5143, par. 3 del Diritto.

Ancora più di recente appare – altresì – di estremo interesse rinviare alla complessiva analisi e ricostruzione del mercato dei “servizi legali” sviluppata in Cons. Stato, Sez. V, sent. 5 aprile 2022, n. 2517.

²⁵ Del resto è stato autorevolmente puntualizzato che «in mancanza dei presupposti, l’affidamento di un appalto di servizi legali si potrebbe rivelare elusivo dei principi posti dall’art. 4 del nuovo codice dei contratti pubblici e potrebbe conseguentemente configurare un danno all’erario» Corte dei Conti, Sezione Regionale di Controllo per l’Emilia-Romagna, deliberazione 11 dicembre 2018, n. 144. Più di recente risulta significativo rimandare alle lucide osservazioni sviluppate nella decisione della Corte dei Conti, Sezione Giurisdizionale per il Trentino-Alto Adige, sent. 18 marzo 2022, n. 28.

²⁶ Per altro deve sempre risultare assolutamente chiaro – e sgombrato da equivoci – che pure «al netto dell’ambiguità che inevitabilmente si accompagna al concetto di fiduciarità, il rapporto di fiducia intercorre con l’ente locale assistito (e non con il legale rappresentante in quanto tale); d’altro canto, la rappresentanza legale dell’ente non può [affatto] introdurre una deroga alla distinzione fra competenze politiche e competenze gestionali» P. CERBO, *L’affidamento dei “servizi legali” fra giurisprudenza nazionale e nuova direttiva appalti*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 12/2015, p. 1341.

²⁷ Per una recentissima analisi giuspubblicistica del DUP, della sua *ratio* nonché delle sue “funzioni” nell’ordinamento di un ente locale sia consentito il rinvio ad A. MITROTTI, *Chiose sulla ratio del DUP di un ente locale e spunti di snodo con l’autonomia comunale falciata dalle varianti ex lege agli strumenti urbanistici*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 1/2022, pp. 1-59.

²⁸ Si leggano le (illuminanti) argomentazioni sviluppate nelle decisioni della Corte dei Conti, Sezione Regionale di Controllo per l’Emilia-Romagna, deliberazione 26 aprile 2017, n. 74 e n. 75; Corte dei Conti, Sezione Regionale di Controllo per l’Emilia-Romagna, deliberazione 11 dicembre 2018, n. 144.

²⁹ Con l’auspicabile specificazione delle tipologie contrattuali (nonché dei prevedibili costi) afferenti ai servizi legali di cui l’ente abbisogna.

e di corretta gestione delle risorse pubbliche, anche in funzione di una stima appropriata delle coperture finanziarie»³⁰.

Calandosi in quest'ottica la prudente programmazione dell'attendibile fabbisogno di "servizi legali" per l'ente diventa l'orientativa bussola attorno alla quale adottare legittimamente le decisioni organizzative: nella prospettiva del buon andamento delle funzioni esercitate e della sana amministrazione delle risorse.

Certo si tiene a precisare che non si tratta di prevedere l'aleatoria insorgenza di futuri contenziosi (non avendo il dono di Cassandra), bensì di programmare su dati storici, statistici e prudenziali il ragionevole fabbisogno dei servizi legali per l'ente.

Anche perché, in realtà, se volessimo forzare il summenzionato orientamento della Corte dei Conti si potrebbe addirittura sostenere che il fabbisogno dei "servizi legali" rientri, già, nei contenuti necessari della programmazione biennale degli acquisti di forniture e servizi nella Sezione Operativa del DUP³¹.

Solo così ragionando, d'altra parte, le scelte organizzative dell'ente potrebbero essere più consapevoli.

Cosicché è dinanzi allo stimato fabbisogno comunale dei servizi legali ed al relativo impatto economico sul bilancio che si potrà proporzionalmente valutare l'alternativa tra: 1) costituire un'"avvocatura interna" all'ente (ragionando sulle connessioni col fabbisogno del personale, sull'effettive capacità assunzionali per il reclutamento dell'avvocato, nonché sul risultante assetto degli uffici e servizi); 2) esternalizzare il servizio legale tramite l'affidamento di un "appalto" di cui all'allegato IX del CCP; 3) oppure ricorrere alle residuali esternalizzazioni occasionate da contingibili forme di affidamento di singoli incarichi (*ad hoc*) ex art. 17 del CCP³².

³⁰ Corte dei Conti, Sezione Regionale di Controllo per l'Emilia-Romagna, deliberazione 11 dicembre 2018, n. 144.

³¹ Del resto l'inserimento nel "*programma biennale di forniture e servizi*" (per gli enti locali, come noto, contemplato nell'ambito della celebre Sezione Operativa nel DUP) sarebbe un adempimento, sicuramente, obbligatorio – ai sensi dell'articolo 21, comma 6, del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 – per il caso in cui l'importo unitario – stimato – dei "servizi legali" fosse pari o superiore a 40.000 euro.

³² Proprio di recente il TAR Puglia - Lecce (competente territorialmente per potenziali impugnazioni avverso atti o provvedimenti del Comune di Monteroni di Lecce) ha, significativamente, evidenziato il ruolo dei "canoni" di economicità, di efficacia e di proporzionalità nelle valutazioni del concreto assetto dei "servizi legali" in un ente locale: quali canoni fondamentali che si traducono nel "dovere" per l'Amministrazione di un'attenta istruttoria, corredata dell'obbligo di motivare "adeguatamente" le scelte «nell'esercizio del potere organizzativo (per quanto discrezionale) in esame [con]: a) la previa valutazione analitica del contenzioso esistente presso le diverse Autorità giurisdizionali e di quello prevedibile statisticamente (in aumento o in flessione); b) l'accertamento dei carichi di lavoro esistenti (allo stato) e presumibili in capo ai legali interni; c) la possibilità per gli stessi di fare fronte al predetto contenzioso assumendo la relativa difesa dell'Ente; d) la successiva valutazione, dopo i precedenti step, delle possibili e alternative diverse soluzioni (maggiormente favorevoli per l'Ente in termini di efficacia, economicità, rispetto e valorizzazione delle professionalità esistenti all'interno dell'Ente, anche al fine di evitare spese inutili e foriere di possibili danni erariali) per il raggiungimento degli obiettivi prefissati (con valutazione di eventuali nuove assunzioni o di convenzioni con sostituti d'udienza); e) la comparazione, in termini di costi e

Ci sarebbe da chiedersi in tutto ciò quale posizione rivesta la funzione del Segretario comunale.

In verità, come gravida figura di raccordo tra politica ed amministrazione (sul piano soggettivo) e nell'ambito delle competenze di sovrintendenza e coordinamento delle attività dirigenziali (in ottica oggettiva), il Segretario comunale rivestirebbe in questo caso il tipico ruolo manageriale, ascrittogli dalla Consulta, consistente nel sollecitare impulsi utili a programmare il fabbisogno dei “servizi legali” nell'ente³³.

Inoltre quale garante della conformità dell'azione amministrativa alle leggi (*ex art. 97 TUEL*) al Segretario competerebbe il compito di un'attenta verifica dell'esatta rispondenza dei presupposti di fatto rispetto alla legittimità delle scelte organizzative: il che sia per contrastare gli artificiosi frazionamenti di appalti di servizi dell'allegato IX al CCP in favore dei più costosi affidamenti di singoli incarichi *ex art. 17 CCP*, sia per evitare esternalizzazioni inutili nonché potenzialmente illegittime rispetto alla presenza d'idonee figure professionali interne all'ente locale, partendo dall'idoneità professionale dello stesso Segretario, come recentemente evidenziato dalla Corte dei Conti³⁴.

4. La gestione del Servizio Contenzioso nel Comune di Monteroni di Lecce.

Ex art. 3 TUEL il Comune di Monteroni di Lecce rappresenta la propria comunità: ne cura gli interessi e ne promuove il concreto sviluppo, focalizzato per l'esattezza su di un tessuto socio-economico relativo all'esigenze di quasi quindicimila residenti.

Ed è in aderenza a questa (pregnante) “funzione generale” che (con disciplina del *Regolamento comunale degli uffici e servizi*³⁵) la struttura organizzativa dell'ente è stata

benefici, delle alternative esistenti con la proposizione delle soluzioni maggiormente soddisfacenti nei termini predetti» TAR Puglia - Lecce, Sez. III, sent. 6 giugno 2022, n. 945, par. III del Fatto e Diritto.

³³ Per degli spunti di riflessione sulla poliedrica figura, ed il complesso ruolo, del Segretario comunale si confrontino, *ex multis*, A. MITROTTI, *Considerazioni sulla tormentata figura del Segretario comunale dopo la sentenza n. 23/2019 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 4/2020, pp. 134-145; E. GIANFRANCESCO, *I Segretari comunali e provinciali tra Regioni ordinarie e Regioni speciali. Spunti problematici emergenti dalla recente giurisprudenza costituzionale*, in *Rassegna Parlamentare*, 3/2021, pp. 575-600. Quanto alla particolare riconducibilità del così detto “*spoils system*” relativamente al peculiare “ruolo” dei Segretari comunali e provinciali appare qui significativo rimandare a S. BATTINI, *L'invasione degli apicali: la Corte costituzionale riabilita lo “spoils system”*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 3/2019, pp. 269-281; G. P. DOLSO, *Corte costituzionale, “spoils system” e sindacato di ragionevolezza*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 3/2019, pp. 1735-1743; C. NAPOLI, *La Corte costituzionale interviene sul rapporto tra vertice politico e vertice amministrativo dell'ente locale. Una nuova forma di “bicefalismo” per i segretari comunali e provinciali?*, in *Le Regioni*, n. 2/2019, pp. 501-520; M. GORLANI, *I segretari comunali e lo “spoils system”: un compromesso non semplice (e non convincente) per una figura dai profili multiformi*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 1/2019, pp. 284-292.

³⁴ Corte dei Conti, Sezione Giurisdizionale per il Trentino-Alto Adige, sent. 18 marzo 2022, n. 28.

³⁵ Regolamento aggiornato – per l'esattezza – con una deliberazione del Commissario Straordinario/G.C. n. 91 del 23/07/2020.

articolata in sei settori³⁶: cui corrisponde una complessiva dotazione di personale pari a 40 dipendenti.

In particolare nel settore degli Affari Generali³⁷ viene contemplata la presenza del Servizio Contenzioso, cui è impiegata un'unità del personale di categoria D, avente competenza nella gestione di quegli affari legali rispondenti a fasi stragiudiziali: poiché in assenza dell'avvocatura interna tutti i potenziali sviluppi giustiziali sono sempre, volta per volta, affidati dal Servizio ai singoli avvocati esterni.

Ovviamente tra i compiti del Servizio Contenzioso non ricadono soltanto la gestione delle fasi stragiudiziali e l'affidamento degli incarichi legali, rientrando altresì la cura di ogni aspetto contabile: non limitato al piano delle spese per i singoli incaricati, ma esteso finanche al calcolo dei basilari accantonamenti al fondo rischi contenzioso, per far fronte con prudenza, ed elasticità, alle eventuali spese che dovessero maturare per casi di soccombenza³⁸.

³⁶ Si tratta, in particolar modo, del Settore I “*Affari generali*”; Settore II “*Bilancio, finanze e sviluppo economico*”; Settore III “*Servizi alla Città, lavori pubblici e programmazione*”; Settore IV “*Urbanistica, edilizia e igiene urbana*”; Settore V “*Servizi alla persona, affari sociali e cultura*”; Settore VI “*Polizia municipale e controllo del territorio*”.

³⁷ Strutturato a propria volta in ben quattro servizi: 1) Servizio Anagrafe, stato civile, elettorale, leva militare e statistica; 2) Servizio di Segreteria Generale; 3) Servizio Contenzioso; 4) Servizio Gestione e sviluppo delle risorse umane.

³⁸ È, infatti, noto che «tra gli “ulteriori” accantonamenti riguardanti passività potenziali (all'interno del programma “Altri fondi”) ci sono sia accantonamenti di “genere” facoltativo (la cui costituzione è rimessa, cioè, alla prudente, discrezionale, valutazione di opportunità dell'ente) sia quelli di “natura” obbligatoria (ex lege): come per esempio il nevralgico fondo rischi per contenziosi (contemplato sulla scorta del paragrafo 5.2 di cui all'allegato 4/2 del noto D.lgs. 118/2011) che è obbligatorio nel caso di un contenzioso “pendente” per l'Amministrazione locale. Il che si verifica tanto nell'ipotesi di una controversia avente ad oggetto un'obbligazione non ancora “perfezionatasi” nell'ordinamento giuridico (perché obbligazione “condizionata” al verificarsi di un “evento” come l'esito del giudizio o del ricorso) quanto nel caso di un contenzioso avente ad oggetto una obbligazione già sorta e per la quale sia stato puntualmente assunto il relativo impegno di spesa. L'accantonamento nel primo caso dovrà essere riferito alle risorse necessarie per il pagamento degli oneri prevedibili dalla sentenza, nel secondo caso si dovranno invece accantonare fondi in relazione alle maggiori spese “stimabili”. È evidente come la congruità dell'accantonamento sia lasciata alla prudente valutazione dell'ente» A. MITROTTI, *Con le lenti del giurista. Sintetiche annotazioni sull'esistenza degli accantonamenti nel bilancio di previsione degli enti locali*, in *Queste Istituzioni*, n. 1/2022, pp. 111-112. Più in particolare, il consolidato orientamento della Corte dei Conti «raccomanda al Comune di adeguare l'importo del fondo rischi con una motivata e puntuale analisi di ogni singola controversia classificando le passività potenziali secondo i seguenti principi (v. deliberazioni Sez. controllo Campania n. 240/2017/PRSP, n. 7/2018/PRSP e n. 125/2019/PRSP, Sez. controllo Lazio n. 18/2020/PRSE, Sez. controllo Lombardia n. 69/2020/PRSE):

- passività probabile, con indice di rischio almeno pari al 51%, che impone un accantonamento almeno pari a tale percentuale. Vi rientrano le ipotesi di provvedimenti giurisdizionali non esecutivi e i giudizi non ancora decisi ma per i quali l'avvocato abbia espresso un giudizio di soccombenza di grande rilevanza (cfr. documento OIC n. 31 e la definizione dello IAS 37, in base al quale l'evento è probabile quando si ritiene sia più verosimile che il fatto si verifichi piuttosto che il contrario);

- passività possibile che, in base al documento OIC n. 31, nonché dello IAS 37, è quella in relazione alla quale il fatto che l'evento si verifichi è inferiore al probabile e, quindi, il range di accantonamento oscilla tra un massimo del 49% e un minimo determinato in relazione alla soglia del successivo criterio di classificazione;

- passività da evento remoto, il cui indice di rischio è inferiore al 10%, con accantonamento previsto pari a zero.

Sennonché da un'analisi storica dell'impatto dei servizi legali sui bilanci del Comune di Monteroni di Lecce emergerebbe un quadro piuttosto incoraggiante in relazione alla progressiva crescita di economicità ed efficacia nella gestione degli affari legali nell'ente, seppur si tratterebbe a ben vedere di un *trend* non pienamente aggiornato alle più recenti e sopracitate evoluzioni in materia di “servizi legali”: motivo per cui l'andamento del Servizio oggi potrebbe (*rectius* dovrebbe) migliorare, ulteriormente.

In effetti nell'arco temporale tra il 2000 ed il 2014 il Comune di Monteroni di Lecce per la gestione dei suoi servizi legali ha impegnato spese notevoli ed obiettivamente importanti: liquidando, man mano, significative risorse finanziarie dell'ente, vuoi per il copioso numero dei contenziosi sorti (seppur spesso seriali) vuoi per gli esorbitanti compensi concordati con gli avvocati esterni e scelti al tempo sulla base del “dogma” della fiduciarità ossia, per capirsi, senza alcuna effettiva procedura comparativa rispetto all'atto di affidamento dell'incarico.

Fortunatamente, il soffio dei venti europei verso maggiori sensibilità per l'esigenze di *spending review* – tradottesi nell'ordinamento italiano ad incominciare dalla Legge costituzionale 1/2012, cui è seguita la riforma sulla contabilità armonizzata – hanno fatto sì che dal 2014 in poi nel Comune di Monteroni di Lecce si iniziasse a prestare effettivamente sempre più attenzione per la spesa dei servizi legali: con la complicità, per vero, di un'attenta amministrazione esercitata sotto commissariamento dell'ente, proprio tra dicembre del 2014 e giugno del 2015.

In ogni caso la crescente volontà di razionalizzazione della spesa nei “servizi legali” poteva cogliersi in un successivo passo, all'avanguardia per l'ente, rappresentato dalla adozione del *Regolamento per l'affidamento dei servizi legali a professionisti esterni*: che il Consiglio comunale ha approvato con deliberazione del 28/12/2016 e quindi addirittura prima delle, celeberrime, Linee guida ANAC n. 12 del 2018 e della giurisprudenza poi consolidatasi fino ad oggi.

Eppure non va mai dimenticato che spesso di buone intenzioni è lastricata la via verso l'inferno: nel senso che se è del tutto innegabile che per il Comune di Monteroni di Lecce il pionieristico regolamento sull'affidamento dei servizi legali abbia avuto un positivo impatto sui bilanci, ciò non dovrebbe indurre automaticamente l'Amministrazione alla pericolosissima tentazione di appagamento, col rischio di ignorare (per esempio) che nel 2018 il Comune ha impegnato circa quaranta mila euro per i servizi legali, nel 2019 più di quarantacinquemila, nel 2020 quasi cinquanta mila euro e solo nel 2021 poco più di venticinquemila.

È questa un'operazione imprescindibile volta a garantire la corretta rappresentazione del risultato di amministrazione» Corte dei Conti, Sezione Regionale di Controllo per la Basilicata, deliberazione 29 aprile 2021, n. 31.

Quello che qui si sta cercando di dire è che è vero che il summenzionato regolamento comunale abbia i pregi di aver pionieristicamente prescritto che nell'ente si debba affidare ogni incarico legale tramite il ricorso ad un apposito albo aperto a qualificati professionisti³⁹ ed oggettivamente strumentale ad istruire tutti i futuri procedimenti per il conferimento di incarichi in ragione dei selettivi criteri di economicità (laddove i compensi previsti vanno persino sotto i “minimi tariffari”⁴⁰), di efficacia nonché di efficienza⁴¹.

Tuttavia è altrettanto vero che oggi il regolamento sui “servizi legali” nel Comune di Monteroni di Lecce manifesta al contempo l'evidente e lapalissiano limite di risultare (problematicamente) scoordinato con la giurisprudenza, amministrativa e contabile, maturata, e consolidata, sinora in materia.

Il vero limite (si badi) non è soltanto teorico ma è soprattutto pratico: perché oggi quel regolamento comunale sui servizi legali del 2016 possiede il paralizzante effetto di “ingessare” ed “irrigidire” l'Amministrazione rispetto alle legittime determinazioni prospettabili nell'attuale gestione (rammenterebbe il Giudice Amministrativo) «di un contenzioso non occasionale, di dimensioni importanti, soprattutto se seriale, [e] derivante dalle funzioni tipiche del soggetto pubblico che lo pongono sovente e con ricorrenza a fronteggiare liti o a prevenirle»⁴². Presupposti giurisprudenzialmente “conformanti” il «ricorso all'appalto di servizi»⁴³ dell'allegato IX CCP.

In altri termini, il fatto che negli ultimi quattro esercizi nel Comune di Monteroni di Lecce siano stati impegnati una media di, circa, quarantamila euro annui per i servizi legali dovrebbe essere sintomatico (suggerirebbe, senz'altro, la Corte dei Conti) di un attendibile fabbisogno

³⁹ In particolare col “*Regolamento per l'affidamento di servizi legali a professionisti esterni all'ente*” nel Comune di Monteroni di Lecce è stata disciplinata l'istituzione di un Albo aperto a tutti i professionisti legali che presentino un'apposita domanda di iscrizione e che qualora ritenuti come idonei (alla luce del *curriculum* nonché dei titoli presentati) potranno esclusivamente accedere ad una sola delle distinte sezioni, competenzialmente, suddivise per tipologie di contenzioso (Amministrativo, Civile, Lavoristico, Tributario e Penale) in cui si articola l'Albo.

⁴⁰ Sul punto un autorevole orientamento della giurisprudenza amministrativa ha precisato che «imporre alle pubbliche amministrazioni l'applicazione di parametri minimi rigidi e inderogabili, anche in assenza della [stessa] predisposizione unilaterale dei compensi e di un significativo squilibrio contrattuale [in effetti] a carico del professionista, comporterebbe un'irragionevole compressione della discrezionalità delle stesse nell'affidamento dei servizi legali, in assenza delle condizioni di non discriminazione, di necessità e di proporzionalità che giustificano l'introduzione di requisiti restrittivi della libera concorrenza» TAR Lombardia, Sez. I, sent. 29 aprile 2021, n. 1071, par. 6 del Diritto. Per un utile commento – in dottrina – si rimanda *ex plurimis* (e senza naturalmente alcuna pretesa di esaustività) a P. OTRANTO, *Gli incarichi legali della P.A. e le “mobili frontiere” dell'equo compenso (nota a TAR Lombardia, Milano, 29/04/2021, n. 1071)*, in *Giustizia Insieme*, 20 luglio 2021, consultabile su www.giustiziainsieme.it.

⁴¹ Per specializzazioni *post lauream* e documentate esperienze professionali risultanti dai *curricula*.

⁴² Cons. Stato, Adunanza della Commissione Speciale, parere 3 agosto 2018, n. 2017, par. V.

⁴³ Cons. Stato, Adunanza della Commissione Speciale, parere 3 agosto 2018, n. 2017, par. V.

organico non più soddisfabile con l'opzione di un disarticolato ricorso ad esternalizzazioni occasionate da contingibili forme d'affidamenti *ex art.* 17 del CCP⁴⁴.

Nonostante nella prassi di redazione del DUP nel Comune di Monteroni di Lecce non vi siano tracce di programmazione dell'attendibile fabbisogno dei servizi legali, allo stato delle attuali registrazioni contabili, risulterebbe pertanto consigliabile l'opzione di soddisfare i fabbisogni legali dell'ente ricorrendo ad un appalto di cui all'allegato IX del CCP⁴⁵.

L'opzione di un appalto di servizio *ex* allegato IX di cui al D.Lgs. 50/2016 sarebbe, certamente, più efficace (perché si affiderebbe il servizio legale ad un unico soggetto professionalmente strutturato che verrebbe ad occuparsi di tutti gli eterogenei bisogni legali dell'ente), ma sarebbe anche la decisione più economica: poiché con l'identica cifra mediamente impegnata ogni anno il Comune riuscirebbe ad affidare un appalto di servizio quanto meno biennale.

Si tratterebbe di un'estrinsecazione valutativa afferente ad un atto gestionale del Servizio Contenzioso: cui compete determinare la costante e coerente rispondenza tra i fabbisogni dell'ente e la «corretta gestione delle risorse pubbliche»⁴⁶ funzionali al buon andamento⁴⁷ degli affari legali nel Comune, garantendo tutti i beni tutelati attraverso i «servizi legali».

D'altronde, discutibilmente economica e priva di una comprovabile efficacia sarebbe la decisione della giunta comunale di Monteroni di Lecce di costituire un'avvocatura interna: vuoi per le difficoltà legate alle (reali) capacità assunzionali di un avvocato nell'ente (nonché alle sue procedure di reclutamento ed al necessario riassetto degli uffici e servizi⁴⁸), vuoi perché pure in

⁴⁴ Ciò sarebbe – senz'altro – più coerente con i «condivisi principi giurisprudenziali, [infatti] diversamente dall'ipotesi in cui si è al cospetto di attività riconducibili al concetto di servizi legali secondo lo schema dell'appalto di servizi *ex art.* 1655 c.c. – in cui cioè l'affidamento non è limitato al patrocinio legale episodico ma si configura come modalità organizzativa di un servizio più complesso e articolato, che può comprendere la difesa giudiziale pur senza esaurirsi in essa – nel caso di [diverso] conferimento occasionale di incarichi di difesa dell'Ente o di consulenza extragiudiziale, lo schema che viene in rilievo è sussumibile nel contratto d'opera intellettuale *ex art.* 2229 c.c. [strumentale a “soddisfare” fabbisogni sporadici e contingenti]» TAR Campania, Sez. V, sent. 30 marzo 2020, n. 1301, par. 8.2 del Fatto e Diritto.

⁴⁵ Il che – a ben riflettere – vale “soprattutto” con “specifico” riferimento al più costoso e per nulla occasionale contenzioso amministrativo che vede ripetutamente coinvolgere il Comune di Monteroni di Lecce – ormai da numerosissimi esercizi – nell'ambito delle “azioni” esperite relativamente al fisiologico esercizio delle funzioni amministrative di cui l'ente è titolare.

⁴⁶ Corte dei Conti, Sezione Regionale di Controllo per l'Emilia-Romagna, deliberazione 11 dicembre 2018, n. 144.

⁴⁷ Il Servizio Contenzioso dovrebbe garantire in altri termini la rispondenza tra i presupposti di fatto degli affari legali (da una parte) e (dall'altra parte) l'interconnessa legittimità delle pertinenti “forme” decisionali (e delle determinazioni) dell'amministrazione (nonché della gestione degli affari legali nell'ente): due poli legati, a ben riflettere, dal “convergente” punto di una attenta e prudente “valutazione” del “fabbisogno” dei servizi legali per il Comune di Monteroni di Lecce.

⁴⁸ Approfonditi studi hanno per altro fatto notare – con energica incisività – che «deve essere garantita una decisa separazione dell'Ufficio legale dall'apparato amministrativo dell'Amministrazione, rimarcandosi che le Avvocature degli Enti pubblici devono essere costituite in un apposito ufficio dotato di adeguata stabilità ed autonomia organizzativa, nonché distinzione dagli altri uffici di gestione amministrativa, al quale devono essere preposti avvocati addetti in via esclusiva alle cause e agli affari legali, in modo da evitare ogni possibile forma di

presenza di un'avvocatura interna non è affatto detto che l'ente riuscirebbe (davvero) a soddisfare autonomamente tutti i propri fabbisogni legali.

È evidente insomma come dalle intime scelte macro-organizzative, interne all'ente, e dalle connesse opzioni gestionali di esternalizzazione degli affari legali affiorino in superficie elementi fortemente modellanti aspetti nevralgici dell'azione pubblica del Comune di Monteroni di Lecce, vocato a sfruttare la propria autonomia istituzionale, politica, amministrativa e contabile per il legittimo nonché migliore soddisfacimento possibile degli interessi pubblici tutelati attraverso gli affari legali comunali: avendo a mente, soprattutto, il buon andamento amministrativo e l'indispensabile⁴⁹ garanzia della sana gestione delle risorse disponibili.

interferenza idonea ad intaccare il nucleo essenziale dei requisiti di indipendenza e autonomia della loro attività lavorativa» M. LUCCA, *Incarichi di consulenza e di servizi legali. Guida completa alle procedure*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2020, p. 412. Qui l'Autore richiama in nota diverse ed alquanto significative decisioni della giurisprudenza amministrativa, tra cui si vedano in particolare TAR Basilicata, Sez. I, sent. 8 luglio 2013, n. 405; Cons. Stato, Sez. V, sent. 15 ottobre 2009, n. 6336; Cons. Stato, Sez. V, sent. 7 giugno 2016, n. 2434; TAR Sicilia, Sez. II, sent. 20 luglio 2020, n. 1809.

⁴⁹ Sull'essenzialità di una sana amministrazione e gestione delle risorse disponibili negli enti della Repubblica italiana (delle "autonomie") si leggano – *ex plurimis* – R. ARRIGONI, *Valori costituzionali e responsabilità amministrativa. Nuove prospettive della giurisprudenza contabile*, in *Rivista Amministrativa della Repubblica italiana*, n. 4/1995, pp. 346-360; O. DE LEONARDIS, *Parole chiave della (buona) amministrazione*, in *Amministrazione sociale*, n. 1/2001 pp. 42-51; L.A. MAZZAROLLI, *Il dirigente dell'ente locale tra "rapporto di fiducia" e "principio di separazione" delle funzioni politico-amministrativa e gestionale*, in *Le Regioni*, n. 1/2002, pp. 21-58; F. STADERINI, *Autonomie locali, garanzie di legalità e sana gestione*, in *Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici*, n. 1-2/2004, pp. 3-7; R. SCALIA, *L'influenza dell'ordinamento comunitario sull'ordinamento nazionale nel perseguimento dell'obiettivo della sana gestione finanziaria*, in *Regioni e comunità locali*, n. 6/2007, pp. 15-21; M. VILLONE, *Alla ricerca della buona amministrazione perduta*, in *Questione Giustizia*, n. 4/2010, pp. 7-24; A. MASSONE, *Brevi note in tema di rapporti tra il principio di separazione tra attività politica e gestione amministrativa negli Enti locali ed il principio di sana gestione finanziaria (nota a T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 10 maggio 2012, n. 814)*, in *I Contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, n. 3/2012, pp. 37-43; G. PESCE, *Il problema del debito pubblico e il ruolo del diritto amministrativo*, in *Diritto e processo amministrativo*, n. 1/2017, pp. 429-465; U. ALLEGRETTI, *La Costituzione interpretata dalla pubblica amministrazione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2018, pp. 1-21; A. MORRONE, *Verso un'Amministrazione democratica. Sui principi di imparzialità, buon andamento e pareggio di bilancio*, in *Diritto Amministrativo*, n. 2/2019, pp. 381-412; E. CAVASINO, *Scelte di bilancio e principi costituzionali. Diritti, autonomie ed equilibrio di bilancio nell'esperienza costituzionale italiana*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020; F. TIGANO, *Efficienza amministrativa, principio di buon andamento e ruolo della Corte dei conti*, in *Diritto e processo amministrativo*, n. 1/2021, pp. 127-154.

queste istituzioni

“Chi è la madre?”

**La complessa definizione della madre
nella trattazione delle vicende di
Procreazione Medicalmente Assistita
(PMA)**

Sibilla Zoraide Maria Cipolla

Numero 3/2022

30 settembre 2022

“Chi è la madre?” La complessa definizione della madre nella trattazione delle vicende di Procreazione Medicalmente Assistita (PMA)

di Sibilla Zoraide Maria Cipolla*

Sommario

1. Le PMA all'interno dell'ordinamento italiano: definizione e quadro normativo. – 2. Chi è la madre secondo il diritto interno: un difficile dialogo tra l'art. 269 c.c. e le singole esperienze di PMA. – 3. Il linguaggio della narrazione e l'immaginario veicolato – 4. I *best interests of the child*. – 5. Conclusioni.

Sintesi

Il presente articolo si propone di affrontare la visione problematica e la tripartizione della figura materna nei casi di Procreazione Medicalmente Assistita (in sigla, PMA), che coinvolgono una figura di madre biologica, uterina e sociale. Il saggio intende presentare il caso degli embrioni fecondati, poi, scambiati in un ospedale della California e all'ospedale Sandro Pertini di Roma, analizzandolo in relazione alla definizione di madre, per come enunciata dalla legge italiana e, in particolare, dall'art. 269 c.c. Il testo, a partire dall'analisi dell'uso del linguaggio giornalistico, intende osservare come tale narrazione si configuri quale veicolo di un immaginario sulla madre in quanto ancorata al legame biologico più che a “colei che partorisce”. Infine, lo scritto si interroga su come questa narrazione metta profondamente in discussione i *best interests of the child* all'interno delle esperienze di PMA.

Abstract

This article aims to deal with the problematic vision and tripartition of the maternal figure in the MAP's events, which involve a biological, uterine and social mother. The essay presents the case of exchanged fertilized embryos in a hospital in California and Sandro Pertini Hospital of Rome, analyses the narration as it affects the definition of the mother, in reference to Italian law and art. 269 c.c. It intends to observe the use of journalistic language to report this kind of cases, which conveys an image of the mother that is much more anchored to the biological bond than to “she who gives birth”. Finally, the paper shall observe how this narration profoundly questions the *best interests of the child* within MAP.

Parole chiave

Procreazione medicalmente assistita; maternità; scambio di embrioni; narrazione giornalistica; *best interests of the child*.

* Dottoressa in Diritti umani, delle migrazioni e della Cooperazione internazionale, Università di Bergamo.

1. Le PMA all'interno dell'ordinamento italiano: definizione e quadro normativo.

Con il termine PMA (procreazione medicalmente assistita) o IVF (*in vitro fertilization*) si intendono differenti tecniche mediche che permettono di superare l'infertilità di coppia, realizzando il desiderio di genitorialità. All'interno di questa definizione diverse sono le tecniche impiegate: dall'inseminazione intrauterina (IUI), una metodica di primo livello nella quale gli spermatozoi del partner vengono inseriti direttamente nella cavità uterina, al fine di favorire l'incontro con i gameti femminili (ovociti); alla fecondazione *in vitro*, ossia una tecnica in cui gli ovociti vengono aspirati fuori dal loro involucro, il follicolo, e vengono fecondati in laboratorio con gli spermatozoi dell'uomo. Le principali tecniche di fecondazione in vitro sono la FIVET (fecondazione *in vitro embryo transfer* – IVF) e ICSI (iniezione intracitoplasmatica dello spermatozoo). Con il termine maternità surrogata, invece, si fa riferimento ad una pratica basata su un accordo tra soggetti diversi (persone singole o coppia dello stesso sesso o del sesso opposto) e una donna che porta avanti una gravidanza, finalizzata alla nascita di un figlio che loro sono intenzionati a crescere. Secondo l'accordo, la madre “naturale” recide i suoi legami genitoriali con il neonato (prima della nascita¹, alla nascita o subito dopo) a favore del genitore o dei genitori previsti nell'accordo stipulato, che in tal modo diventano genitori legali del bambino. A seconda del contesto di riferimento o della normativa prevista nel paese in cui si accede a tale pratica, l'accordo tra le parti può avvenire sia attraverso un'intesa (informale) sia, più di frequente, mediante un accordo sotto forma di contratto o negozio gratuito²; diverse possono essere le motivazioni che spingono una donna ad avere un figlio per altri, ossia di tipo commerciale o “altruistica”. Nonostante la presenza nella storia di “madri surrogate” che, semplicemente cedevano il proprio figlio ad una coppia, dopo averlo concepito e dato alla luce, è con la seconda metà degli anni '70 che la fecondazione in vitro e il trasferimento di embrione vengono progettati. In particolare, la *surrogacy* permette una scissione e tripartizione della figura materna in madre gestante, madre genetica e madre sociale; questa circostanza comporta

¹ Si fa qui riferimento, ad esempio, al caso della California dove l'accordo e, dunque, il riconoscimento della genitorialità della coppia committente può avvenire anche prima della nascita, infatti, «la ricostruzione della fattispecie come contributo alla nascita di un figlio altrui esclude l'opinione, nettamente maggioritaria nella dottrina italiana, per cui il pieno riconoscimento della genitorialità dovrebbe avvenire soltanto (qualche mese) dopo la nascita». M. GATTUSO, *Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino*, in *Questione Giustizia*, 2/2019, p. 89.

² Non è possibile in questa sede affrontare compiutamente il tema e le diverse questioni giuridiche sottese, per le quali si rinvia all'ampia produzione dottrinale che appare spesso polarizzata. Oltre alle opere richiamate nel prosieguo, B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, Giuffrè, 2017; F. ANGELINI, *Profili costituzionale della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020; M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2021; per i profili che chiamano in causa la questione della commercializzazione dei corpi talvolta sottesa alle pratiche di PMA, v. il recente volume A. APOSTOLI (a cura di), *Donne, corpo e mercato di fronte alle categorie del diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2021.

notevoli ripercussioni sull'individuazione giuridica della figura materna, come definita *ex art. 269, co. 3 c.c.*, caposaldo dell'istituto della filiazione naturale, "colei che partorisce". Il fatto che la madre gestante non sia, poi, colei che intraprende il progetto genitoriale intacca le fondamenta del principio *mater semper certa est*³, come anche il concetto stesso di genitorialità e i principi fondamentali dell'ordinamento.

La Procreazione medicalmente assistita, così come anche la maternità surrogata, sono regolate nell'ordinamento interno dalla L.n. 40 del 19 febbraio 2004, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*. Per la legge 40, la fecondazione assistita è la pratica medica atta a «*favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dall'infertilità umana [...] qualora non vi siano altri metodi efficaci per rimuovere le cause di sterilità o di infertilità*». Come affermato per legge, la pratica è consentita alle coppie maggiorenni sterili di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi, la cui infertilità o sterilità siano certificate dal medico. La fecondazione assistita è, invece, preclusa alle persone singole come anche alle coppie omosessuali, mentre è vietata la fecondazione *post-mortem*. Tale legge ha subito nel corso degli anni diverse modifiche, a seguito di numerose decisioni della Corte costituzionale. In particolare, riguardo la fecondazione omologa *ex art. 14 co. 2*, si prevedeva un numero massimo di tre embrioni da formare e trasferire in utero, mediante un unico e contemporaneo impianto; la Corte costituzionale, con la nota sentenza 151/2009, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di tale articolo limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre» e del comma 3 dello stesso articolo, per la mancata specifica che l'impianto avvenga senza pregiudizio per la salute della donna. Inoltre, ha introdotto una deroga al divieto di crioconservazione⁴. La pronuncia n. 96/2015 ha, poi, ritenuto illegittima l'esclusione all'accesso alla procreazione assistita e il divieto di diagnosi preliminare per coppie sterili ma portatrici di malattie genetiche gravi, fondando la decisione sulla lesione del diritto alla salute della donna, sottoposta a stimolazione ovarica e a rischi di aborto per impianto di embrioni

³ Questo brocardo latino, seppur nasca come garante della presunzione di paternità in base ai rapporti coniugali tra moglie e marito, è rivendicato dal femminismo come principio sessuato, in cui si tiene conto del primato materno della donna nella generazione. È proprio la sociologa Daniela Danna a chiamare in causa il principio romanistico grazie a cui «il diritto, nel riconoscere chi partorisce come madre legale, attesta un rapporto di filiazione più che costituirlo». Pertanto, il principio diventa garante della relazione tra diritto e natura, in cui al diritto spetta riconoscere ed attestare un rapporto di filiazione piuttosto che crearlo artificialmente. Questo principio, come affermato, «riconosce la primizia delle donne nella generazione e garantisce l'indisponibilità della nascita, vale a dire della persona umana, a costrutti di tipo legislativo o contrattuale». V. D. DANNA, *Fare un figlio per altri è giusto. Falso!*, Bologna, Laterza, 2017; della stessa autrice, per l'analisi delle questioni problematiche, v. l'importante testo *Contracting Children. Questioning Surrogacy*, London, New Publisher, 2021. Sul tema, v. anche S. NICCOLAI, *A proposito di un'antica regola juris*, in A. SIMONE, I. BOIANO (a cura di), *Femminismo e esperienza giuridica. Pratiche, argomentazione, interpretazione*, Roma, Edizioni Efesto, 2018, p. 28.

⁴ Questa tecnica segue i primi step della FIV: in particolare, si procede attraverso una stimolazione ovarica e un prelievo degli ovociti che però, invece di essere fecondati direttamente, vengono vitrificati e conservati in azoto liquido. Questi sono conservati per tutto il periodo desiderato dalla paziente.

potenzialmente malati, affermando che: «ha ritenuto, di conseguenza, rilevante e non manifestamente infondata, ed ha, quindi, sollevato (come, a suo avviso, consentito anche nei procedimenti cautelari “ante causam”) questione di legittimità costituzionale dei predetti artt. 1, commi 1 e 2, e 4 della legge n. 40 del 2004, per contrasto con gli artt. 2, 3 e 32 della Costituzione, oltre che con l’art. 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 della CEDU»⁵.

Indirettamente, l’effetto immediato della sentenza è stata la riapertura alla diagnosi genetica preimpianto (PGD): i pazienti hanno, infatti, il diritto ad essere «informati, su loro richiesta, sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire nell’utero», ai sensi dell’art. 14 co. 5 della L. 40/2004. Rimane comunque, vietata «ogni diagnosi preimpianto a finalità eugenetica», come, ad esempio, la selezione del sesso dell’embrione. Riguardo, invece, la fecondazione eterologa, ex art. 4 co. 3, che prevedeva un divieto assoluto di ricorso alla donazione di gameti sia femminili sia maschili esterni alla coppia, la Corte costituzionale, con la sentenza 162/2014, ha ritenuto tale divieto incostituzionale. In questo caso, invece, il diritto alla salute non è riferito alla donna quanto piuttosto alla coppia sterile o infertile in maniera “assoluta”, in base ad un’impostazione «secondo cui la riproduzione assistita è la soluzione terapeutica a una patologia, non solo fisica ma anche e soprattutto psicologica»⁶. A seguito di ciò, è stata introdotta all’art. 1, co. 298 della L. n.190 del 2014, la previsione normativa sulla istituzione del Registro nazionale dei donatori di cellule riproduttive a scopi di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, al fine di poter garantire la tracciabilità completa delle donazioni dal donatore al nato e viceversa. A tal proposito, la donazione di gameti è consentita ai soggetti di sesso maschile di età non inferiore ai 18 anni e non superiore ai 40 anni, e a persone di sesso femminile di età non inferiore ai 20 anni e non superiore ai 35 anni⁷.

Questa breve introduzione intende collocare l’esperienza delle PMA all’interno del quadro normativo italiano proprio nell’ottica di creazione di una cornice di significato, all’interno della quale l’analisi e riflessione sulla narrazione giornalistica possa acquistare senso.

2. Chi è la madre secondo il diritto interno: un difficile dialogo tra l’art. 269 c.c. e le singole esperienze di PMA.

Il diritto interno riconosce come madre colei che partorisce, ex art. 269 co.3 c.c., affermando che «la maternità è dimostrata provando la identità di colui che si pretende essere figlio e di colui

⁵ *Relazione del ministro della salute al parlamento sullo stato di attuazione della legge contenente norme in materia di procreazione medicalmente assistita* (legge 19 febbraio 2004, n. 40, articolo 15) - Attività anno 2018, p. 19.

⁶ A. DI MARTINO, *Pensiero femminista e tecnologie riproduttive autodeterminazione, salute, dignità*, Milano, Mimesis Edizioni, 2020, pp. 124-125.

⁷ *Relazione del Ministro della salute al Parlamento*, cit., p. 19.

che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre». Il fenomeno delle PMA e della maternità surrogata, in particolare, pone, però, ulteriori problematiche, dal momento che permettono una moltiplicazione della “maternità”; la possibilità di incontro con sistemi giuridici diversi, in cui la definizione di madre può seguire regole differenti, comporta inoltre una sorta di pluralità di nozioni di maternità, come la maternità gestazionale, uterina, o sociale. Secondo il diritto interno, il quesito sul chi sia la madre sembra presupporre che possa esistere una sola madre, mentre esiste di certo la possibilità di una compresenza di diverse figure “materne”, ossia donne legate al “figlio” da una relazione giuridica. La tendenza nel diritto positivo, come anche nelle singole esperienze di Procreazione Medicalmente Assistita, è di attribuire la titolarità e l’esercizio della responsabilità genitoriale ai genitori d’intenzione; questo non esclude però che anche la partoriente sia madre, in nome del legame che la gestazione e il parto creano tra donna e bambino. Il punto sembra dunque essere se e quale speciale relazione la gravidanza e il parto creino tra madre e prole. Che il parto sia centrale nell’affermazione della madre si deduce, nel diritto italiano, in diversi ambiti: dall’art. 269 c.c. alla disciplina del parto anonimo, che riconoscono al fatto biologico natura costitutiva di un insieme di diritti e doveri reciproci. Tuttavia, il riconoscimento del rilievo del fatto biologico di parto e gravidanza non esclude che possano essere riconosciute altre vie per la creazione di un vincolo giuridico oltre alla gestazione, considerando come «il diritto italiano adotta infatti una nozione di “maternità” plurale e frazionabile»⁸.

Quanto detto fin ora assume concretezza particolare nel caso delle singole esperienze specifiche di Procreazione Medicalmente Assistita in cui si avveri effettivamente questa duplicazione, se non tripartizione, della figura materna: la donatrice, ossia la madre genetica; la partoriente, ovvero la madre gestazionale o biologica; la madre d’intenzione, colei che intende crescere il bambino. Tuttavia, il quesito su chi sia la madre assume notevole rilevanza anche in casi in cui la donna che sceglie di accedere alle PMA sia una sola. In particolare, rileva dunque osservare il problematico rapporto che si instaura tra l’art. 269 co. 3 c.c. e i casi di scambio di embrioni tra coppie che accedono alla fecondazione in vitro.

Il primo caso che si intende proporre, documentato da *Il Post*, vede due coppie californiane accusare discambio di embrioni la clinica *Center for Reproductive Health* di Los Angeles, a cui si erano rivolti per la prima volta nel 2018 per effettuare un trattamento di

⁸ Sul punto J. LONG, *Di madre non ce c’è una sola, ma di utero sì. Alcune riflessioni sul ruolo dell’ordine pubblico internazionale nelle fattispecie di surrogazione di maternità*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità i nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, Jovene Editore, 2017, pp. 151-154. *Ead.*, *(Ri?)pensare la maternità*, in M. CAIELLI, B. PEZZINI, A. SCHILLACI (a cura di), *Riproduzione e relazioni la surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, *Cirsde*, Studi di Genere Convegno n. 5, 2019, pp. 136-137.

fertilizzazione in vitro⁹. La coppia, in seguito alla gravidanza e al parto della donna, decide di sottoporre la bambina nata al test del DNA per le evidenti differenze nell'aspetto fisico. Conseguentemente all'identificazione del mancato legame genetico con la neonata, la coppia concretizza lo scambio «[del]la bambina con quella partorita dalla donna dell'altra coppia, restituendole la loro, cioè quella che avevano allevato per mesi»¹⁰. Anche *La Stampa* dedica un articolo alla vicenda dal titolo «Usa, partorisce la figlia di un'altra donna dopo la Fivet: clinica californiana sotto accusa» in cui la narrazione non sembra discostarsi molto da quella precedente. Si trovano, infatti, riportate le parole della donna, Daphna Cardinale, che afferma di essere stata «derubata della possibilità di portare in grembo mia figlia», aggiungendo come «i nostri ricordi del parto saranno sempre contaminati dalla realtà che la nostra bambina biologica è stata data a qualcun altro. E che non potevo tenere con me la bambina che ho messo al mondo [e che] ho allattato»¹¹.

Il secondo caso vede, invece, una coppia italiana rivendicare la maternità e paternità di una coppia di gemelli partoriti da un'altra donna per un errore durante il processo di impianto dell'embrione fecondato; il caso vede sotto accusa l'Ospedale Sandro Pertini di Roma, per come documentato da *Il Fatto Quotidiano*¹². In entrambi i casi¹³, dalle narrazioni, sembra emergere

⁹ Nella consapevolezza della diversità ordinamentale fra Stati e, nel caso specifico statunitense anche infrastatuale, nel regolare la PMA, si precisa come il presente lavoro non intenda focalizzarsi sull'analisi normativa, che sarebbe bisognosa di ben altro approfondimento, quanto piuttosto sulle narrazioni per come consentono di problematizzare nozioni – quale quella di madre – spesso acriticamente assunte pur se dai confini non unanimemente riconosciuti. Si sottolinea, ad esempio, come l'ordinamento californiano riconosca ampio spazio alla *surrogacy* gestazionale, dove «la donna gestante non vuole essere madre del bambino, mentre la madre genetica vuole essere madre». Fondamentale risulta essere la decisione della Corte Suprema sul caso *Johnson c. Calvert*, 1993, che afferma l'assenza di *cessazione della genitorialità* – nel momento in cui la donna gestante dichiara la sua volontà di non desiderare il feto che porta in grembo – e il riconoscimento della possibilità per una coppia di mettere al mondo *figli propri* – mediante il corpo di un'altra. Tuttavia, «la Corte suprema osserva come in linea di principio entrambe le donne (la gestante e la madre genetica) potrebbero essere riconosciute come “madre” secondo lo *Uniform Parentage Act*, in quanto lo stesso prevede entrambi i criteri di accertamento della maternità (parto e legame genetico)», ma conclude che «in caso di *surrogacy* sia necessario accertare in concreto quale delle due donne abbia manifestato, sin dal concepimento, l'effettiva intenzione di assumere il ruolo genitoriale, dovendo essere riconosciuta soltanto questa come la “madre naturale” del nato (“*the natural mother*”)». Emerge, dunque, come l'ordinamento californiano riconosca nella *surrogacy* una pratica atta «a far nascere bambini che sono *ab origine* figli non della gestante (*gestational carrier*), ma dei suoi genitori intenzionali (*intendedparents*)», riconoscendo il fondamento della genitorialità, e della maternità stessa, nella volontà di assumersi la responsabilità genitoriale. Per quanto concerne, invece, alla *surrogacy* c.d. tradizionale questa non risulta vietata ma è esclusa dalla protezione offerta dal Codice civile californiano. V. M. GATTUSO, *Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino*, cit., pp. 74-75 e 77-78, cui si riferiscono i passaggi virgolettati.

¹⁰ *Due coppie californiane hanno avuto l'una la figlia dell'altra per uno scambio di embrioni*, in *Il Post*, <https://www.ilpost.it/>, sezione Mondo, 2021.

¹¹ *Usa, partorisce la figlia di un'altra donna dopo la Fivet: clinica californiana sotto accusa*, in *La Stampa*, <https://www.lastampa.it/>, Sezione Esteri, 9 novembre 2021.

¹² *Scambio di embrioni al Pertini di Roma. Donna incinta di due gemelli non suoi*, in *Il Fatto Quotidiano*, <https://www.iffattoquotidiano.it/>, sezione Cronaca, 2014.

¹³ Nell'affrontare simultaneamente due casi di cronaca così differenti tra loro, il presente articolo non intende certo accostare due sistemi giuridici – quello statunitense e quello italiano – profondamente diversi rispetto alla regolamentazione delle PMA; consapevole proprio della diversità di principi e norme che regolano tale complessa

una visione della figura della madre molto più ancorata al legame genetico più che a “colei che partorisce”, ex art. 269 co. 3, c.c.; ciò che vale come elemento di attestazione della maternità è il test del DNA più che la relazione tra gestante e figlio creatasi nei nove mesi di gravidanza, così come nel momento del parto. In tal senso, le affermazioni stesse della protagonista della vicenda californiana rinnovano questa linea di pensiero sulla figura materna come colei che è legata geneticamente al feto¹⁴; la donna ha, infatti, affermato di essersi sentita «privata della possibilità di portare in grembo la sua stessa figlia» e ha poi aggiunto «che lei e il marito non hanno potuto «vedere la loro bambina nel momento in cui veniva messa al mondo o abbracciarla nei suoi primi istanti di vita», spiegando che ogni volta che lei aveva sentito un calcio o le aveva parlato mentre era incinta in realtà “era la figlia di qualcun altro”»¹⁵.

Interessante è, invece, la diversa posizione espressa dal Tribunale di Roma, con ordinanza del 2 ottobre 2015, in cui si rigetta la richiesta di disconoscimento di maternità dei due gemelli, nati attraverso una pratica di PMA, da parte della donna i cui embrioni erano stati impiantati per errore nell’utero di un’altra donna. La coppia ricorrente chiedeva al Tribunale di sollevare una questione di legittimità costituzionale dell’art. 269, co. 3 c.c., per violazione degli artt. 2, 24, 30 e 117, co. 1, Cost. (quest’ultimo, in riferimento all’art. 8 Cedu). Il Tribunale ha però ritenuto insussistenti i presupposti per la proposizione di una questione di legittimità costituzionale e rigettato l’istanza. Difatti, il giudice ha affermato che la disciplina applicabile è quella contenuta nella legge n. 40/2004, in particolare il combinato disposto degli artt. 8 e 6 ivi contenuti, in base al quale ai nati mediante PMA è riconosciuto lo *status* giuridico di figli della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche, mediante consenso informato. Tale opzione interpretativa, secondo il Tribunale, sarebbe sufficiente per derogare l’art. 269 co. 3 c.c., tuttavia, il caso non può sussistere dal momento che l’art. 8 della L. n. 40 non può applicarsi all’embrione in vitro, in quanto privo di personalità giuridica, dunque, impossibilitato ad acquisire uno stato di filiazione prima dell’impianto in utero e prima della nascita, così come ribadito anche dalla sentenza della Corte costituzionale n. 162/2014¹⁶. Tale posizione è rafforzata, secondo il Tribunale, «nella novella legislativa di riforma della filiazione che, pur modificando profondamente la disciplina codicistica e pur nella consapevolezza delle nuove possibilità offerte dallo sviluppo

tematica si intende semplicemente osservare come lo sguardo della narrazione su vicende simili giunga inevitabilmente a visioni su maternità e filiazione molto vicine tra loro.

¹⁴ Rispetto a ciò non si intende trasmettere alcun tipo di opzione valoriale quanto alle singole scelte e desideri della coppia, quanto piuttosto analizzare un’impostazione di pensiero sulla maternità che accomuna più vicende e più soggetti: dalle singole coppie protagoniste alle testate giornalistiche, nella consapevolezza della diversità di ordinamenti giuridici in cui le vicende avvengono.

¹⁵ *Due coppie californiane hanno avuto l’una la figlia dell’altra*, cit., 2021.

¹⁶ L. BUSATTA, *Tribunale di Roma - ord. 2 ottobre 2015: scambio di embrioni e disconoscimento paternità nel Caso Pertini*, in *Biolaw Journal*, 12 giugno 2019.

scientifico, ha mantenuto fermo il criterio della determinazione della maternità in capo a colei che partorisce»¹⁷.

Inoltre, neppure la giurisprudenza della Corte Edu individua principi che «spingano a ritenere la genitorialità genetica prevalente su quella biologica e sociale in casi come quello di specie»¹⁸. In questo senso, il riferimento al brocardo *mater semper certa* potrebbe costituire una risignificazione interessante della nozione di maternità all'interno delle PMA. Questo permetterebbe, infatti, di considerare colei che ha partorito quale “madre” legale, non semplicemente prendendo atto di un dato naturalistico ma compiendo una scelta specifica di tipo giuridico; di certo, ciò assumerebbe enorme rilievo nel momento in cui, durante una procedura di procreazione medicalmente assistita, si arrivino a scontrare concretamente due contrapposte pretese di maternità, come nei casi in questione¹⁹.

3. Il linguaggio della narrazione e l'immaginario veicolato.

Prima di affrontare questo terzo punto, occorre precisare come l'obiettivo del presente articolo non sia mettere a confronto sistemi giuridici diversi quanto alle tecniche di Procreazione medicalmente assistita, quanto piuttosto interrogarsi su come la narrazione giornalistica possa veicolare un immaginario di maternità che non sempre sembra essere in linea con il diritto interno, *ex art. 269 c.c.* Dunque la scelta di analizzare un caso di scambio di embrioni avvenuto negli USA risponde al solo obiettivo di osservarne la narrazione italiana in merito, con la consapevolezza della diversità con cui il diritto statunitense tratta e definisce tali vicende, oltre tutto con modalità assai differenti tra i singoli Stati.

In queste vicende assume particolare rilevanza la narrazione giornalistica che accompagna i fatti, non tanto per la veridicità dietro alle parole, quanto piuttosto per la veicolazione di un messaggio e di uno sguardo definito su una specifica realtà, in questo caso quella della definizione della madre nelle vicende di Procreazione medicalmente assistita. Sembra quasi che dietro a molte narrazioni la domanda celata sia se la singola volontà e desiderio di maternità possa costituire direttamente il presupposto per l'accesso ad un (asserito) diritto, ovvero quello di essere madre. Se per il diritto californiano, nelle vicende di *surrogacy*, l'intenzione viene riconosciuta come elemento fondante la responsabilità genitoriale, regolandosi la materia in ambito privatistico, quale accordo fra le parti, in Italia rimane ancora imprescindibile il principio sancito *ex art. 269 c.c.* Non solo. Nell'ordinamento californiano in materia, secondo la

¹⁷ L. BUSATTA, *Tribunale di Roma - ord. 2 ottobre 2015*, cit.

¹⁸ L. BUSATTA, *Tribunale di Roma - ord. 2 ottobre 2015*, cit.

¹⁹ M. RIZZUTI, *Pater semper certus, mater numquam? Dalla crisi delle certezze “naturali” allo scenario della “agenitorialità”*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità*, cit., pp. 166-167.

sec. 7962, lett. I, del *Family Code*²⁰, si riconosce l'*irreversibilità* dell'intenzione sia della coppia committente sia della madre gestante, dunque, affermando che l'accordo tra le due parti «non può essere risolto (*“rescinded or revoked”*) [...] potendo essere dichiarato inefficace soltanto in forza di un provvedimento giurisdizionale»²¹. Tuttavia, rimane la possibilità per la gestante di modificare la propria decisione iniziale di portare avanti una gravidanza per altri e, nel riconoscimento del supremo interesse del minore, questa volontà viene intesa come prevalente, dando, così, rilevanza alla relazione istauratasi tra partoriente e nascituro²². In questo senso, ci si interroga, dunque, su come l'immaginario veicolato da molte narrazioni giornalistiche sul tema delle PMA rischi di schiacciare la complessità della tematica sul “diritto ad avere un figlio”, trascurando il contesto socioeconomico e relazionale in cui la vicenda si colloca²³ e comunque generando una acritica sovrapposizione fra ambizione, desiderio e diritto, dunque pretesa giuridicamente fondata.

Tralasciando, dunque, il possibile dibattito sulle scelte di alcune testate giornalistiche di utilizzare titoli scenografici e sensazionalistici, ciò che si può notare è la chiara posizione sul tema: madre è colei che condivide il materiale genetico con il bambino, eclissando l'imprescindibile ruolo della gestazione e del parto come garanti della vita del bambino e, in conclusione, sulla madre come colei che partorisce. E invero, *Il Fatto quotidiano* intitola il caso dell'Ospedale Pertini di Roma del 2015 «Scambio di embrioni al Pertini di Roma. Donna incinta di due gemelli *non suoi*», così come si ritrova anche nella narrazione del *Corriere della Sera*, che intitola l'articolo «Scambio di embrioni al Pertini. Incinta di due gemelli *non suoi*»²⁴. *Il Post*, invece, riportando la notizia della coppia californiana, scrive: «dopo essersi accertati di non essere i genitori biologici della figlia che avevano avuto, i due hanno scambiato la bambina con quella partorita dalla donna dell'altra coppia, *restituendole la loro, cioè quella che avevano allevato per mesi*. [...] La figlia dei Cardinale non somigliava né al padre né alla madre, aveva la pelle e i capelli più scuri. Ciononostante, per circa tre mesi i due *la crebbero come loro*, cercando di darsi una spiegazione dei suoi tratti così diversi.»

E ancora. Sempre sul caso di Roma *La Nuova Bussola Quotidiana* riporta: «Chissà se i genitori legali e i genitori biologici²⁵ si sono mai incontrati, chissà come vivono questo dolore,

²⁰ Entrato in vigore il 1° gennaio 2013. Vedi M. GATTUSO, *Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino*, cit., pp. 74-92.

²¹ M.GATTUSO, *Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino*, p. 78.

²² M.GATTUSO, *Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino*, p. 89.

²³ Questa posizione sul tema non riguarda tutte le testate giornalistiche che se ne sono occupate ma si denota una certa permeabilità di tale pensiero in molti degli articoli analizzati.

²⁴ *Scambio di embrioni al Pertini. Incinta di due gemelli non suoi*, in *Corriere della Sera*, <https://www.corriere.it/>, Sezione Cronaca, 2014.

²⁵ In questo caso, con il termine “genitori biologici” il giornale intende quelli che nell'articolo si è scelto di definire i genitori genetici, ossia coloro che condividono il legame genetico con i neonati. Con il termine “genitore legale”, *La Nuova Bussola* intende invece far riferimento alla coppia a cui i bambini sono stati riconosciuti proprio

chissà come stanno, chissà se i *bimbi dentro si portano quel sordo e misterioso senso di radice strappata*». Interessante di questo ultimo articolo il riferimento all'idea di sradicamento di una relazione tra madre genetica e figlio senza che, invece, si elabori una riflessione compiuta e complessa sul fondamentale tema dei *best interests of the child*⁶.

La narrazione della *Stampa* sul caso dell'Ospedale Pertini sceglie, invece, di identificare il legame tra la donna gestante e feto facendo riferimento a «i profili genetici dei “gemelli” che una madre porta nel grembo»: *in primis*, utilizzando l'articolo indeterminativo per identificare la madre e, in secondo luogo, riconoscendo la maternità come caratteristica di “colei che porta in grembo” il feto, rilevando, in questo, la possibilità dell'esistenza di una seconda figura materna con cui i feti condividano il legame genetico ma, allo stesso tempo, riconoscendo valore alla madre gestante²⁷.

Sembra, del resto, che le PMA spingano a considerare la maternità non tanto come capacità unicamente femminile e strettamente ancorata al corpo di donna, quanto piuttosto una possibilità e desiderio ampliato e reso possibile dalla tecnologia riproduttiva. La medicina della procreazione sembra voler agganciare il desiderio alla sua realizzazione, come se non esistesse scarto tra desiderio e realtà; la logica sottesa appare, infatti, essere quella di una equivalenza – ovvia al punto da non doversi neppure dimostrare – tra desiderio-volontà-diritto. Si parla, così, di *medicina del desiderio*, sottolineando l'ampliamento del campo medico che non risponde più ad una domanda di assenza di malattia, anche nella forma della prevenzione, oltre che della cura, ma ad una ricerca di benessere; tant'è che l'azione medica agisce su una realtà, la sterilità²⁸, che non è una infermità. Si passa dalla *medicina del sintomo*, che risponde alla domanda «dove ti fa male?», alla *medicina del desiderio* che risponde ad ogni aspirazione del soggetto, traducendola in vero e proprio diritto. È il desiderio irrealizzato, quello di non poter

in nome del legame biologico, ovvero frutto della gravidanza e del parto, che lega partoriente e neonato. Nello scritto, si è utilizzato il termine biologico per riferirsi proprio quest'ultimo legame.

²⁶ Sul punto si ritengono particolarmente interessanti le riflessioni di C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di “ordine pubblico internazionale” come varco per la realizzazione dell’“incoercibile diritto” di diventare genitori (ovvero, di microscopi e telescopi)*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità*, cit.

²⁷ *Embrioni, possibili scambi. Al Pertini forse l'errore avvenne nell'incubatrice. Il ministero invia gli ispettori*, *La Stampa*, <https://www.lastampa.it/>, Sezione Cronaca, 14 aprile 2014.

²⁸ Sul termine sterilità è fondamentale fare una precisazione. Storicamente, la sterilità si è configurata quale malattia femminile, portando ad intervenire medicalmente solo sulla donna. Analogamente, risulta improprio parlare di terapia, riferendosi alle PMA, proprio per la difficoltà concettuale nel definire la sterilità come una patologia. Sul punto, M. MORI, *La fecondazione artificiale*, Roma-Bari, Laterza, 1995, p. 26, osserva «mentre normalmente la malattia comporta una degenerazione, che debilita sul piano fisico e organico, la sterilità non ha questi effetti, anche se può essere fonte di sofferenze psicologiche». E dunque, si può intendere la fertilità come una capacità dell'organismo, attuabile mediante azioni volontarie o involontarie, mentre la sterilità come l'assenza della stessa. Come affermato poc'anzi, a lungo l'infertilità è stata intesa quale “colpa femminile”, influenzando anche il linguaggio medico. Si osserva, infatti, una netta “disparità” di classificazione dell'infertilità tra fattori maschili e fattori femminili; sembrano, invero, mancare le parole mediche per classificare e indagare i fattori di infertilità maschile.

avere figli, che diventa la malattia a cui la medicina deve trovare rimedio; così, il corpo diventa un oggetto menomato, in quanto non rispondente alle aspettative, da sottoporre agli interventi di trasformazione medica. Analogamente, la medicina «porta alle estreme conseguente la sua vocazione “patologizzante”: mutando i soggetti desideranti in pazienti, bisognosi di cure e assistenza»²⁹. Così, «si confonde dunque il senso profondo della libertà (“un godere di essere secondo la misura delle proprie possibilità”) con qualcos’altro: l’espansione delle possibilità consentite dalla tecnica, il presupposto della libertà di contrarre o una scelta disconnessa dalla pienezza esistenziale»³⁰.

Occorre però domandarsi cosa ne è dei corpi, della sessualità e della generatività di uomini e donne. La medicina finisce così per mutare completamente il significato della procreazione, «trasformandola in puro controllo razionale della tecnica sul corpo»³¹. Si ammette infatti una completa scissione tra mente e corpo, tra desiderio e sessualità, tra *esperienza relazionale complessa* e fatto biologico. Il corpo, ridotto a materia generativa col fine di “produrre” la riproduzione, subisce una profonda “desoggettivazione” della medicina: vivisezionato, disgregato e separato in parti viene neutralizzato e desessualizzato dalla tecnica.

In tal senso, assume primaria importanza il diritto e il linguaggio giuridico, quale messa in parole di quei comportamenti, libertà, divieti, obblighi di una società e traduzione in norme di un pensiero e immaginario collettivo di una società. Si fa in particolare riferimento alla sentenza del Tribunale di Roma sul c.d. “caso Pertini” deciso nell’ottobre 2015, che ribadisce chiaramente la preminenza dell’art. 269 co.3 c.c. nella definizione di maternità e filiazione, dando, dunque, valore all’*esperienza relazionale complessa*³² che è la gravidanza. Cosicché diritto e linguaggio giuridico restituiscono le conquiste e i cambiamenti sociali che vengono recepiti e trasformati, da regolarità a regola, da quotidiano a norma, instaurano un rapporto circolare con la società, restituendo attraverso le pronunce, la realtà culturale consolidata riportandola come legge. D’altro canto, la sentenza si mostra come verdetto di una verità processuale, mediata dall’azione umana del giudice, che nella sua applicazione influenza la società stessa.

²⁹ V. M.L. BOCCIA, G. ZUFFA, *L’eclissi della madre. Fecondazione artificiale, tecniche, fantasie e norme*, Milano, Nuova Pratiche editrice, 1998, pp. 57 ss.

³⁰A. DI MARTINO, *Pensiero femminista e tecnologie riproduttive autodeterminazione, salute, dignità*, cit., p.141.

³¹ M.L. BOCCIA, G. ZUFFA, *L’eclissi della madre*, cit., pp. 110, che richiama M. M. CHATEL, *Il disagio della procreazione*, Milano, Il Saggiatore, 1995.

³² Si riprende qui il termine diffusamente utilizzato da B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall’analisi di genere della gravidanza per altri*, in *Costituzionalismo.it*, 2017, 1.

4. I *best interests of the child*.

Nella trattazione di vicende di tale complessità, in cui i soggetti coinvolti, come anche gli interessi, sono diversi e proteiformi, è necessario considerare non solo la gravidanza come *esperienza relazionale complessa* che lega indissolubilmente madre e figlio ma anche guardare a quelli che sono definiti i *best interests of the child*, ovvero il mantenimento delle relazioni affettive e delle relazioni giuridiche. Rispetto a ciò, la legge n.40, con un posizionamento molto più netto su embrione e diritti, ha agito mediante un'operazione di bilanciamento di due interessi, quello della madre e quello del feto, visti di per sé come contrapposti, dal momento che nell'art. 1 «assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito». Forse occorrerebbe chiedersi se, in vicende come quelle analizzate poc'anzi, «corrisponda al miglior interesse del minore l'interruzione a *brupto (ex abrupto)*, immediatamente dopo il parto, del profondissimo legame simbiotico che si instaura tra lui e la madre biologica nell'arco dei nove mesi della gestazione. [...] Se corrisponda al suo miglior interesse la frantumazione e destrutturazione dei legami genitoriali a cui viene esposto»³³.

In tal senso, dunque, nell'analisi dei casi riportati, l'accento che viene posto sull'assenza di legame di filiazione tra la bambina nata dall'embrione di un'altra coppia e la madre partorienti, non solo sminuisce ed elimina il profondo legame che la gestazione e il parto creano tra figlio e madre, superando in questo anche la normativa interna; di fatto, viene anche a recidere quei legami naturali e fondamentali per il neonato, che riconosce quale madre il corpo di donna in cui per nove mesi è stato accolto e cresciuto³⁴. In questo senso, le considerazioni su Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata devono necessariamente assumere una consapevole prospettiva di genere affinché venga posta al centro, primariamente, la donna: «il suo corpo e la relazione che la gravidanza crea, richiamandone il carattere di esperienza relazionale complessa non riducibile al solo processo biologico, ma segnata nel profondo da una condivisione corporea per cui non si può parlare della madre come di *qualcosa* o di *qualcuno* distinto dall'embrione che in lei si sviluppa e inizia a esistere come persona solo dopo la nascita»³⁵.

Del resto, il bambino nel momento della nascita non conosce la sua “appartenenza genetica” al materiale ereditario di un'altra coppia ma, mediante quei sensi primordiali come

³³ C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico*, cit., p. 130.

³⁴ P. PEZZINI, *C'era una volta l'ordine pubblico*, cit., p. 130.

³⁵ A. LORENZETTI, *Riflessioni attorno alla maternità surrogata: cuique suum?* in M. CAIELLI, B. PEZZINI, A. SCHILLACI (a cura di), *Riproduzione e relazioni la surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, 2019, *Cirsde*, Studi di Genere Convegno n. 5, p.156. L'autrice riprende le posizioni di Barbara Pezzini in un lavoro di commento su “Corti e provette”, laddove si evidenzia la gravidanza come una vicenda irriducibilmente legata al corpo femminile, attraversato, anche fisicamente, dall'esperienza fondativa della riproduzione. B. PEZZINI, *Tra Corti e provette. Momenti di bio-diritto*, in P. TINCANI (a cura di), *Genesie struttura dei diritti*, L'Ornitorinco, Milano, 2009, 89-123.

olfatto e il tatto, è in grado di riconoscere la madre, ossia colei che l'ha partorito; ed è proprio questo legame a risultare necessario per la sopravvivenza del bambino. In particolare, più di recente sono state formulate nuove teorie che approfondiscono il fenomeno denominato *breast crawl*. Tale espressione definisce il comportamento istintivo e naturale del neonato umano, che in analogia ai cuccioli degli animali, se a contatto con la pelle della madre riesce a raggiungere autonomamente il seno materno e alimentarsi³⁶. Infatti, la diade madre/neonato risulta vicendevolmente ricettiva nel periodo più sensibile che dura da mezz'ora ad un'ora dopo il parto³⁷.

In conclusione, nella ricerca del “migliore interesse del bambino” e nella difesa di quella che è considerata la parte più debole, l’embrione appunto, la legge 40/2004 ha sicuramente portato all’isolamento dell’embrione dalla madre, paradossalmente giungendo a contrapporre i rispettivi interessi. Inoltre, la dottrina americana ha sottolineato il carattere paternalistico del criterio dei *best interests* del minore – spesso tradotto in maniera erronea ma significativa come “supremo” o “superiore interesse”, quindi con un’eccezione di superiorità e contrapposizione rispetto all’interesse stesso della donna – usato però secondo giudizi e valori difficili da assolutizzare e considerati migliori sulla base della valutazione del decidente. Eppure, il desiderio stesso di maternità della madre si configura come miglior difesa per il feto, così come la miglior garanzia di partecipazione per l’uomo al processo procreativo sta proprio nel rispetto dell’autodeterminazione e sovranità della donna sul proprio corpo³⁸. In questo senso, dunque, madre e figlio non sono visti come soggetti portatori di interessi in conflitto ma come “elementi” concatenati il cui benessere dipende strettamente dal legame con l’altro.

5. Conclusioni.

Nella consapevolezza della complessità che il tema della maternità e della Procreazione medicalmente assistita richiede, il presente articolo si è interrogato sulla narrazione quotidiana veicolata dalle testate giornalistiche, che, può ipotizzarsi, rispecchino l’immaginario collettivo. Tenendo sempre come riferimento gli artt. 3 e 32 della Costituzione italiana, dunque, riconoscendo valore non solo al diritto alla salute ma soprattutto, al diritto di accedere al servizio sanitario senza discriminazioni, si è cercato di restituire complessità alle narrazioni sulle vicende di PMA. In questo senso, preme, inoltre, sottolineare come, ad oggi, la realtà delle

³⁶ I vantaggi derivati dalla pratica dell’allattamento al seno sono innumerevoli, il più importante dei quali è una riduzione significativa della mortalità, morbilità e malnutrizione infantile.

³⁷ *Breast crawl iniziare l’allattamento al seno con il “breast crawl”*, Child Development and Nutrition Officer, UNICEF – Maharashtra, Edizione Italiana a cura dell’AICPAM, <https://aicpam.org/>.

³⁸ Si guardi agli scritti di S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, in S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità*, cit., e L. RONCHETTI, *Donne e corpi tra sessualità e riproduzione*, *Costituzionalismo.it*, 2006, 2, p. 1 ss.

procreazioni assistite sia profondamente disuguale in ragione della indiscriminata possibilità di accesso alle stesse in alcuni Stati e della differenza spesso all'interno del medesimo paese, aspetto che pone ulteriori interrogativi circa l'effettiva equivalenza tra desiderio-volontà-diritto.

Dunque, consapevole della diversità di principi e norme tra ordinamento italiano e statunitense, si è scelto di osservare come la narrazione giornalistica riguardante i casi di scambio di embrioni avvenuti sia in Italia e negli Stati Uniti, si posizioni in maniera netta nel considerare predominante il legame genetico rispetto a quello che gravidanza e parto creano tra figlio e partoriente, ovvero la madre, *ex art. 269 co. 3 c.c.*, spingendo, così, a ritenere la genitorialità genetica prevalente su quella biologica e sociale. Ciò che si rileva nelle narrazioni è la vistosa assenza della *la relazione di gravidanza*. In questo senso, non si intende togliere valore al legame che si instaura tra madre d'intenzione e figlio o, ancora, affermare l'esistenza di una sola forma dell'*essere madre*, quanto piuttosto rilevare il profondo scarto tra il linguaggio giornalistico e il diritto – in particolare, rispetto alla sentenza del Tribunale di Roma – che svolge la funzione di garante di quei principi propri dell'ordinamento. Nella trattazione, è importante per ciò recuperare la centralità della gravidanza come *esperienza relazionale complessa*, riconoscendo che anche il diritto assegna al corpo femminile una sorta di primazia nel dare vita ad un altro essere umano, tuttavia tutelando, allo stesso tempo, l'interesse del minore espresso nel mantenimento di quei legami fondamentali con la donna e il corpo femminile da cui questo è stato generato.

queste istituzioni

L'integrazione monetaria europea
attraverso (o nonostante) le Corti.
Tra prese di posizione di Karlsruhe
e silenzi di Roma

Andrea Conzutti

Numero 3/2022
30 settembre 2022

L'integrazione monetaria europea attraverso

(o nonostante) le Corti.

Tra prese di posizione di Karlsruhe e silenzi di Roma

di Andrea Conzutti*

Sommario

1. Premessa. – 2. Il “cammino monetario” del *Bundesverfassungsgericht*. – 3. L’assenza del ricorso individuale diretto e il silenzio della Corte costituzionale italiana. – 4. Tra *Verfassungsbeschwerde* e azione di accertamento. – 5. L’art. 88 *Grundgesetz*: la cristallizzazione di una precisa dottrina economica. – 6. L’art. 47 della Costituzione italiana: la “virtù della flessibilità”. – 7. Osservazioni conclusive.

Sintesi

Il contributo si propone di provare a leggere alcune caratteristiche peculiari dell’integrazione monetaria europea attraverso (o nonostante) le Corti, che risaltano in maniera più evidente attraverso la comparazione tra l’esperienza del Tribunale costituzionale federale tedesco e quella della Corte costituzionale italiana. Nel dettaglio, se la Corte di Karlsruhe ha espressamente preso posizione, per ben due volte, sulla compatibilità con il *Grundgesetz* (GG) delle *Unconventional Monetary Policies* adottate dalla Banca centrale europea per far fronte alla crisi dell’Eurozona, la Corte di Roma, dal canto suo, è rimasta del tutto silente rispetto al nuovo ruolo assunto dall’Autorità di emissione, anche quando questa è sembrata travalicare gli stringenti limiti posti dai Trattati. Muovendosi entro queste coordinate, il contributo intende indagare le effettive ragioni alla base del differente approccio seguito dai due organi di giustizia costituzionale di fronte all’avanzare delle politiche monetarie comuni.

Abstract

The paper aims at trying to read some peculiar features of European monetary integration through (and in spite of) the Courts, which stand out most clearly through the comparison between the experience of the German Federal Constitutional Court and that of the Italian Constitutional Court. In detail, if the Court of Karlsruhe has explicitly taken a position, on two occasions, on the compatibility with the *Grundgesetz* (GG) of the *Unconventional Monetary Policies* adopted by the European Central Bank (ECB) to tackle the Eurozone crisis, the Court

* Il presente contributo costituisce la rielaborazione, con aggiornamento, arricchimento dei contenuti e del corredo di note, della relazione svolta dall’Autore nel corso del Panel dal titolo “*Integrazione europea attraverso (o nonostante) le Corti*”, tenutosi presso l’Università degli Studi di Bologna il 16 settembre 2022, nell’ambito della terza Conferenza annuale della sezione italiana dell’*International Society of Public Law* (ICON-S) sul tema “*Il futuro dello Stato*”.

* Dottorando di ricerca e cultore della materia in Diritto costituzionale presso l’Università degli Studi di Trieste, sede convenzionata dell’Università degli Studi di Udine.

of Rome, for its part, has remained completely silent with respect to the new role assumed by the ECB, even when the latter seemed to go beyond the narrow limits set by the Treaties. Moving within these frameworks, the paper intends to investigate the actual reasons behind the different approaches followed by the two bodies of constitutional justice in the face of the advancement of common monetary policies.

Parole chiave

Integrazione monetaria europea; *Bundesverfassungsgericht*; Corte costituzionale italiana; “cammino europeo”; *Verfassungsbeschwerde*

1. Premessa.

Le somiglianze che accomunano il “cammino europeo”¹ del *Bundesverfassungsgericht* (*BVerfG*) e della Corte costituzionale italiana sono senza dubbio numerose: dalla giurisprudenza sul rispetto dei controllimiti al nuovo regime dei rapporti tra diritti fondamentali interni e diritto dell’Unione europea, passando per i primi rinvii pregiudiziali alla Corte di Giustizia².

Eppure, nonostante questa tendenziale convergenza di orizzonti interpretativi legati all’*European integration process*, i due organi di giustizia costituzionale, come si avrà modo di vedere, hanno seguito un approccio che esibisce differenze significative in materia di politiche monetarie comuni.

In una simile prospettiva, il presente contributo si propone di leggere alcune caratteristiche peculiari dell’integrazione monetaria europea attraverso (o nonostante) le Corti, che risaltano in maniera ancora più evidente attraverso la comparazione tra l’esperienza del Tribunale costituzionale federale tedesco e quella della Corte costituzionale italiana, provando, in particolare, a indagare le effettive ragioni alla base dei diversi orientamenti assunti da tali attori costituzionali di fronte al processo di *enlargement of functions* della Banca centrale europea (BCE)³.

2. Il “cammino monetario” del *Bundesverfassungsgericht*.

Partendo dall’analisi di quello che, con espressione semplificante ma evocativa, potremmo definire il “cammino monetario” del *BVerfG*, occorre rimarcare come, in tempi recenti,

¹ Si mutua, qui, la fortunata espressione di P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1973, pp. 2406 ss., il quale l’aveva coniata con riferimento al “percorso europeo” della Corte costituzionale italiana.

² Per un’analisi di questi aspetti si rinvia, tra gli altri, a G. REPETTO, *Il Bundesverfassungsgericht e l’Europa: nuovi equilibri? La violazione congiunta dei diritti nazionali e della Carta Ue*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2020, pp. 329 ss.

³ Cfr. A. VON BOGDANDY, D. PARIS, *La forza si manifesta pienamente nella debolezza. Una comparazione tra la Corte costituzionale e il Bundesverfassungsgericht*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2020, pp. 9 ss.

l'attenzione di questo attore costituzionale si sia rivolta in maniera significativa nei confronti dell'inedito ruolo assunto dalla BCE durante l'eurocrisi⁴.

Anzitutto, la Corte di Karlsruhe veniva sollecitata, sia mediante un conflitto tra poteri (*Organstreit*) che, soprattutto, tramite la via del ricorso individuale diretto (*Verfassungsbeschwerde*), a valutare la compatibilità con la Legge fondamentale tedesca (*Grundgesetz* o GG) del programma di acquisti straordinari c.d. “*Outright Monetary Transactions*” (noto con l'acronimo OMT), annunciato dal Consiglio direttivo della BCE nel corso del celebre discorso sul “*whatever it takes*” del 26 luglio 2012⁵. Prendeva così l'avvio la saga giurisprudenziale Gauweiler/OMT⁶.

Nel dettaglio, i ricorrenti dei giudizi da cui traeva le mosse la complessa vicenda giurisdizionale, che si ritenevano lesi nel loro diritto fondamentale alla democrazia (*Grundrecht auf Demokratie*), contestavano la legittimità del programma in questione sia perché esorbitante dalle attribuzioni della BCE, qualificandosi quale misura non già di politica monetaria, bensì economica (artt. 119, 123(1), 127(1) e (2) TFUE, nonché artt. 17 e 24 del Protocollo sullo Statuto del Sistema europeo delle banche centrali, SEBC), sia perché elusivo del divieto di finanziamento monetario del bilancio degli Stati membri (art. 123 TFUE).

Il *BVerfG* decideva, così, di sottoporre la questione alla Corte di Giustizia dell'Unione europea (CGUE), la quale, posta di fronte al non facile dilemma tra la scelta di delegittimare la BCE o quella di scatenare una dura reazione della Corte tedesca, riconosceva come il piano di acquisti straordinari rientrasse nel novero delle azioni di politica monetaria. I giudici di Lussemburgo precisavano, però, concedendo molto alle ragioni del rimettente, che le OMT avrebbero consentito esclusivamente acquisti di titoli di Stati membri aventi accesso al mercato e solamente per il tempo e la misura strettamente necessari a preservare il meccanismo della trasmissione della politica monetaria e l'unicità della stessa. In questo modo la CGUE, dimostrandosi disponibile a riconoscere che il programma censurato avrebbe dovuto rispettare

⁴ Per un quadro generale sull'evoluzione del ruolo della BCE durante l'eurocrisi, v. E. MOSTACCI, *Alla maniera di Asghar Farhadi. Le operazioni straordinarie della BCE nelle dinamiche della separazione*, in *DPCE*, n. 1/2015, pp. 221 ss.; F. BASSAN, *Il parametro di legittimità delle misure non convenzionali della BCE*, in *Banca impresa società*, n. 2/2015, pp. 173 ss.; A. CANEPA, *Crisi dei debiti sovrani e regolazione europea: una prima rassegna e classificazione di meccanismi e strumenti adottati nella recente crisi economico-finanziaria*, in *Rivista AIC*, n. 1/2015, spec. pp. 10 ss. Sul punto, recentemente, anche T. FAVARO, *Gli interventi delle banche centrali sul mercato. Dalla regolazione al governo dell'economia*, in *Ianus diritto e finanza*, 2020, pp. 1 ss.

⁵ In merito al valore del linguaggio nella politica monetaria, si rinvia, per tutti, ad A. ORIOLI, *Gli oracoli della moneta. L'arte della parola nel linguaggio dei banchieri centrali*, Bologna, Il Mulino, 2016.

⁶ Cfr. P. FARAGUNA, *La saga OMT: il diritto all'ultima parola tra Corte di giustizia e tribunali costituzionali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1/2017, pp. 567 ss., che mette in adeguata luce il “diritto all'ultima parola”, spesso rivendicato dal Tribunale di Karlsruhe, soprattutto rispetto alla Corte di Giustizia.

La saga si compone, specificamente, di tre pronunce: la decisione del *BVerfG* di promuovere il rinvio pregiudiziale alla CGUE: *BVerfG*, 2 BvR 2728/13, 14 gennaio 2014; la decisione della CGUE sul rinvio pregiudiziale: CGUE, 16 giugno 2015, *Peter Gauweiler ed altri c. Deutscher Bundestag*, in causa C-62/14; e infine la decisione definitiva del *BVerfG*: *BVerfG*, 2BvR 2728/13, 21 giugno 2016.

le stringenti condizioni evocate dal *BVerfG* nel suo rinvio pregiudiziale, riusciva abilmente a minimizzare il rischio di innescare un possibile conflitto con il rimettente, evitando di offrire a Karlsruhe il destro per dichiarare *ultra vires* il piano di acquisti europeo⁷. Di tal che il Tribunale costituzionale, nel momento in cui tornava a pronunciarsi in via definitiva sulla questione, con decisione del 21 giugno 2016, ritenendo sufficienti le rassicurazioni puntualmente fornite dalla CGUE, si limitava ad adottare una sentenza mista di inammissibilità e rigetto dei ricorsi sollevati con *Verfassungsbeschwerde* e conflitto tra poteri⁸.

Chiusa la saga Gauweiler/OMT con una decisione tutto sommato “conciliante” della Corte tedesca, un nuovo capitolo prendeva l’avvio con il varo, ad opera della BCE, del “*Public Sector Purchase Programme*” (PSPP), meglio noto come “*Quantitative Easing*” (QE). Detto programma straordinario, posto in essere da Francoforte per fronteggiare la crisi economica europea, prevedeva massicci acquisti di titoli di Stato nonché di obbligazioni, da parte del SEBC, motivati dall’intento di stimolare l’inflazione per riportarla all’obiettivo del 2%⁹. Diversi ricorsi diretti venivano, però, sollevati dinanzi al Tribunale costituzionale federale per far dichiarare, da un lato, la non applicabilità del PSPP da parte della *Bundesbank*, e, dall’altro, l’obbligo per i pubblici poteri tedeschi di farsi parte attiva nell’impedirne l’applicazione in Germania. Ad avviso dei ricorrenti, infatti, il programma censurato violava il divieto di finanziamento monetario (art. 123 TFUE), eccedendo gli stringenti limiti del mandato conferito

⁷ Le opposte esigenze sottese alla pronuncia della CGUE sono evidenziate da L.F. PACE, *The OMT case, the “intergovernmental drift” of the Eurozone crisis and the (inevitable) rectification of the BVerfG jurisprudence in light of the ECJ’s Gauweiler judgment*, in *Diritto dell’Unione europea*, n. 1/2017, pp. 155 ss.

⁸ La letteratura su questa saga giurisprudenziale è ormai sterminata. Per limitarsi ad alcuni riferimenti: A. DI MARTINO, *Le Outright Monetary Transactions tra Francoforte, Karlsruhe e Lussemburgo. Il primo rinvio pregiudiziale del BVerfG*, in *Federalismi.it*, n. 4/2014, pp. 1 ss.; J. LUTHER, *Il rinvio pregiudiziale di Karlsruhe sui poteri della BCE*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2014, pp. 422 ss.; M. BONINI, *Dichiarare ammissibili i ricorsi diretti di costituzionalità e sul conflitto tra poteri dello Stato per ottenere la revisione dei Trattati sovranazionali? Dal Meccanismo europeo di Stabilità alle Outright Monetary Transactions, attraverso una imprevedibile giurisprudenza costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, n. 2/2014, pp. 1 ss.; A. CARDONE, *L’obliterazione dello stato di crisi: la Corte Ue ri(con)duce le misure “non convenzionali” della Bce al diritto “ordinario” dei Trattati*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 5/2015, pp. 1533 ss.; D. ROSSANO, *Legittimo il programma OMT: la Corte di Giustizia dà ragione alla BCE*, in *Rivista trimestrale di diritto dell’economia*, n. 2/2015, pp. 52 ss.; F. MONTANARO, *“Whatever it takes”: le Outright Monetary Transactions al vaglio della Corte di Giustizia*, in *DPCE Online*, n. 3/2015, pp. 251 ss.; P. FARAGUNA, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul caso OMT/Gauweiler*, in *Diritti comparati*, n. 1/2016, pp. 1 ss.; F. SAITTO, *Il Bundesverfassungsgericht e l’Europa: istanze “controdemocratiche”, principio di responsabilità e difesa della democrazia rappresentativa alla luce del caso OMT*, n. 3/2016, pp. 23 ss.; A. DE PETRIS, *Un compromesso responsabile: la risposta del Tribunale costituzionale federale tedesco alla sentenza della Corte di Giustizia sul rinvio pregiudiziale di Karlsruhe*, in *Federalismi.it*, n. 13/2016, pp. 2 ss.; R. IBRIDO, *Il controllo democratico della politica monetaria: equilibri costituzionali e integrazione europea dopo le sentenze OMT*, in *Federalismi.it*, n. 5/2017, pp. 2 ss.

⁹ In merito alla garanzia di stabilità dei prezzi quale fine istituzionale della BCE, cfr. G. REPETTO, *Responsabilità politica e governo della moneta: il caso BCE*, in G. AZZARITI (a cura di), *La responsabilità politica nell’era del maggioritario e nella crisi della statualità*, Torino, 2005, p. 299. Ma sul punto già C. PINELLI, *Cittadini, responsabilità politica, mercati globali*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1997, p. 60, il quale osservava come l’obiettivo della stabilità, certamente destinato a prevalere nel breve periodo, si sarebbe, nel lungo periodo, rivelato servente rispetto alle finalità contemplate dall’(allora) art. 2 TCE.

alla BCE e al SEBC (artt. 119 e 127 TFUE, nonché artt. 17 e 24 del Protocollo n. 4 allegato allo Statuto della BCE)¹⁰. Da qui, ancora una volta, come già nell'ipotesi delle OMT, la lesione del diritto individuale alla democrazia dell'elettore tedesco e dunque il pregiudizio per l'identità costituzionale della Repubblica federale.

In questa cornice, il *BVerfG* chiamava nuovamente in causa la CGUE, la quale rispondeva riconoscendo una sostanziale patente di legittimità all'operato della BCE ed escludendo che quel programma violasse il diritto dell'Unione europea. Senonché, a seguito della riassunzione del giudizio all'esito del rinvio pregiudiziale, con sentenza del 5 maggio 2020, i giudici tedeschi, opinando in senso opposto a quanto accertato dal giudice dell'Unione, sorprendentemente ritenevano che tanto il piano PSPP quanto la stessa sentenza *Weiss* della Corte di Giustizia, che lo aveva ritenuto compatibile con i Trattati, travalicassero in maniera grave e manifesta i poteri degli organi che li avevano adottati¹¹.

Questa decisione dalla portata dirompente, definendo, per la prima volta nella storia della giurisprudenza costituzionale tedesca, atti di istituzioni europee *ultra vires*, e come tali non vincolanti per gli organi pubblici della Repubblica federale, segnava un momento di forte tensione – se non di vera e propria rottura – nei rapporti tra la Corte di Karlsruhe e l'ordinamento europeo, sebbene gli sviluppi successivi abbiano, per la verità, progressivamente

¹⁰ Anche qui la saga si compone di tre pronunce: la decisione del *BVerfG* di promuovere il rinvio pregiudiziale alla CGUE: *BVerfG*, 2 BvR 859/15, 18 luglio 2017; la risposta della CGUE sul rinvio pregiudiziale: CGUE, 11 dicembre 2018, *Weiss e a.*, in causa C-493/17; ed infine la decisione del *BVerfG* che ha definito la questione: *BVerfG*, 2 BvR 859/15 – 2 BvR 1651/15 – 2 BvR 2006/15 – 2 BvR 980/16, 5 maggio 2020.

¹¹ La vicenda culminata nella sentenza del 5 maggio 2020 è stata ampiamente commentata, sia qui sufficiente rinviare ad A. CIANCIO, *The 5 May 2020 Bundesverfassungsgericht's Decision on the ECB's Public Sector Purchase Programme: An Attempt to "Break the Toy" or a New Starting for the Eurozone?*, in *Federalismi.it*, n. 16/2020, pp. 44 ss.; A. DI MARTINO, *Bundesverfassungsgericht e atti europei ultra vires: cultura costituzionale e tradizione economica*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2020, pp. 1 ss.; J. ZILLER, *L'insopportabile pesantezza del giudice costituzionale tedesco*, in *AISDUE*, n. 1/2020, pp. 1 ss.; O. CHESSA, *Il paradosso di Karlsruhe. Primato del diritto costituzionale nazionale e separazione tra politica monetaria e politica economica*, in *Consulta Online, Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 7 luglio 2020, pp. 1 ss.; G. SCACCIA, *Nazionalismo giudiziario e diritto dell'Unione europea: prime note alla sentenza del BVerfG sui programmi di acquisto di titoli del debito della BCE*, in *DPCE Online*, n. 2/2020, pp. 2857 ss.; A. GUAZZAROTTI, *Cose molto cattive sulla ribellione del Tribunale costituzionale tedesco al Quantitative easing della BCE*, in *laCostituzione.info*, 10 maggio 2020; P. FARAGUNA, *Bundesverfassungsgericht contro tutti: Quantitative Easing incostituzionale per difetto di motivazione della proporzionalità*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 2/2020, pp. 429 ss.; M. PICCHI, *La pronuncia del Bundesverfassungsgericht sul Public Sector Purchase Programme: quando da una "prova di forza" possono scaturire le premesse per un necessario "cambio di passo"*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2020, pp. 796 ss.; F. SALMONI, *Nota a prima lettura della sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco sul Quantitative easing: una decisione politica che chiude la strada alle misure di mutualizzazione del debito e la apre al MES*, in *Consulta online*, n. 2/2020, pp. 289 ss.; A. SOMMA, *Democrazia e mercato ai tempi del coronavirus. La Corte di Karlsruhe e la difesa a senso unico dell'ortodossia neoliberale*, in *DPCE Online*, n. 2/2020, pp. 2869 ss.; D.U. GALETTA, *Karlsruhe über alles? Il ragionamento sul principio di proporzionalità nella pronuncia del 5 maggio 2020 del BVerfG tedesco e le sue conseguenze*, in *Federalismi.it*, n. 14/2020, pp. 166 ss.; L.F. PACE, *Il BVerfG e la sentenza sul programma PSPP: "c'è della logica in questa follia"? Il prevedibile "rientro" della "crisi istituzionale" annunciata nella sentenza (provvisoria) del 5 maggio 2020*, in *Federalismi.it*, n. 16/2020, pp. 299 ss.

condotto, anche grazie ad un determinante contributo della politica, ad un certo raffreddamento della temperatura di un conflitto senza precedenti¹².

3. L'assenza del ricorso individuale diretto e il silenzio della Corte costituzionale italiana.

A fronte di questo marcato attivismo del *BVerfG*, non a caso indicato come un vero e proprio «egemone non riluttante»¹³, la Corte costituzionale italiana, dal canto suo, è rimasta del tutto silente rispetto alle decisioni di politica monetaria adottate dalla BCE, anche quando essa è sembrata travalicare gli stringenti limiti posti dai Trattati.

Occorre, a questo punto, provare a chiedersi quali siano le ragioni giustificatrici del differente approccio seguito dalle due Corti costituzionali e, soprattutto, i motivi alla base del silenzio del giudice delle leggi italiano.

A una simile differenza di atteggiamento è certamente collegato un primo aspetto differenziale decisivo, vale a dire il rilievo centrale assunto dalle *forme di accesso* al sindacato

¹² Il *BVerfG*, in particolare, contestava, sia alla BCE che alla CGUE, un grave difetto di motivazione che impediva un sindacato giurisdizionale sul rispetto del principio di proporzionalità, assegnando un periodo transitorio di tre mesi entro il quale porre rimedio al vizio rilevato. Di tal che, entro il termine fissato dalla Corte di Karlsruhe, la BCE provvedeva, attraverso l'invio confidenziale di appositi documenti, a fornire ulteriori motivazioni sulla proporzionalità delle misure adottate. Motivazioni, queste, che venivano ritenute sufficienti dal *Bundestag*, il quale, pronunciandosi in tal senso con una mozione approvata a larga maggioranza, aveva contribuito a disinnescare il conflitto costituzionale. Eppure, il 9 giugno 2021, a più di un anno di distanza dalla summenzionata decisione del Tribunale costituzionale, la Commissione europea – dopo che già precedentemente aveva reso noto l'intendimento di considerare l'avvio di una procedura d'infrazione a carico della Repubblica federale tedesca – decideva di inviare una lettera di costituzione in mora alla Germania per violazione dei principi fondamentali del diritto dell'Unione e, segnatamente, dei principi di autonomia, primato, effettività e applicazione uniforme del diritto dell'Unione, nonché del rispetto della giurisdizione della Corte di giustizia. Il 2 dicembre 2021, la Commissione europea decideva, infine, di chiudere la procedura di infrazione contro la Germania, a fronte dell'impegno formale della Repubblica federale a riconoscere il primato del diritto dell'Unione nonché l'autorità della Corte di giustizia. Per la decisione in questione si rinvia a Commissione europea, *Pacchetto infrazioni di giugno*, consultabile all'indirizzo <https://bit.ly/3FFziFZ>; per dei primissimi approfondimenti in merito cfr. F. FABBRINI, *Salvare la Corte costituzionale tedesca da sé stessa*, in *Centro Studi sul Federalismo*, Commento n. 223, 14 giugno 2021; D.U. GALETTA, J. ZILLER, *C'était la moindre des choses... A propos de la procédure d'infraction contre l'Allemagne en relation avec la décision de la Cour constitutionnelle fédérale dans l'affaire Weiss-PSPP*, in *Blogdroiteuropéen*, 15 giugno 2021; P. FARAGUNA, *C'è un giudice per Berlino? La Commissione mette in mora la Germania per la sentenza Weiss*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2021, pp. 708 ss. Quanto agli aspetti legati all'apertura di un simile scenario v. S. POLI, R. CISOTTA, *The German Federal Constitutional Court's Exercise of Ultra Vires Review and the Possibility to Open an Infringement Action for the Commission*, in *German Law Journal*, 21(5), 2020, pp. 1078 ss.

¹³ Cfr. P. FARAGUNA, *Il Bundesverfassungsgericht di fronte all'Unione europea: l'egemone non riluttante*, in G. REPETTO, F. SAITTO (a cura di), *Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania. Una prospettiva comparativa alla luce del caso italiano*, Napoli, Jovene, 2020, p. 191, il quale sottolinea che, se alla Repubblica federale tedesca è stata, con efficacia, attribuita l'etichetta della riluttanza nell'esercizio della sua egemonia all'interno dell'Unione europea, lo stesso non può dirsi per il *BVerfG* che ha, quantomeno in parte, riempito il vuoto di *leadership*, che le istituzioni politiche tedesche non hanno voluto o saputo esercitare. Per un analogo ordine di idee si vedano, già, W. STREECK, *L'egemonia tedesca che la Germania non vuole*, in *Il Mulino*, n. 4/2015, pp. 601 ss.; G.E. RUSCONI, *Egemonia vulnerabile. La Germania e la sindrome Bismarck*, Bologna, Il Mulino, 2016.

delle rispettive Corti costituzionali¹⁴. In Germania, la presenza del ricorso diretto di costituzionalità ha consentito al *BVerfG* un notevole potere di conformazione delle dinamiche collegate all'avanzare delle politiche monetarie comuni; in Italia, al contrario, la limitazione dell'accesso alla giustizia costituzionale al solo giudizio incidentale ha fortemente condizionato gli spazi di manovra del giudice delle leggi, al quale non si è mai presentata l'occasione di prendere espressamente posizione sugli specifici problemi connessi all'avanzare del processo di integrazione monetaria europea¹⁵.

4. Tra *Verfassungsbeschwerde* e azione di accertamento.

Se, come visto, nella Repubblica federale tedesca, il ricorso individuale diretto ha svolto un ruolo imprescindibile nel portare questioni europee al sindacato del *BVerfG*, non si può non evidenziare come, a ben vedere, ciò sia avvenuto con l'interessata complicità del *BVerfG* stesso¹⁶.

In linea di principio, infatti, le porte di accesso per la *Verfassungsbeschwerde* sono assai anguste, richiedendo, al ricorrente, di affermare una violazione immediata (*unmittelbar*) e attuale (*gegenwärtig*) del diritto fondamentale in questione¹⁷. Ciononostante, il Tribunale costituzionale federale tedesco, pur di esprimere la sua influente voce nel contesto europeo, non ha esitato a forzare lo strumento del ricorso individuale diretto fino alle sue massime potenzialità¹⁸: si pensi, ad esempio, al caso delle OMT, avente ad oggetto un programma meramente annunciato e mai effettivamente messo in atto¹⁹.

¹⁴ A. VON BOGDANDY, D. PARIS, *La forza si manifesta pienamente nella debolezza. Una comparazione tra la Corte costituzionale e il Bundesverfassungsgericht*, cit., pp. 9 ss.

¹⁵ Cfr., in questo senso, G. REPETTO, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Europa: nuovi equilibri? La violazione congiunta dei diritti nazionali e della Carta Ue*, cit., spec. pp. 349 ss.

¹⁶ Sul punto, v. A. GUAZZAROTTI, *Legalità senza legittimazione? Le "clausole europee"*, in *Costituzionalismo.it*, pp. 21 ss.; F. SAIITTO, *L'accesso diretto alla giustizia costituzionale nella dinamica dei conflitti*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3/2019, p. 785.

¹⁷ P. FARAGUNA, *Il Bundesverfassungsgericht di fronte all'Unione europea: l'egemone non riluttante*, cit., p. 196. Vedi anche K. SCHLAICH, S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht, Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, München, C.H. Beck Verlag, 2018.

¹⁸ In merito alla torsione dello strumento della *Verfassungsbeschwerde*, cfr., ad esempio, G. DELLEDONNE, *Il controllo formale sul trasferimento di diritti sovrani: un ulteriore arricchimento dello strumentario del Bundesverfassungsgericht*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2020, pp. 442 ss.

¹⁹ Sul vaglio di ammissibilità particolarmente rilassato che il Tribunale costituzionale federale tedesco ha concesso in relazione al diritto europeo, si soffermano anche R. LEHNER, *Die "Integrationsverfassungsbeschwerde" nach Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG: prozessuale und materiell-rechtliche Folgefragen zu einer objektiven Verfassungswahrungsbeschwerde*, in *Der Staat*, n. 4/2013, pp. 535 ss.; F. SAIITTO, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Europa: istanze "controdemocratiche", principio di responsabilità e difesa della democrazia rappresentativa alla luce del caso OMT*, cit., pp. 46 ss. Si veda, altresì, la ricostruzione contenuta in *BVerfG*, 2BvR 2728/13, 21 giugno 2016, par. 165 ss.

Più nel dettaglio, la Corte di Karlsruhe ha ammesso, sin dal *Maastricht Urteil*²⁰, attraverso una costruzione interpretativa assai lontana dai predetti requisiti di immediatezza e attualità, che il cittadino elettore possa lamentare una violazione del suo diritto di voto di cui all'art. 38(1) GG, dal quale si estrae un vero e proprio diritto individuale alla democrazia, inteso come diritto a eleggere un *Bundestag* che disponga di uno spazio di determinazione politica sufficiente quale legislatore di bilancio²¹.

Tenendo presente questa giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale tedesco, e volgendo lo sguardo al contesto italiano, non può non venire immediatamente in mente, pur con i dovuti distinguo del caso, il tentativo di allargare le maglie del giudizio incidentale, in materia elettorale, operato dalla Corte costituzionale italiana con le sentt. nn. 1/2014, 35/2017, 48/2021 e 240/2021. Si tratta di decisioni in cui il giudice delle leggi italiano ha dichiarato ammissibili questioni di costituzionalità sollevate nel corso di giudizi di mero accertamento del diritto di voto, di cui ha valorizzato la peculiarità e la difficile sindacabilità, facendo, altresì, riferimento al criterio, seppur oscillante, della c.d. “zona franca” dal sindacato di costituzionalità²².

Il che dimostra come la Corte costituzionale italiana, quando ha effettivamente inteso percorrere questa direzione, è stata capace, attraverso un'attenta modulazione dei criteri di ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale, di colmare i più evidenti vuoti di tutela che l'assenza di ricorso diretto individuale può comportare nel nostro ordinamento. E questo proprio con riferimento a quel diritto di voto che, nella costruzione interpretativa del Tribunale costituzionale federale tedesco, funge da ponte tra ordinamento costituzionale nazionale e ordinamento europeo, contribuendo, di fatto, a fondare la posizione processuale del singolo davanti al Tribunale costituzionale stesso²³.

²⁰ *BVerfG*, 2 BvR 2134, 2159/92, 12 ottobre 1993. Cfr. A. ANZON, J. LUTHER, *Il Trattato di Maastricht e l'ordinamento tedesco nella sentenza 12 ottobre 1993 del Tribunale costituzionale federale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, pp. 677 ss.; G.U. RESCIGNO, *Il Tribunale costituzionale federale tedesco e i nodi costituzionali del processo di unificazione europea*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, pp. 3113 ss.

²¹ P. FARAGUNA, *Il Bundesverfassungsgericht di fronte all'Unione europea: l'egemone non riluttante*, cit., p. 198.

²² Cfr., per tutti, le ricostruzioni di G. D'AMICO, *Azione di accertamento e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018; C. PADULA, *La tutela diretta dei diritti fondamentali. Il preenforcement constitutional challenge contro le leggi negli Stati Uniti e le questioni incidentali “astratte” in Italia*, Torino, Giappichelli, 2018. Per un'analisi critica di questa giurisprudenza della Corte costituzionale, si rinvia anche a R. BIN, *La Corte Costituzionale può introdurre con una sentenza il ricorso diretto di costituzionalità delle leggi?*, in *laCostituzione.info*, 13 gennaio 2017.

²³ Cfr. F. SAITTO, *Il ricorso individuale diretto. Assetti del sistema di giustizia costituzionale e rapporti tra giurisdizioni in Germania*, in G. REPETTO, F. SAITTO (a cura di), *Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania*, cit., pp. 43 ss.

5. L'art. 88 *Grundgesetz*: la cristallizzazione di una precisa dottrina economica.

Alla luce di quanto sin qui detto, appare evidente come la diversità di approccio seguito dal Tribunale costituzionale federale tedesco e dalla Corte costituzionale italiana non possa spiegarsi esclusivamente sulla base della diversità dei canali di accesso ai rispettivi giudizi di costituzionalità, quantomeno nella misura in cui quest'ultima potrebbe, almeno astrattamente, essere superata seguendo il percorso dell'azione di accertamento.

Pertanto, muovendo lo sguardo dalle specifiche modalità di ricorso ai giudici costituzionali al contesto, più generale, in cui essi si trovano a operare, un ulteriore elemento differenziale emerge con chiarezza nel confronto tra le due Carte fondamentali, sul cui rispetto i primi sono tenuti a vigilare.

Nel dettaglio, la legge fondamentale tedesca dedica un'apposita disposizione in tema di Banca centrale. L'art. 88 GG stabilisce, infatti, che:

«Il *Bund* istituisce una banca valutaria e di emissione come Banca federale».

A questo primo periodo della disposizione è stato aggiunto, al momento della ratifica del Trattato di Maastricht da parte della Repubblica federale tedesca, un ulteriore periodo, secondo cui:

«Le sue funzioni e competenze possono essere trasferite, nel quadro dell'Unione europea, alla Banca centrale europea, che è indipendente ed è vincolata allo scopo primario della sicurezza e della stabilità dei prezzi»²⁴.

Come si può notare, in questo modo, si è cristallizzata, a livello costituzionale tedesco, una precisa dottrina economica (quella di stampo ordoliberal e monetarista), attribuendo alla BCE un mandato rigido, espressamente basato su due postulati macroeconomici: la *central bank independence* (CBI) e il connesso principio della *price stability*²⁵. Il che ha prodotto l'inevitabile conseguenza per cui qualsiasi mutamento della posizione della Banca a livello europeo

²⁴ M. HERDEGEN, *Art. 88*, in TH. MAUNZ, G. DÜRIG, *Grundgesetz Kommentar*, Band VI, Art. 86-106 b, München, C.H. Beck Verlag, 2012, pp. 3 ss.

²⁵ Cfr., al riguardo, quanto argomentato da S. BARONCELLI, *La Banca centrale europea: profili giuridici e istituzionali. Un confronto con il modello della Federal Reserve*, Firenze, European Press Academy Publishing, 2000, pp. 168 ss.; O. ROSELLI (a cura di), *Europa e Banche centrali*, Quaderni della Rassegna di diritto pubblico europeo, Napoli, ESI, 2004; C. ZILIOLO, M. SELMAYR, *La Banca Centrale Europea*, Milano, Giuffrè, 2007; S. ANTONIAZZI, *La Banca centrale europea tra politica monetaria e vigilanza bancaria*, Torino, Giappichelli, 2013, spec. pp. 23 ss.; A. GUZZAROTTI, *Crisi dell'euro e conflitto sociale. L'illusione della giustizia attraverso il mercato*, Milano, FrancoAngeli, 2016; O. CHESSA, *La costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della banca centrale, pareggio di bilancio*, Napoli, Jovene, 2016; M. BONINI, *La Banca centrale europea tra forma di governo parlamentare, democrazia "à la UE" e "costituzionalismi intrecciati"*, in *Rivista AIC*, n. 4/2016, ora in C. BUZZACCHI, (a cura di), *La Banca Centrale Europea. Il custode della costituzione economica*, Milano, Giuffrè, 2017, pp. 61 ss.

richiederebbe non solo la modifica dei Trattati, e dunque il consenso in tal senso di tutti gli Stati membri, ma, perfino, una revisione della Costituzione tedesca²⁶.

6. L'art. 47 della Costituzione italiana: la "virtù della flessibilità".

In Italia, invece, la disposizione di riferimento è l'art. 47(1) Cost., il quale dispone semplicemente che:

«La Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito».

Manca, dunque, nella Costituzione italiana una chiara disposizione, come quella posta dalla Legge fondamentale tedesca, sull'indipendenza della Banca centrale e sulla stabilità della moneta²⁷. Ebbene, proprio questa mancanza di una previsione costituzionale rigida ha prodotto, nel nostro Paese, un sistema caratterizzato da una forte elasticità, con notevoli possibilità di mutamento²⁸.

Difatti, quanto al primo postulato macroeconomico summenzionato, l'art. 47 Cost. non solo non parla di *indipendenza* della Banca centrale, ma non parla nemmeno di Banca centrale. Eppure, la presenza del termine «Repubblica» nell'art. 47, è stato detto, sembra legittimare qualunque soluzione²⁹:

- sia quella di una Banca centrale indipendente dal potere politico, dunque, libera nell'acquisto dei titoli di Stato, poiché, se Repubblica significa Stato-ordinamento, qualsiasi soggetto pubblico, anche autonomo³⁰, come la Banca d'Italia, a seguito del c.d. "divorzio" con il

²⁶ Così A. PREDIERI, *Euro poliarchie democratiche e mercati monetari*, Torino, 1998, p. 293, che richiama l'opinione di G. MAJONE, *Europe's Democratic Deficit: The Questions of Standards*, in *European Law Journal*, Vol. 4, No. 1, 1998, pp. 5 ss., spec. p. 15.

²⁷ Si vedano, tra gli altri, A. CERRI, A. BALDASSARRE, *Interpretazione dell'ordinanza di remissione, tutela del risparmio, decreti legislativi vincolati*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1965, spec. pp. 824 ss.; G. PUCCINI, *L'autonomia della Banca d'Italia. Profili costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1978, pp. 77 ss.; F. MERUSI, *Art. 47*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, vol. III, Bologna, Zanichelli, 1980, pp. 153 ss.; G.M. SALERNO, *Art. 47*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam, 1990, pp. 318 ss.; P.F. LOTITO, *Banca d'Italia e potere monetario. Profili istituzionali*, Torino, Giappichelli, 1998, pp. 123 ss.; S. BARONCELLI, *Art. 47*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino, Utet, 2006, pp. 946 ss.; M. SARCINELLI, *La Costituzione italiana e la moneta: un incontro mancato*, in *Rivista di Politica Economica*, 2006, pp. 88 ss.; M. GIAMPIERETTI, *Art. 47*, in S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam, 2008, pp. 474 ss.; F. MOROSINI, *Banche centrali e questione democratica: il caso della Banca centrale europea*, Pisa, ETS, 2014, pp. 105 ss.; C. BUZZACCHI, *Risparmio, credito e moneta tra art. 47 Cost. e funzioni della Banca centrale europea: beni costituzionali che intersecano ordinamento della Repubblica e ordinamento dell'Unione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2016, pp. 39 ss.; R. IBRIDO, *L'Unione bancaria europea. Profili costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2017, spec. pp. 67 ss.

²⁸ Lo rimarca A. PREDIERI, *Il potere della banca centrale: isola o modello?*, Firenze, Passigli, 1996, spec. p. 39. Sulla medesima lunghezza d'onda, vedi anche S. ORTINO, *Banca d'Italia e Costituzione*, Pisa, Pacini editore, 1979, p. 157 ss.

²⁹ Così G.M. SALERNO, *Art. 47*, cit., p. 320.

³⁰ F. MERUSI, *Art. 47*, cit., p. 166.

Ministero del Tesoro, e la BCE, secondo quanto disposto dal Trattato di Maastricht, può essere collocato al vertice dell'ordinamento monetario;

- sia quella di una Banca centrale che, per quanto formalmente indipendente, finisce, di fatto, per monetizzare i fabbisogni di bilancio degli Stati, come avvenuto con le decisioni monetarie non convenzionali della BCE durante la crisi dell'Eurozona e come avveniva con la Banca d'Italia, nel modello pre-Maastricht e, soprattutto, pre-“divorzio” con il Ministero del Tesoro, quando quest'ultima era tenuta ad acquistare i titoli di Stato rimasti invenduti alle aste pubbliche.

Quanto, poi, al secondo postulato macroeconomico, l'art. 47, come visto, non solo non parla di stabilità dei prezzi, ma non parla nemmeno di moneta. Tuttavia, si tratta, a ben vedere, di una disposizione talmente elastica da consentire:

- sia di essere interpretata in maniera restrittiva, ricavando il fine primario della stabilità nel tempo del valore del metro monetario – posto che, altrimenti, non avrebbe alcun senso stabilire il principio della tutela del risparmio, se, contemporaneamente, non si tutelasse anche il valore di quella moneta sulla quale il primo necessariamente si fonda – e conferendo, in questo modo, una patente di legittimità a politiche monetarie convenzionali, restrittive, di stampo ordoliberal e anti-inflazionistiche, in linea con il tenore testuale dei Trattati;

- sia di essere interpretata in maniera estensiva, ricavando un principio di tutela della stabilità dei prezzi non rigidamente inteso, capace, cioè, di essere temperato con altre finalità di politica monetaria, legittimando, in questo modo, anche politiche monetarie non convenzionali, espansive, di stampo keynesiano e anti-speculative, in linea con l'operato proprio della BCE durante l'eurocrisi³¹.

7. Osservazioni conclusive.

Insomma, volendo provare a trarre le fila del discorso, non pare peregrino concludere che:

1) l'assenza del ricorso individuale diretto emerge, nel confronto con il Tribunale costituzionale federale tedesco, come l'elemento di maggior debolezza del giudice costituzionale italiano, alla cui giurisdizione non si è mai offerta l'occasione per prendere espressamente posizione sulle vicende legate all'evolvere dell'integrazione monetaria europea³². Cionondimeno, si è visto che, se fosse effettivamente questa l'intenzione della Corte costituzionale, una strada, forse, ci sarebbe: quella dell'azione di accertamento dinanzi al giudice comune, alla stregua della

³¹ L.F. PACE, *Il regime giuridico dell'euro: la nascita dell'unione economica e monetaria, la sua crisi e la risposta dell'Unione europea*, Bari, Cacucci, 2018, *passim*.

³² Cfr. A. VON BOGDANDY, D. PARIS, *La forza si manifesta pienamente nella debolezza. Una comparazione tra la Corte costituzionale e il Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 11.

giurisprudenza tedesca che valorizza un'interpretazione estensiva e qualificata del diritto di voto come ponte tra ordinamento interno e dell'Unione europea;

2) proprio per questo motivo, l'effettiva ragione del silenzio del giudice delle leggi italiano è, probabilmente, un'altra e discende, a ben vedere, dalla “forza” della Costituzione repubblicana, *sub specie* di elasticità del suo dettato costituzionale³³. In altri termini, la nostra Corte costituzionale, nella misura in cui può far leva su una disciplina costituzionale virtuosamente modellata all'insegna della flessibilità, in quanto non conformatasi a una specifica premessa di teoria economica, a differenza del suo omologo tedesco, non si trova costretta a intervenire ogni qual volta l'Istituzione monetaria europea opera al limite delle proprie attribuzioni, mettendo sotto stress i postulati macroeconomici che le giustificano³⁴.

Per chiudere con una battuta conclusiva, possiamo plausibilmente discorrere di una vera e propria “virtù della flessibilità”, che – si badi bene – non si traduce in un'assenza di valori, bensì in valori capaci di adeguarsi al mutamento del tempo e del contesto, soprattutto in una materia ontologicamente fluida e incerta, non suscettibile di ricondursi a principi immutabili, come quella monetaria³⁵.

³³ F. LANCHESTER, *La Costituzione tra elasticità e rottura*, Milano, Giuffrè, 2011.

³⁴ Alcuni spunti, al riguardo, in M. GOLDMANN, *Adjudicating Economics? Central Bank Independence and the Appropriate Standard of Judicial Review*, in *German Law Journal*, Vol. 15, No. 2, 2014, pp. 266 ss.

³⁵ Così, espressamente, S. ORTINO, *Banca d'Italia e Costituzione*, cit., p. 162.

queste istituzioni

**Riflessioni comparate su
costituzionalismo substatatale e
secessionismo a partire
dall'esperienza scozzese**

Luigi Maria Pepe

Numero 3/2022
30 settembre 2022

Riflessioni comparate su costituzionalismo substatale e secessionismo a partire dall'esperienza scozzese

di Luigi Maria Pepe*

Sommario

1. Il costituzionalismo substatale tra identità e cultura. – 2. Il costituzionalismo substatale scozzese in una prospettiva comparata. – 2.1 Scozia, costituzionalismo e potere costituente: spunti di riflessione con il Québec. – 3. Il Costituzionalismo e la secessione: itinerari di diritto internazionale e comparato. – 3.1 Scozia, Québec e Catalogna a confronto nelle dinamiche secessioniste. – 4. I due volti del costituzionalismo: la sovranità dello Stato e il principio di autodeterminazione dei popoli

Abstract

La crescente importanza e popolarità del costituzionalismo substatale è inevitabilmente e intrinsecamente connessa alla presenza di una distinta identità culturale, sociale e giuridica di un determinato popolo, il cui sforzo è teso ad evitare l'omologazione nel quadro di una globalizzazione non più esclusivamente economica ma anche giuridica. In questo contesto la Scozia rappresenta un esempio emblematico da cui non si può prescindere nella disamina dei costituzionalismi substatali. L'assenza nel Regno Unito di una carta costituzionale, in combinazione con una forte e distinta tradizione costituzionale per la Scozia, ha reso questo costituzionalismo tra i più interessanti da indagare. Non solo perché ci si trova all'interno della categoria dei costituzionalismi senza costituzione ma essenzialmente perché la Scozia è l'esempio più significativo del rapporto tra costituzionalismo e nazionalismo, autodeterminazione dei popoli e secessione, oltre che della genetica predisposizione delle costituzioni non scritte a rendere il procedimento di secessione più fluido e scorrevole, a prescindere dagli esiti politici. L'analisi comparatistica con i costituzionalismi substatali del Québec e della Catalogna risulta dunque utile per suffragare la presente tesi. Infatti, soprattutto nel caso della Scozia e del Québec, le due esperienze, nonostante le differenze, si rilevano simili nel modo con cui è stato affrontato il tema, svelando un percorso costituzionale convergente sulla questione costituzionale della sovranità.

Parole chiave

Costituzionalismo; secessione; autodeterminazione; Scozia

1. Il costituzionalismo substatale tra identità e cultura.

Alla luce della rinnovata centralità del dibattito sul costituzionalismo substatale, la domanda sul ruolo di questa disciplina deve aggiornarsi, in primo luogo, per capire se esso rafforzi o

* Avvocato – PhD in Diritto Comparato e Processi di Integrazione, Università della Campania Luigi Vanvitelli.

contraddica il funzionamento del sistema multilivello. Un interrogativo fondamentale, questo, soprattutto nel caso in cui esista una cultura giuridica ed una tradizione costituzionale fortemente distintiva a livello locale, poiché in questo caso il confronto con il sistema giuridico-costituzionale centrale non è sempre semplice e pacifico. È dunque possibile pensare che uno Stato che abbia una costituzione scritta che individui i limiti e i confini dell'autonomia locale, non lo pone certamente al riparo dalla nascita o dalla sopravvivenza di distinte e parallele dottrine costituzionali. Nel caso della Scozia, l'esistenza come Stato sovrano ed indipendente con peculiari istituzioni ed un particolare sistema costituzionale dei poteri ha sicuramente contribuito alla sopravvivenza di una cultura giuridica diversa e distinta rispetto a quella britannica, più propriamente qualificabile come autoctona o *self generated*.

Dal momento che il costituzionalismo substatuale configura la matrice di quella che è essenzialmente una cultura giuridica, la sua presenza non può essere realmente rilevata senza un'indagine altrettanto ampia sulla cultura costituzionale del luogo in questione; ciononostante, è improbabile, per esempio, che l'esistenza di un costituzionalismo substatuale possa essere dedotta in modo affidabile esclusivamente da un esame dei soli testi costituzionali. Infatti, in molti casi, una costituzione substatuale non fa altro che formalizzare la subordinazione amministrativa delle autorità sub-statali al governo centrale difettando di quelle qualità che, invece, indicano un impegno popolare sottostante alla più ampia concezione politico-giuridica del costituzionalismo liberale.

Il fenomeno delle costituzioni substatuali, dunque, non sempre cela al suo interno una forte identità ed una cultura politico-giuridica di base ovvero non sempre nasconde al suo interno un costituzionalismo, proprio in ragione del fatto che si ritiene che esistano costituzioni senza costituzionalismi ossia costituzioni che, quasi in maniera meccanica, descrivono l'apparato istituzionale e la divisione dei poteri senza riflettere i valori, i costumi e le tradizioni di quel determinato Paese o le esperienze e le filosofie dei fondatori dello Stato, le cui convinzioni, specialmente sull'autogoverno, sono state plasmate da «anni di aspra esperienza sulla frontiera»¹. Una difformità decisiva a livello substatuale dove questa distinzione è ancora più evidente.

Il costituzionalismo substatuale nasce rigorosamente alla luce di una forte e distintiva identità locale che ambisce ad essere riconosciuta a livello istituzionale e costituzionale. In casi come questi, quando le costituzioni substatuali sorgono in virtù e sulle fondamenta di un

¹ Per esempio, un'ideologia di costituzionalismo substatuale ha chiaramente guidato la Corte Suprema del Texas quando ha sostenuto, in un caso del 1992, che la Costituzione del Texas deve essere intesa, a differenza della Costituzione degli Stati Uniti, come “un riflesso dei valori, dei costumi e delle tradizioni del Texas”; e deve quindi essere interpretata alla luce delle “esperienze e delle filosofie” dei fondatori dello Stato, le cui convinzioni sull'autogoverno sono state modellate da “anni di aspra esperienza sulla frontiera”, cfr. *Valorie W. Davenport vs. The Honorable Carolyn García*, Supreme Court of Texas, 1992 in www.txcourts.gov.

costituzionalismo, di una tradizione giuridico-costituzionale identitaria, distintiva, autoctona, i problemi per l'intelaiatura costituzionale dello Stato in questione, perfino la sua unità, non possono che moltiplicarsi: il costituzionalismo substatale inevitabilmente porta con sé strascichi identitari, rivendicazioni indipendentiste e secessioniste.

Si può pertanto affermare che il diritto costituzionale e il costituzionalismo non sono la stessa cosa. Mentre il primo si riferisce agli aspetti formali dello Stato e dei diritti, il secondo cerca di cogliere e accogliere le idee sulle forme e gli obiettivi della politica. Si spiega in questo modo come il diritto costituzionale sia il complesso di diritti fondamentali di una società perfezionato al fine di descrivere l'organizzazione dello Stato. Esso deve essere adottato con modalità specifiche ed eventualmente migliorato secondo procedure altrettanto specifiche, rafforzate rispetto a qualsiasi procedimento ordinario. Il costituzionalismo, d'altro canto, invoca l'idea che queste caratteristiche del diritto costituzionale non abbiano solo una funzione descrittiva o organizzativa ma rappresentino un'idea specifica del costituzionalismo liberale. Tale impianto si poggia su due pilastri: sulle rivendicazioni di un popolo per l'autogoverno e sulla protezione delle libertà degli individui². Una volta verificata tale ripartizione è ben più chiaro come possano esistere e coesistere all'interno di uno Stato plurinazionale più costituzionalismi, più dottrine costituzionali che, anche se interdipendenti e fondate su un rapporto di subordinazione non cessano di esprimere le aspirazioni di un popolo. Ci si trova qui esattamente dinanzi al concetto di costituzionalismo senza costituzione. Allorquando invece le due componenti si intersecano si ha una costituzione che rappresenta una *kind of charter of living*³.

2. Il costituzionalismo substatale scozzese in una prospettiva comparata.

Dalle rapide premesse fin qui delineate si comprende come l'universo del costituzionalismo substatale sia costellato da esperienze articolate che possono distinguersi a seconda della forma di stato e di governo del *parent state* ma che nel loro insieme sono accomunate dal rappresentare il vessillo di un forte costituzionalismo identitario di base. A livello substatale è possibile imbattersi in esperienze che hanno realizzato il proprio costituzionalismo in un testo codificato come nel caso degli Stati Uniti e della Svizzera, oppure come nei più recenti sistemi federali della Germania e dell'Austria. Accanto a simili esperienze non bisogna dimenticare quei costituzionalismi substatali che, seppur non codificati, operano organizzando e istituzionalizzando i rapporti con le autorità centrali in maniera tale da rispecchiare e incarnare quel carattere del costituzionalismo poc'anzi descritto. La Scozia e il Québec sono due esempi

² J.A. GARDNER, *In Search of Sub-National Constitutionalism*, in *European Constitutional Law Review*, 2008, 4, 4, p. 325.

³ *Ibidem*.

emblematici, indispensabili per l'esercizio comparativo e per definire il ruolo sempre più in ascesa del costituzionalismo substatale. In entrambe le esperienze è possibile identificare la presenza di un forte spirito identitario, nazionalista e, di conseguenza, costituzionalista, che opera in forme di stato simili ma distinte⁴.

Il Canada rappresenta uno dei modelli federali ispiratosi a quello classico degli Stati Uniti ma con delle variazioni rispetto alle proprietà tipiche della tradizione. Gli accordi di ripartizione delle competenze sono, ad esempio, disciplinati dalla Costituzione federale ma, con il tempo, lo spettro degli accordi centro-periferia si è andato via via arricchendo attraverso convenzioni e intese non formalizzate tra la Federazione e le province, dando vita ad un modello di pluralismo nazionale anche asimmetrico⁵. Le province canadesi non godono di costituzioni subnazionali scritte, ad eccezione del caso della provincia canadese della Columbia Britannica. Le esperienze in cui non esistono costituzioni substatuali come nel caso del Québec si contraddistinguono per il fatto che la tutela dei diritti e l'organizzazione delle istituzioni substatuali dipende significativamente da mezzi politici e parlamentari. Tale componente non può essere trascurata né tralasciata soprattutto quando questi costituzionalismi operano in assenza di una codificazione in forma scritta; tuttavia, appare ancora principale il primato del potere nazionale che può limitare, ridimensionare o potenzialmente escludere le costituzioni substatuali⁶.

La Scozia per lungo tempo ha fatto parte della famiglia dei costituzionalismi senza costituzioni o delle costituzioni substatuali non scritte ma diversamente dal Québec le forti

⁴ Già verso la fine degli anni '90 del Ventesimo secolo, un nuovo scenario si manifestava per le *territorial constitution* e le relative politiche pubbliche. Nazionalismo e Stato sembrano essere due concetti sempre più congiunti e speculari con la rinascita della tutela dei fattori etnici, culturali, identitari e con il tentativo di ricreare mini-Stati nazionali. La rinascita del nazionalismo e delle rivendicazioni minoritarie non è altro che la risposta collettiva al progressivo indebolimento degli Stati nazionali. Emergono nuove forme di identità e di azione collettiva che riconoscono i limiti della sovranità tradizionale e la necessaria interdipendenza del mondo contemporaneo. Specialmente i movimenti nazionalisti in Québec, Catalogna e Scozia non sono pensati come movimenti nazionalisti classici, ma come progetti di costruzione della nazione che riconoscono i limiti della loro formula proprio nella sovranità dello Stato e, dunque, sono impegnati nella costruzione di una nazione senza Stato, una *stateless nation*. *Ex multis* vedi M. KEATING, *Stateless nation-building: Quebec, Catalonia and Scotland in the changing state system*, in *Nations and Nationalism*, 3, 4, 1997, p. 689-717.

⁵ Sulla falsariga del modello britannico, le *constitutional conventions* rivestono un ruolo importante nel federalismo canadese. Questo in particolare sembra essere oggi il tratto centrale: il superamento del federalismo dualista, tramite intese tra Federazione e Province (se ne contano più di mille nei differenti settori, dell'assistenza sociale, della tutela della salute, dell'educazione post-secondaria, della gestione delle acque, delle imposte dirette), intese che sono negoziate nell'ambito di istituzioni non formalizzate, come i vertici tra Federazione e Province che riuniscono o i primi ministri o i ministri specializzati o semplicemente i funzionari del settore, tanto che si è parlato di *executive federalism* in T. GROPP, *Il federalismo canadese. Premesse*, in *Amministrare*, 2002, 1-2.

⁶ La Costituzione indiana, ad esempio, permette solo al Kashmir di avere una propria costituzione substatale, mentre la Costituzione sudafricana fornisce un'ampia lista di principi e valori costituzionali da seguire e a cui ispirarsi nel redigere le costituzioni subnazionali, imponendo un procedimento di revisione ad opera della sua Corte costituzionale, vedi per ulteriori approfondimenti vedasi D. AMIRANTE, C. DECARO, E. PFOSTL, *La Costituzione dell'Unione indiana. Profili introduttivi*, cit.; A. LOLLINI, *Pluralismo giuridico e ordinamento costituzionale: i traditional leaders nella Costituzione della Repubblica del Sud Africa* in S. BALDIN, *Diritti tradizionali e religiosi in alcuni ordinamenti contemporanei*, Trieste, 2005, p. 9-26.

istanze indipendentiste hanno costretto il governo britannico a dotarla di una legge guida a cui rapportare la propria esistenza garantendo il funzionamento costituzionale. Si è trattato di assegnare alla Scozia una vera e propria costituzione. Con lo *Scotland Act* del 1998 la Scozia ha riottenuto il proprio ruolo costituzionale e se tale passaggio ha aperto le porte ad ampie e incisive riforme per la Scozia e per il Regno Unito, d'altra parte ha rappresentato il vaso di Pandora di una galoppante fragilità e frantumazione dello Stato britannico.

Ma cosa hanno in comune la Scozia e il Québec?

Sulla scorta di quanto già osservato si può sostenere che entrambi i sistemi sono contraddistinti da tradizioni costituzionali distinte rispetto a quelle statali, fortemente identitarie, autoctone. Entrambi sono considerati quali esempi di nazionalismo ideologico, politico, giuridico e finanche di secessionismo, tramite lo strumento referendario. Specificità che hanno identificato i due sistemi, assieme a quello della Catalogna come espressione di quel filone di pensiero che si diffonde sempre più nella teoria politico-costituzionale delle *stateless nations*⁷.

Eppure, si notano anche delle differenze.

Il Québec ha il doppio della popolazione della Scozia e ospita altresì comunità di immigrati e di minoranze molto più grandi e radicate di quelle che vivono in Scozia. Il Québec è sovente ritenuto un esempio di nazionalismo etnico che dà priorità all'etnia e ai diritti linguistici, mentre il nazionalismo scozzese è associato con i *civic markers*, frutto di valori politici, civici e culturali oltre che giuridici. La maggiore discrepanza sembra però quella che si riscontra a livello statale: il Canada adotta un modello federale appunto asimmetrico di ripartizione delle competenze, il Regno Unito invece costituisce l'atipico esempio di Stato unitario di devoluzione asimmetrica, nonostante la svolta oramai quasi-federalista⁸.

La comparazione tra la Scozia e il Québec fornisce materiale di varia interpretazione. Per i nazionalisti, in Scozia, il Québec fornisce un esempio positivo di una nazione che controlla ampiamente la sua cultura e la sua economia. La capacità del Québec di controllare settori economici e sociali rilevanti quali il sistema pensionistico e quello dell'istruzione dimostra infatti che le nazioni all'interno degli Stati possono esercitare ruoli sostanziali⁹. Per i nazionalisti del Québec, la Scozia ricopre il ruolo di una nazione ampiamente riconosciuta a livello

⁷ M. KEATING, *Stateless nation-building: Quebec, Catalonia and Scotland in the changing state system*, in *Nations and Nationalism*, op. cit.

⁸ A. TORRE, *Scozia: devolution, quasi-federalismo, indipendenza*, in *Rivista AIC*, 2013, 2, p. 19.

⁹ L'impianto originale del riparto di competenze del British North American Act del 1867 era rivolto a marcare una concezione che poneva al centro il potere forte del sistema federale. Al punto che, per alcuni tratti, le Province sembravano relegate al ruolo di mere colonie quando si riconosceva il potere federale di rigettare (*disallow*) e quindi invalidare la legislazione provinciale o di dichiarare di interesse nazionale (*nor the general advantage of Canada*) ogni "attività o impresa" locale, ponendola in tal modo sotto il controllo del Parlamento canadese in A. RINELLA, *La ripartizione delle competenze legislative nel sistema federale canadese*, in *Tre lezioni sul federalismo*, Trieste, 1999, p. 31-43. Cfr. anche D.V. SMULEY, *The Federal Condition In Canada*, Toronto, 1987; A. CREPEAU e C.B. MACPHERSON (a cura di), *The future of Canadian Federalism*, Toronto, 1965, p. 3 ss.

internazionale. Infatti, molto prima dell'istituzione del Parlamento scozzese nel 1999, il Regno Unito aveva fornito un chiaro riconoscimento politico del carattere distintivo della Scozia grazie all'introduzione di taluni provvedimenti normativi quali il *question time*, all'interno del Parlamento di Westminster, per le questioni scozzesi, una burocrazia separata e ministri dedicati agli affari scozzesi. Tale accettazione dello status di nazione della Scozia contrastava nettamente con il doloroso ed estenuante dibattito in Canada sul riconoscimento del Québec come "società distinta" in termini costituzionali.

2.1 Scozia: Costituzionalismo e Potere Costituente. Spunti di riflessione con il Québec.

L'*Act of Union* britannico promulgato nel 1707, il *Québec Act* del 1774 e il *British North America Act* del 1867 costituiscono i passaggi storici dai quali si sono avviati i percorsi costituzionali delle due nazioni: tramite essi è stata siglata l'unione/annessione delle due realtà fortemente identitarie in un più ampio complesso istituzionale/statale, con l'annullamento di quelle che erano le principali istituzioni pubbliche rappresentative.

D'altro canto, la distintività di queste due regioni è stata tutelata garantendo altresì la sopravvivenza di importanti espressioni di quell'identità storica e culturale. In aggiunta, il *British North America Act* ha conferito al Québec, così come ad altre province canadesi, molti più poteri di quelli identificati nello *Scotland Act* del 1998.

Come già osservato, in entrambe le esperienze i movimenti nazionalisti hanno lungamente plasmato la storia costituzionale. Essi hanno infiammato le tensioni con i rispettivi *states parent* specialmente con l'ascesa dei partiti politici nazionalisti che, a partire dagli anni '70 del Novecento, hanno rivendicato l'indipendenza sia in Scozia che in Québec, assumendo la fisionomia di veri e propri partiti pro-indipendenza: ci si riferisce allo *Scotland National Party* (SNP) e al *Parti Québécois* (PQ). Sia il PQ che lo SNP fin dagli inizi mostrarono una traiettoria comune identificabile nella natura delle loro richieste politiche di emancipazione e di secessionismo verso una piena sovranità statale. Nonostante sia la Scozia che il Québec siano demograficamente più piccoli degli stati di appartenenza e le rispettive economie siano inserite in sistemi economici più ampi di cui talvolta rappresentano le periferie, uno degli argomenti chiave dei nazionalisti era individuabile proprio nell'indipendenza economica, ossia nella facoltà di gestire le proprie risorse sul territorio per trarne diretti benefici economici¹⁰.

Il settore delle risorse energetiche costituisce una prova emblematica. Oltre ad essere uno dei settori chiave nell'economia contemporanea esso è costantemente al centro di un accesso

¹⁰ T. A. MAU, *Whither emotions? The evolution of the nationalist debates in Quebec and Scotland, 1950-1995: the impact of a changing world economic order*, Oxford, 1998.

dibattito sul controllo delle risorse¹¹. Infatti, nel dibattito secessionista moderno che vede la Scozia e il Québec protagonisti, il controllo delle risorse energetiche riveste un ruolo strumentale fondamentale.

Si pensi all'importanza dei combustibili fossili offshore nel Mar del Nord che la Scozia condivide con la Norvegia e l'Olanda in quello che prende il nome di triangolo dell'oro nero; oppure alle risorse idroelettriche presenti sul territorio del Québec. La gestione autonoma e sovrana di tali risorse è certamente al centro degli interessi delle due entità regionali, come sottolineano costantemente i partiti nazionalisti nei loro programmi elettorali e nei dibattiti pubblici. Altra nota di convergenza è l'aver sperimentato la svolta indipendentista attraverso lo strumento democratico referendario. Il primo risale al 1979 quando in Scozia si è tentato di istituire una legislatura ed un governo devoluto, seguito un anno dopo dal referendum sull'istanza sovranista del Québec. Entrambi fallirono.

L'esito negativo dei *pools* referendari invece di scoraggiare le istanze autonomiste le accentuò, incoraggiandole ulteriormente. Entrambe le regioni tornarono alle urne per riesaminare le controversie costituzionali. Prima il voto canadese sull'Accordo di Charlottetown nel 1992 su importanti modifiche degli accordi federali, poi nel 1995 un altro referendum del Québec. Quest'ultimo, si riteneva, avrebbe dato fine al dibattito pubblico indipendentista, sancendo finalmente il Québec come Stato sovrano ma anche quest'ultima avventura referendaria ebbe esito negativo. La strada verso l'indipendenza non si perfezionò a causa di un lievissimo margine a favore del no (50,6% per il "no" e 49,4% per il "sì")¹². Diversamente, il

¹¹ Non bisogna dimenticare che tra i principi del diritto dell'energia più dibattuto ma anche quello più consolidato a livello internazionale e nazionale troviamo proprio quello della sovranità statale sulle risorse energetiche. Ma in un contesto politico-costituzionale in cui la sovranità è condivisa e coesiste tra più centri periferici, a chi spettano tali risorse? Confronta sul tema della Scozia e delle risorse energetiche L.M. PEPE, *Diritto, Ambiente, Governance nell'esperienza scozzese. Dalla Devolution alla Brexit in Rivista Federalismi.it*, 2020, 33, p. 114-134; per un approfondimento sul tema dell'energia vedi L.M. PEPE, *Il diritto dell'energia fondato su principi. La transizione ecologica come giustizia energetica in Ambiente-Diritto*, 2021, 3, p. 397-427; R.J. HEFFRON, *L'energia attraverso il diritto* (a cura di e con presentazione di L.M. PEPE), Napoli, 2021, p. 224.

¹² Il referendum, tenutosi il 30 ottobre del 1995, recitava: «è lei d'accordo che il Québec diventi sovrano, dopo aver fatto una offerta ufficiale al Canada per una nuova associazione economica e politica, nei limiti del progetto di legge sull'avvenire del Québec e dell'accordo firmato il 12 giugno 1995?».

Votarono "SI" il 49,4% dei votanti, percentuale che, pur al di sotto della soglia della maggioranza assoluta, ha assunto una valenza simbolica di eccezionale rilievo tale da non rendere pensabile l'archiviazione del caso Québec. Occorre ricordare che un altro referendum si era già tenuto nel 1980, esso verteva sulla richiesta di un mandato a favore del governo provinciale per negoziare una forma di «sovranità-associazione» con il resto del Canada che paventava, invero in maniera ambigua ma comunque rassicurante, un Québec sovrano e indipendente senza una netta recisione dei legami economici con il Canada. Anche in ragione della scarsa chiarezza del quesito referendario e del peso politico esercitato dall'allora primo ministro federale Trudeau che si era impegnato, qualora i quebecchesi avessero deciso di restare nella casa comune della Federazione canadese, a rimodellare i rapporti tra il livello centrale e le entità federate, la maggioranza della popolazione del Québec (il 59,56%, per l'esattezza) respinse il progetto indipendentista pur, paradossalmente, riconfermando, nelle elezioni dell'aprile 1981, il *Parti québécois* al governo provinciale. È stato notato come proprio la rielezione del partito indipendentista, assai indebolito dall'esito negativo del referendum, sia stata «*la pire chose qui pouvait arriver au Québec*», atteso che, proprio in questa fase storica, si concretizzarono riforme costituzionali di elevatissimo spessore e con ricadute importantissime.

referendum del 1997 in Scozia raggiunse un esito positivo con un ampio margine pro-devoluzione, portando finalmente alla reintroduzione dell'istituzione parlamentare scozzese risalente al periodo ante unione del 1707.

Tracciate così alcune tra le maggiori convergenze a livello politico-costituzionale che hanno accompagnato la storia della Scozia e del Québec, sembrerebbe necessario ora delineare anche le differenze allo scopo di formulare un parallelismo comparativo fruttuoso e completo.

Per il Québec, la principale linea di demarcazione con il resto del Canada consiste nella lingua e nell'essere l'unica giurisdizione monolingue di lingua francese del Nord America. Il carattere linguistico non è invece rilevante in Scozia dove il numero residuo di coloro che parlano il gaelico non è minimamente paragonabile ai sei milioni di cittadini che si esprimono in francese nel solo Québec. Al contrario, però, gli scozzesi possono vantare una forte legittimazione identitaria in virtù della rilevanza storica della sovranità della loro nazione, cosa che in Québec non è riscontrabile. Infatti, la Scozia sarebbe legittimata nell'invocare una propria storia di sovranità popolare per il solo fatto di essere stata un tempo un Regno autonomo e sovrano con il proprio monarca, le proprie istituzioni pubbliche, un sistema giurisdizionale ed una religione peculiari. Il negoziato dell'Unione del 1707 ha garantito la sopravvivenza solo di alcuni di queste entità, annullando la sovranità del Regno. Alla base dell'Unione non vi era l'intenzione per gli scozzesi di abdicare alla propria statualità in virtù di un senso di unione e di reciprocità con il Regno d'Inghilterra, anzi questo sentimento comune non vi è mai stato. Alcuni commentatori riconducono infatti l'Unione tra i due Regni ad una strategia inglese attraverso cui la Scozia sarebbe stata posta in forte difficoltà economica costringendola dunque ad evitare un collasso finanziario solo per mezzo dell'unione con il Regno d'Inghilterra¹³.

Se dunque in Scozia un'invasione militare o comunque un conflitto bellico è stato evitato con un accordo stipulato consensualmente, in Québec tale esito non si è potuto evitare, come sta a dimostrare l'invasione del 1759-60. Peraltro, il Québec non godeva di un passato da Stato sovrano quanto piuttosto di un diverso passato coloniale come parte dell'impero francese.

Per quanto riguarda i profili prettamente giuridici-costituzionali, a partire dagli accordi di devoluzione degli anni '90 del Ventesimo secolo è stato possibile arricchire l'esercizio comparativo tra Scozia e Québec. Prima dello *Scotland Act* del 1998 alla Scozia non erano attribuite specifiche funzioni legislative ed esecutive essendo presenti sul territorio

Sulle linee di scorrimento del processo federativo canadese (Constitution Act del 1982), vedasi D. LOPRIENO, *Origini e conseguenze del "Renvoi" relativo alla secessione del Quebec*, in *Amministrare*, 1-2, p. 2002; Così G. ROLLA, *Il referendum sulla sovranità del Québec ed il futuro del Canada. Alcuni paradossi costituzionali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 41, 1996, 6, p. 3273.

¹³ A. TORRE, *Il contesto costituzionale dell'Illuminismo scozzese* in *Idee e principi costituzionali dell'Illuminismo scozzese*, in *Giornale di Storia Costituzionale*, 2010, p. 20.

esclusivamente degli apparati amministrativi alle dipendenze del *Cabinet* britannico con competenze sulla Scozia. Il Québec, invece, già a partire dal progetto di Confederazione del 1867 aveva ottenuto ampi poteri politico-amministrativi, si pensi ai temi del welfare o dell'istruzione. Tuttavia, la legge del 1867 nonostante fosse fortemente centralizzata con il potere di rigettare (*disallow*) o comunque di invalidare la legislazione provinciale per tutelare l'interesse nazionale e il buon governo del Canada, garantiva ancora uno status speciale al Québec grazie alla salvaguardia dei suoi diritti collettivi linguistici o comunque del suo *civil law*, così come dettati dai termini del *Québec Act* del 1774¹⁴.

Se ne deduce che il fondamento morale e costituzionale del Canada giace nell'accordo tra nazioni che, seppur diverse per abitudini e stili di vita, si allineano nella coesistenza di tradizioni sociali e culturali e non nella fusione di opache identità¹⁵. Ciò rende il Canada uno tra i Paesi più multiculturali al mondo¹⁶.

La Scozia, invece, si è riconquistata uno spazio nella costituzione britannica solo con l'avvio del processo devolutivo e il ri-avvento del Parlamento scozzese a partire dal 1° gennaio 1999; è solo da quel momento che la propria autorità politico-amministrativa e i poteri legislativi e di governo sono stati riacquistati. Tuttavia, il Parlamento scozzese non gode ancora di piena sovranità, almeno dal punto di vista giuridico, in quanto lo *Scotland Act* è pur sempre una legge del Parlamento di Westminster: si tratta di uno *statute* parlamentare, seppur di rilevanza costituzionale, che regola e organizza buona parte dei rapporti istituzionali tra le autorità britanniche centrali e quelle periferiche scozzesi.

La sovranità parlamentare, fin dalla sua teorizzazione, è sempre stata declinata come valore assoluto ed incontrastato del Parlamento di Westminster¹⁷. Dunque, seppur un folto numero di commentatori hanno iniziato fin dagli anni '60 a mettere in discussione il potere assoluto della *Queen in Parliament* proprio in virtù di una distinta sovranità all'opera in Scozia

¹⁴ D.J. SAVOIE, *Governing from the Centre: The Concentration of Power in Canadian Politics*, Toronto, 1999, p. 20-22; A. HENDERSON, *Hierarchies of Belonging: National Identity and Political Culture in Scotland and Quebec*, Montreal, 2007, p. 22 ss. Cfr. anche A. RINELLA, *La ripartizione delle competenze legislative nel sistema federale canadese*, cit.

¹⁵ I quebecchesi hanno preferito, fino agli anni '60, considerarsi "*canadiens français*" (proprio come gli scozzesi una volta erano disposti a usare il termine "britannici del nord"), entrambi uniti ma separati, vedi S.V. LA SELVA, *The Moral Foundations of Canadian Federalism: Paradoxes, Achievements, and Tragedies of Nationhood*, Montreal, 1996.

¹⁶ Sullo Stato multiculturale canadese vedasi P.L. PETRILLO, *Diritti linguistici e multiculturalismo in Canada* in Rivista di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo (DPCE), 4, 2016, p. 983-1006; L. COLELLA, *Stato multiculturale e libertà religiosa in USA, Canada e India. Profili Comparativi*, Edizioni Palazzo Vargas, Vatolla, 2021, p. 220. Per ulteriori approfondimenti sullo Stato multiculturale confronta D. AMIRANTE, *Lo Stato multiculturale. Contributo alla teoria dello Stato dalla prospettiva dell'Unione Indiana*, 2014, Bologna, p. 184.

¹⁷ A.V. DICEY, *Introduction to the Law of the Constitution*, vers. it. *Introduzione allo studio del diritto costituzionale. Le basi del costituzionalismo inglese* (traduzione a cura di A. Torre), Bologna, 2003, pp. XLI-531.

che risiederebbe nel popolo e nella sua capacità di autodeterminarsi¹⁸, Westminster, almeno in teoria, manterrebbe il potere di abolire il Parlamento scozzese e revocare gli accordi devolutivi¹⁹.

3. Il costituzionalismo e la secessione: itinerari di Diritto internazionale e comparato.

3.1 Scozia, Québec e Catalogna a confronto nelle dinamiche secessioniste.

A questo punto appare opportuno tracciare almeno per sommi capi quello che è il rapporto tra il costituzionalismo substatale e il secessionismo, fenomeno quest'ultimo che, come dimostra la prassi, ha trovato terreno fertile specialmente nei casi descritti dei costituzionalismi senza costituzioni. Quando le comunità locali rivendicano l'autonomia di un governo molteplici risultano le ragioni che spingono la popolazione a reclamare uno status politico e giuridico diverso rispetto a quello in cui si trovano. Esse possono derivare da una storia di antica sovranità, di minoranze linguistiche ed etniche, religiose e politiche fino alle ipotesi di *remedial secessionism*, là dove a guidare il discorso separatista è invece la necessità di riscattarsi da una situazione di oppressione, di ingiustizia e di violazione dei diritti²⁰.

Il diritto di secedere da uno Stato, seppur sia geneticamente legato all'esistenza di un costituzionalismo substatale e all'esistenza di una realtà sociale, politica, giuridica che localmente cerca di affermarsi, difficilmente è possibile reperirlo nelle Costituzioni, le quali rappresentano il prodotto finale di un percorso nel quale diverse componenti politiche hanno convogliato le proprie aspirazioni al fine di sintetizzare l'anima e i valori di uno Stato.

La Costituzione costituisce pertanto un vessillo di unitarietà non di divisibilità, di conseguenza positivizzare il diritto alla secessione equivale a porre all'interno dell'organizzazione statale-costituzionale un detonatore pronto ad esplodere in qualsiasi momento. Peraltro, si incontrerebbero degli ostacoli all'inserimento di una tale clausola di fuoriuscita in una ipotetica costituzione substatale; si pensi non soltanto alla formulazione di tale clausola e alle conseguenze politiche che ne deriverebbero nell'alterare gli equilibri costituzionali dello Stato bensì anche agli impedimenti che essa incontrerebbe in sede di un eventuale controllo, preventivo o successivo che sia, circa la sua legittimità con le previsioni costituzionali principali. Di certo gli organi adibiti al controllo riscontrerebbero l'incompatibilità con la stabilità e l'unitarietà dello Stato.

¹⁸ N. MACCORMICK, *Questioning sovereignty Law, State and Practical Reason*, Oxford, 1999, p. 222.

¹⁹ V. BOGDANOR, *Devolution in the United Kingdom*, Oxford, 1999, p. 330.

²⁰ A. BUCHANAN, *Theories of Secession* in *Philosophy & Public Affairs*, 1996, 26, 1, p. 31-61. Questa categoria di secessionismo è stata successivamente criticata poiché non utile a contestualizzare le moderne ipotesi di secessione, ossia quelle dei Paesi non coloniali. Infatti, il modello del *remedial secessionism* si adatterebbe alle realtà coloniali e non a quelle delle democrazie moderne. Critica ad opera di J. VIDMAR, *Remedial Secession in International Law: Theory and (Lack of) Practice*, in *St Antony's International Review*, 2010, 6, 1, p. 37-56.

Escludendo la presenza di un tale diritto nelle costituzioni substatuali, la domanda che ci si pone è se il diritto di un popolo, di una nazione, di una regione o di una comunità locale di secedere dal proprio Stato di appartenenza sia rinvenibile nelle più moderne Costituzioni²¹. L'indagine può prendere le mosse dalla prima Costituzione della Repubblica Sovietica Cinese del 1931 in cui veniva stabilito che il governo sovietico riconosceva il diritto all'autodeterminazione delle minoranze nazionali (mongoli, tibetani, Miao, Yao, coreani e altri), sino alla formazione di uno Stato indipendente per ognuna di esse²². Attualmente, nella Costituzione della Repubblica Popolare del 1975, di questa disposizione non vi è più traccia anzi l'art. 4 afferma che «La Repubblica Popolare Cinese è uno Stato unitario multinazionale. Le aree dotate di autonomia regionale sono parti inalienabili della Repubblica Popolare». Sulla falsariga dell'esempio cinese si pensi all'Unione Sovietica dove la Costituzione prevedeva all'art. 17 che le Repubbliche potessero liberamente secedere²³. Anche in questo caso questa previsione è scomparsa.

Ben si comprende come il secessionismo e il diritto di autodeterminazione dei popoli portano con sé problemi di non difficile risoluzione a livello statale. Andare a positivizzare nelle carte costituzionali il diritto di autodeterminarsi e di sganciarsi dall'unità statale per dare vita ad una nuova entità sovrana non rispecchia pienamente gli ideali del costituzionalismo liberale che unifica anziché dividere. Sembrerebbe inoltre alquanto atipico immaginare che, in generale, le assemblee costituenti, in fase di redazione del testo giuridico sacro che sancisce e simboleggia l'unità dello stato, mostrino l'intenzione di positivizzare ed includere un diritto che invece simboleggia la disunione e la sua frammentazione. Dunque, una costituzionalizzazione del diritto di secessione oltre a non verificarsi nella prassi, sia statale che locale, costituirebbe un forte ostacolo alla unità nazionale perché così come vi sono Stati plurinazionali dove vivono comunità con caratteristiche identitarie e storie parallele, per le quali la costituzionalizzazione di questo diritto avrebbe anche un senso, vi sono anche Stati in cui vivono in maniera fortemente residuale popoli semplicemente scontenti, talvolta non sufficientemente consci delle potenziali conseguenze che l'esercizio di tale diritto potrebbe comportare per il loro futuro.

Il dibattito sulla teoria generale della secessione e sulla necessità di costituzionalizzare o meno il diritto di autodeterminazione dei popoli è ricco di spunti, di riflessioni e risulta sempre

²¹ Le dichiarazioni di autodeterminazione come diritto dei popoli o dei territori, declinate in termini di secessione unilaterale sono permesse da un numero estremamente ridotto di Paesi. Solo il Liechtenstein (costituzione del 1921), Saint Kitts e Nevis (costituzione del 1983) e l'Etiopia (costituzione del 1994) sembrano permetterla: per un approfondimento in chiave comparativa cfr. Confronta A. MASTROMARINO, *Addomesticare la secessione: indipendentismo ed integrazione europea in dialogo*, in *Percorsi Costituzionali*, 2014, 3, p. 639-664. Vedi anche T.E. FROSINI, *Editoriale* del numero 3 del 2014 della rivista *Percorsi Costituzionali*.

²² S. MANCINI, *Costituzionalismo, federalismo, secessione* in *Istituzioni del Federalismo*, 2014, 4, p. 779-805. Per ulteriori approfondimenti cfr. T.E. FROSINI (a cura di), *Isole nel diritto pubblico comparato ed europeo*, Torino, 2007; L. BUCHHEIT, *Secession: The Legitimacy of Self-Determination*, Yale, 1978, p. 102.

²³ S. MANCINI, *Costituzionalismo, federalismo, secessione* op. cit., confronta ID., *Minoranze autoctone e Stato. Tra composizione dei conflitti e secessione*, Milano, 1996, p. 310. Vedi anche A. CIANCIO, *Costituzione e secessione. Profili di teoria generale e di diritto comparato*, in *Rivista Federalismi.it* 5, 2018, p. 54-67.

molto attuale. Una parte della letteratura ritiene che l’inserimento di una clausola secessionista nelle Costituzioni risponda ad esigenze di omogeneità e parità tra diversità e unità affermando la necessità di “addomesticare” la secessione poiché «il demonizzarla trasformandola in un taboo costituzionale, non fa che gettare benzina sul fuoco delle pretese secessionistiche»²⁴. Dall’altro lato la positivizzazione di tale diritto potrebbe, appunto, costituire un detonatore all’interno dell’entità statale a disposizione di tutti e pronto ad deflagrare in qualunque momento²⁵.

Occorre tuttavia prestare attenzione e analizzare al meglio un tema così complesso. Non si intende in questa sede affermare che taluni popoli devono essere sprovvisti di strumenti giuridico-costituzionali per sollevare e concretizzare la volontà di autodeterminarsi. Qui si intende esclusivamente argomentare, da un punto di vista di *legal empowerment*, che una nazione ben potrebbe intraprendere un percorso verso l’indipendenza anche in assenza dell’inserimento di tale diritto nel design costituzionale. Ciò è dimostrato dalla storia costituzionale globale e comparata la quale ci racconta che i procedimenti secessionisti di maggiore notorietà nelle democrazie moderne si sono svolti in assenza di una espressa previsione costituzionale, facendo leva semplicemente su strumenti di dialogo politico; il vantaggio è sicuramente riconducibile al fatto che in queste esperienze il dialogo politico riveste una funzione costituzionale nell’organizzare molti dei rapporti tra centro e periferia.

Come si vedrà successivamente, in queste esperienze il progetto secessionista non si è concretato in una rottura *ipso iure* dei rapporti costituzionali e dell’unità dello Stato né nella pretesa di azionare da un giorno all’altro un diritto di autodeterminazione dei popoli (ciò per dire che anche la previsione di una clausola di fuoriuscita non creerebbe un diritto immediato di autodeterminazione ma un diritto mediato a negoziare la secessione, una negoziazione ossia che dovrà poi svilupparsi nel discorso e negli accordi politico-costituzionali).

Ben si può osservare, dunque, che dalla costituzionalizzazione del diritto di secessione occorre distinguere la differente ipotesi della decisione di intraprendere delle negoziazioni attraverso i propri rappresentanti con il governo centrale per pattuire una diversa collocazione della nazione nell’intelaiatura costituzionale.

Da questa lettura si comprende come il diritto di autodeterminarsi deve qualificarsi come un diritto di rinegoziare competenze, collocazione costituzionale ed autonomia e che deve essere

²⁴ Sulla costituzionalizzazione della clausola secessionista vedi G. MARTINICO, *How Can Constitutionalism Deal with Secession in the Age of Populism? The Case of Referendums in Sant’Anna Legal Studies–STALS Research Paper*, 2018, 5; ID., *Le Costituzioni come strumenti di gestione del rischio. Il caso della secessione in Governare la Paura*, 2017, 19-35. Per la dottrina internazionale vedasi D. HALJAN, *Constitutionalising Secession*, Oxford, 2014, 428.

²⁵ S. MANCINI, *Costituzionalismo, federalismo, secessione*, op. cit. Osserva anche del medesimo autore, *Rethinking the Boundaries of Democratic Secession: Liberalism, Nationalism and the Right of Minorities to Self-Determination in International Journal of Constitutional Law*, 2008, 6, 553. Entrambi gli approcci non devono però abbandonare un preciso, corretto e democratico percorso di autodeterminazione, che si svolge su varie tappe ognuna delle quali ha un suo chiaro riscontro nel quadro costituzionale.

presente in un ordinamento giuridico. Eppure, ciò non impone una sua costituzionalizzazione. Declinato in questo senso il diritto all'autodeterminazione potrebbe trovare spazio nel diritto vivente e dalla lettura integrata del diritto internazionale e comparato.

A riguardo il diritto internazionale è neutrale rispetto alla secessione ed alle sue conseguenze, principalmente perché ha a che fare con il riconoscimento da parte degli Stati, un riconoscimento di tipo politico regolato dal diritto interno²⁶, ma allo stesso tempo il diritto internazionale ha a che fare con gli Stati e la sovranità ed è quindi chiamato a tipizzare i comportamenti di questi ultimi nell'ottica di creare regole comuni, che non di meno spesso provengono dagli stessi comportamenti dei Paesi ossia dal modo in cui affrontano e risolvono le questioni di natura costituzionale. Il dibattito sulla secessione, di conseguenza può trovare ospitalità nel diritto internazionale consuetudinario come spettro del diritto costituzionale comparato per ricostruire una procedura controllata e mediata di secessione²⁷.

Un'indagine sulla corretta procedura di secessione può essere condotta attraverso la lettura combinata e comparata dei diritti costituzionali nazionali nella loro attitudine alla formazione della consuetudine internazionale. Sarà dunque opportuno e necessario esaminare questo aspetto alla luce dei tre più significativi tentativi di secessione verificatisi nelle democrazie moderne: ci si riferisce al caso del Québec, della Scozia e della Catalogna. Ma se l'obiettivo è dunque quello di ricostruire un quadro giuridico contemporaneo per tipizzare e stigmatizzare un corretto procedimento di secessione e di autodeterminazione, punto di partenza non potrà che essere il parere rilasciato dalla Suprema Corte canadese all'indomani del secondo referendum sull'indipendenza del Québec in cui il NO prevalse sul SI.

Il principio giuridico di maggior rilievo attribuibile a tale parere giace nell'assunzione che la secessione unilaterale non è praticabile perché il diritto all'autodeterminazione rivendicato in tali termini non trova ospitalità nel diritto internazionale e nel diritto costituzionale (canadese), ad eccezione dei casi dei popoli coloniali oppressi. Difatti, il Supremo Consesso canadese scrisse:

²⁶ Ciononostante, dopo la Seconda guerra mondiale e con il precedente della Carta Atlantica (1941), l'autodeterminazione è stata inserita nei trattati: vedi l'articolo 55 della Carta delle Nazioni Unite del 1945 che chiede il rispetto dei principi "dell'uguaglianza dei diritti e autodeterminazione dei popoli", oppure la Dichiarazione delle Nazioni Unite sulla concessione dell'indipendenza dei paesi e dei popoli coloniali (risoluzione 1514 [XV] del 14 dicembre 1960), che statuisce: «*All peoples have the right of self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development*».

²⁷ A. TANCREDI, *Secessione e diritto internazionale: un'analisi del dibattito* in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo (DPCE)*, 2015, 2, p. 449-478. Vedi anche ID., *Secessione e diritto internazionale*, in *Rivista di Diritto internazionale*, 1998, p. 673-768; ID., *La secessione nel diritto internazionale*, Padova, 2001, 669 ss.; ID., *A Normative 'Due Process' in the Creation of States Through Secession* in M.G. KOHEN (a cura di), *Secession. International Law Perspectives*, Cambridge, 2006, p. 171-207; Nella dottrina internazionalistica, l'esistenza di regole procedurali che disciplinano la formazione degli Stati è stata altresì sostenuta, con maggiore o minore dovizia di argomenti, da T. FRANCK, *Communities in Transition: Autonomy, Self-Governance and Independence*, in *Proceedings of the American Society of International Law*, 1993, p. 261; A. PETERS, *Does Kosovo Lie in the Lotus-Land of Freedom?* in *Leiden Journal of International Law*, 2011, p. 95-108; J. D'ASPREMONT, *Epistemic Forces International Law*, Cheltenham, 2015, p. 54.

«*The secession of Québec from Canada cannot be accomplished unilaterally by the National Assembly, the legislature or government of Québec, that is to say, without principled negotiations, and be considered a lawful act. Any attempt to effect the secession of a province from Canada must be undertaken pursuant to the Constitution of Canada, or else violate the Canadian legal order.*»²⁸

Il parere continua poi tratteggiando quale è e dovrebbe essere l'esclusiva strada per pervenire ad una secessione legittimata e giuridicamente valida: sostiene la Corte come *in primis* sia necessario un accordo di base tra la Federazione o il governo centrale e il territorio che intende ottenere l'indipendenza; deve farsi categoricamente uso di uno strumento democratico con cui è il popolo di quel territorio a dover prendere tale scelta, per esempio attraverso un referendum; occorre che quest'ultimo contenga al suo interno un quesito chiaro, approvato da entrambi i governi, una votazione a maggioranza (50 più uno non è sufficiente); e solo a seguito di un esito positivo del referendum l'inizio dei negoziati per determinare le condizioni e i termini costituzionali della secessione²⁹.

In altre parole: un referendum di successo sull'indipendenza non creerebbe un diritto o un diritto all'indipendenza, innescherebbe soltanto un processo di deliberazione e di negoziazione democratica. In questi negoziati i secessionisti non hanno, in senso stretto, un diritto ad ottenere l'indipendenza affermando invece una specie di credito per essere riconosciuti, almeno, come portatori di un mandato democratico e di un diritto ad un negoziato equo ai fini di un processo ordinario di modifica costituzionale³⁰. Secondo il riferimento della Corte, «un chiaro voto di maggioranza in Québec su una chiara questione a favore della secessione conferirebbe all'iniziativa di secessione una legittimità democratica che tutti gli altri partecipanti alla Confederazione dovrebbero riconoscere»³¹.

²⁸ Reference Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217, paragrafo 104, vedi www.scc-csc.lexum.com. Decisamente interessante l'opinione di N. DES ROSIERS, *From Québec veto to Québec Secession: The Evolution of the Supreme Court of Canada on Québec-Canada disputes in The Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 13, 2000, 2, p. 183 ss, secondo la quale “the Supreme Court was the real winner in the battle”. Secondo invece un'altra lettura del giudizio, nonostante la sua vocazione salomonica, emerge una visione della Costituzione canadese quale patto tra cittadini e non tra Stati, una concezione repubblicana della cittadinanza, una prevalenza dei diritti individuali sui diritti collettivi nonché la preminenza della nazione-demos sulla nazione-etnos, cfr. T. GROPPI, *Concezioni della democrazia e della Costituzione nella decisione della Corte suprema del Canada sulla secessione del Quebec*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 44, 1999, p. 1290 ss.

²⁹ *Reference Secession of Quebec*, già cit. Come afferma Norberto Bobbio, «nella prevalente teoria politica contemporanea dei Paesi a tradizione democratico-liberale le definizioni di democrazia tendono a risolversi e a esaurirsi in un elenco più o meno ampio secondo gli autori di regole del gioco, o, come sono state anche chiamate, di “universali procedurali”, che racchiudono un metodo o un insieme di regole procedurali per la costituzione del governo e per la formazione delle decisioni politiche», così alla voce *Democrazia*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO (a cura di), *Dizionario di politica*, Torino, 1983, p. 308 ss.

³⁰ M.B. DE FELIPE, *Myths and Realities of Secessionisms. A Constitutional Approach to the Catalanian Crisis*, Londra, 2019, p. 47 ss.

³¹ *Reference re Secession of Québec*, paragrafo 150, cit. A seguito di tale parere fornito dalla Corte, venne emanato il Clarity Act, il quale ha conferito al Parlamento il potere di giudicare se un referendum produce una

Il principio emerso dalla pronuncia della Suprema Corte canadese nel tracciare un legittimo e giuridicamente valido percorso verso una secessione è stato consacrato dalla comunità internazionale e dalla letteratura accademica come principio ispiratore e *jus cogens* del diritto internazionale.

Ma perché si conferisce tanto rilievo alla sopracitata pronuncia quando si dà avvio al dibattito sul secessionismo e sulle rivendicazioni sovraniste dei popoli?

Semplicemente perché nel diritto costituzionale, sovranazionale o nazionale che sia non si hanno molti riferimenti o comunque disposizioni sulle procedure da seguire per la secessione, sia a causa delle ragioni già esposte in precedenza circa il rifiuto del costituzionalismo di positivizzare tale diritto, sia perché il fenomeno del secessionismo è geneticamente politico ed è all'interno dei partiti politici secessionisti che viene pensato e maturato. Tale aspetto non deve lasciar pensare che il fenomeno, solo perché fortemente incoraggiato da partiti politici che esprimono il volere di quella comunità possa sottrarsi al bilanciamento di interessi che il diritto con la sua interpretazione ed evoluzione assicura. I processi di secessione hanno bisogno di una legittimità interna e di una esterna e quindi di perfezionarsi con l'assenso politico congiuntamente ad una copertura giuridica.

I referendum sull'indipendentismo del Québec e della Scozia, nonostante gli *exit polls* negativi sono stati giuridicamente legittimi perché, anche in assenza di regole nazionali scritte che disciplinassero la procedura, hanno seguito quello che ormai è lo *jus cogens*, il diritto vivente che si è consolidato sui processi di secessione. Quando invece tale procedura non viene seguita o addirittura evasa il risultato non può che essere negativo e controproducente in quanto non ottiene alcun riconoscimento politico e giuridico. Si pensi al caso della Catalogna dove un procedimento costituzionalmente legittimo non è stato seguito non solo rispetto al diritto spagnolo ma neppure all'ormai già cristallizzato *jus cogens* proveniente dalla Suprema Corte canadese.

Infatti, se da un lato la secessione unilaterale è unanimemente esclusa, d'altro canto è precisamente quello che i leader catalani hanno avviato il 27 settembre 2017. Se, come si è argomentato, è necessaria una procedura basata su un accordo minimo tra il territorio secessionista e il governo nazionale, in Catalogna ciò non si è verificato. Viene dunque richiesta una "chiara maggioranza" di cittadini a favore della secessione – cosa che di nuovo non si è

chiara maggioranza su un quesito chiaro. Inoltre, assegna al governo nazionale la prerogativa di dovere essere d'accordo sul referendum (prima che si tenga) e sul quesito, soprattutto in termini di chiarezza; poi il governo ha il diritto – e il dovere, dopo il referendum, di esaminare la legittimità dell'ipotetica maggioranza; e soprattutto è tenuto ad avviare colloqui con i secessionisti durante il periodo delle ipotetiche negoziazioni per l'emendamento costituzionale in cui consisterebbe la secessione. Per ulteriori approfondimenti confronta G. POGGESCHI, *Il diritto di secessione del Québec secondo la Corte suprema del Canada* in Istituzioni del Federalismo, 1998, 6, p. 1173-1197; I. RUGGIU, *Referendum e secessione. L'appello al popolo per l'indipendenza in Scozia e in Catalogna* in *Costituzionalismo.it*, 2016.

verificata in Catalogna – soprattutto occorre consapevolezza che un’ipotetica vittoria della secessione nel referendum, grazie ad una “chiara maggioranza”, non conferirebbe il diritto all’indipendenza quanto piuttosto ad un processo di negoziazione con le autorità nazionali volto a stabilire i termini di un’eventuale indipendenza.

I secessionisti catalani, difatti, hanno costantemente ignorato questo aspetto anche in relazione ai dati prodotti dai referendum del 2014 e del 2017 nei quali non è stata raggiunta una “chiara maggioranza”. Solo nelle elezioni del 2010 i partiti secessionisti hanno ottenuto più del 50% dei voti mentre, appunto, i due referendum non hanno raggiunto il quorum: non dovrebbero quindi essere considerati come una valida espressione di una maggioranza (seppur abbiano inviato un potente messaggio al governo nazionale e al resto del mondo).

In breve, come è stata argomentato, i secessionisti catalani hanno mal interpretato e applicato gli esempi provenienti dal Québec e dalla Scozia poiché in nessun modo la Catalogna si è ritrovata a seguire le loro orme, specialmente se si affronta la questione dal punto di vista giuridico. Tuttavia, questo diverso *modus operandi* è dovuto ad una sostanziale differenza tra il processo canadese e scozzese da un lato e quello catalano dall’altro: in Québec e in Scozia si è dispiegato un processo costituzionale governato da regole costituzionali (quindi accettato da tutte le parti), mentre il processo catalano è stato privo di queste regole essenziali³². Le diverse evoluzioni dei procedimenti di secessione in Scozia, Québec e Catalogna sono riconducibili a situazioni decisamente differenti dal punto di vista storico, sociale e, soprattutto, costituzionale.

Il Regno Unito e il Canada, di conseguenza Scozia e Québec, godono di un design costituzionale originale³³, nel quale l’assenza di un singolo testo costituzionale codificato è sostituita da un insieme di atti e di leggi di valenza costituzionale, dalla presenza della *common law* e da convenzioni non codificate che strutturano il modo in cui funziona il sistema politico-costituzionale. In questo insieme costituzionale è compreso lo *statute law* dei Parlamenti centrali e devoluti, la *common law* che interpreta appunto i documenti scritti e le regole informali, denominate *constitutional conventions*, che disciplinano come gli attori politici devono comportarsi nel dialogo e nel rapporto tra i poteri costituzionali³⁴.

³² E. FOSSAS, *Interpretar la política: Comentario a la STC 42/2014, de 25 de marzo, sobre la declaración de soberanía y el derecho a decidir del pueblo de Cataluña*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2014, 101, p. 273–300.

³³ In Canada i due documenti costituzionali più importanti sono il *Constitution Act* (1867), che ha creato il Canada e ha stabilito la divisione dei poteri tra il governo federale e quello provinciale e il *Constitution Act* (1982). Quest’ultimo include anche la Carta dei Diritti e delle libertà. Il Canada vanta quindi un sistema costituzionale a metà strada tra la costituzione non scritta del Regno Unito e le costituzioni scritte ordinarie della maggior parte dei paesi, contiene uno specifico meccanismo speciale di modifica delle norme e dell’apparato costituzionale. In ogni caso, non esiste una clausola espressa di “indivisibilità” dello Stato così come prevista invece in molte costituzioni contemporanee, quella stessa della Spagna, della Francia, dell’Italia, Australia o degli Stati Uniti d’America.

³⁴ Il ruolo delle *constitutional conventions* è ancora più centrale e determinante nel Regno Unito e in Scozia. Infatti, secondo la teoria tradizionale il consenso rispetto ad alcuni valori e principi collettivi fondamentali rende inutile un documento costituzionale scritto.

Sono proprio le *constitutional conventions* ad avere conferito quel grado di flessibilità e mobilità all'interno dell'ordinamento giuridico britannico e scozzese per quanto riguarda l'organizzazione legittima della questione referendaria sull'indipendenza del 2014. L'allora premier britannico David Cameron accettò di tenere il referendum attraverso un implicito consenso costituzionale che solo il Parlamento gli avrebbe potuto negare; ossia non era presente un quadro giuridico preesistente che potesse regolare i negoziati sul referendum o in generale un ipotetico processo di secessione.

Sembra essere questa la spiegazione chiave della questione scozzese: la possibilità di un margine politico per il governo per decidere se indire o meno un referendum e per stabilirne le condizioni, le regole e gli esiti. L'allora primo ministro Cameron venne a trovarsi in una condizione di autonomia da un punto di vista costituzionale; fu in grado di raggiungere un accordo con le autorità scozzesi al fine di fare svolgere il referendum del settembre 2014³⁵. Pertanto, anche in presenza di una *unwritten Constitution*, si è proceduto nel rispetto di un dettame costituzionale, consentendo al popolo che chiedeva di rendersi autonomo dalla Madre Patria di auto-interrogarsi, attraverso il voto, per conoscere se la volontà secessionistica era appannaggio della maggioranza degli scozzesi oppure no³⁶.

All'opposto, la costituzione spagnola dichiara espressamente che la nazione è indivisibile e che la sovranità risiede nel popolo, in tutto il popolo spagnolo. Aggiuntiva differenza da sottolineare è il significato che viene attribuito alla parola "nazione"; mentre il Regno Unito si concepisce quale uno Stato devoluto plurinazionale e il Canada uno Stato federale multinazionale³⁷, in Spagna è sempre stata dibattuta la relazione con l'idea di nazione e il concetto che essa rappresenta. L'articolo 2 della Costituzione stabilisce: "*l'unità indissolubile della nazione spagnola*" e fa di questa l'unica entità sovrana. Come è stato correttamente ed unanimemente interpretato, la decisione di indire un referendum può essere validamente adottata solo dalle autorità nazionali – non dal Parlamento catalano – e il procedimento referendario deve essere condotto a livello nazionale (dunque non solo in Catalogna), e in ogni caso all'interno dell'ordine costituzionale esistente che vieta secessione unilaterale³⁸.

³⁵ Sul tema vedasi G. MARZULLI G., *Il nomos della Scozia: il referendum sull'indipendenza nella rete ingarbugliata della sovranità* in C. MARTINELLI (a cura di) *La Scozia nella costituzione britannica. Storia, idee, devolution in una prospettiva comparata*, op. cit. Per ulteriori approfondimenti sul referendum nel Regno Unito, J.O. FROSINI, A. TORRE (a cura di), *Democrazia rappresentativa e referendum nel Regno Unito*, Rimini, 2012, p. 456.

³⁶ T.E. FROSINI, *Costituzione, Autodeterminazione, Secessione*, in *Rivista AIC*, 1, 2015, p. 1-5.

³⁷ La dottrina politico-costituzionale ha già da tempo iniziato a discutere di una frammentazione della sovranità negli Stati plurinazionali e dunque sulla coesistenza di diversi centri di controllo e di autogoverno, *ex multis* S. TIERNEY, *Constitutional Law and National Pluralism*, Oxford, 2006, 366; M. KEATING, *Plurinational democracy in post-sovereign order*, in *Northern Ireland Legal Quarterly*, 2002, 53, 4, p. 351-365.

³⁸ Confronta A. MASTROMARINO, *La Catalogna se desconecte, la Spagna risponde* in *Rivista di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo (DPCE)*, 2015, 3, p. 1-8.

Ciò significa che secondo l'attuale costituzione spagnola, il governo nazionale o il Parlamento nazionale non possono validamente negoziare con nessun territorio un referendum di valenza regionale: sarebbe contrario alla costituzione autorizzare qualsiasi tipo di referendum regionale sull'indipendenza.

Il breve *excursus* di diritto comparato delle secessioni è utile per capire non solo che nel diritto vivente è ampiamente riconosciuto un processo legittimo e giuridicamente valido per una secessione (come nei casi seguiti dal Québec e dalla Scozia) ma soprattutto che il diritto costituzionale, nazionale o substatale che sia, specie se codificato, costituisce una sorta di camicia di forza a tali istanze e rivendicazioni. Le moderne Costituzioni scritte con il proprio formalismo e le peculiari categorie giuridiche tendono a non guardare di buon occhio la positivizzazione del diritto di secedere collocandolo pertanto in posizioni non agevoli all'interno del proprio ordinamento e strumentalizzando ampiamente il lavoro delle Corti costituzionali nel tentativo di neutralizzare simili interventi.

Per quanto annoso e complesso sia il dibattito sulla opportunità di costituzionalizzare il diritto all'autodeterminazione dei popoli e delle comunità che intendono secedere, non si intende in questa sede approfondirlo³⁹. Ciononostante, scegliere di non positivizzare in un testo scritto un procedimento di secessione non significa decidere di sottrarre alle istanze dei popoli una copertura giuridica dirottando quelle rivendicazioni verso un secessionismo unilaterale e di sola matrice politica. Non dubitando infatti che il secessionismo avrà sempre una forte matrice di natura politica, maturato in seno alle rivendicazioni rappresentate dai partiti politici indipendentisti quali espressioni di un chiaro mandato elettorale, ciò non esclude, anzi, che tale diritto ed il suo godimento non debbano essere tutelati e legittimati giuridicamente. Infatti, nel quadro di riferimento generale costruito dalla Suprema Corte canadese, un procedimento legittimo di secessione è stato già tracciato e tipizzato nel comportamento e nella consuetudine degli Stati tanto da consolidarlo come *jus cogens*. In aggiunta è importante cogliere e sottolineare come, nell'analisi comparativa appena condotta, è emerso che un procedimento di secessione che possa condursi legittimamente è risultato avere maggiori *chances* di successo "procedurale" in quei sistemi di costituzionalismi senza costituzione, laddove precisamente non

³⁹ Se da un lato le ragioni per non costituzionalizzare i diritti di secessione sono state esposte ed ampiamente argomentate da una parte della dottrina (Mancini), un'altra (Martinico) ha invece condiviso l'opportunità di costituzionalizzare nei sistemi federali multinazionali il diritto di esprimere tali rivendicazioni. In primis per ragioni di omogeneità costituzionale dal momento che i sistemi federali già contengono al loro interno il tentativo virtuoso di assicurare un dialogo tra unità e diversità; in aggiunta per la semplice necessità di evitare l'alto rischio di elusione della questione secessione come avvenuto nel caso spagnolo, cfr. S. MANCINI, *Costituzionalismo, federalismo, secessione*, op. cit.; G. MARTINICO, *Le costituzioni come strumento di gestione del rischio. Il caso della secessione*, in *Governare La Paura Journal of Interdisciplinary Studies*, op. cit.

vi è una costituzione codificata e taluni accordi costituzionali sono di natura flessibile e rimessi alle convenzioni.

Si consolida così l'intimo rapporto tra costituzionalismo e secessionismo; l'assenza di una costituzione va tendenzialmente a facilitare e probabilmente ad accelerare quelle negoziazioni che sono relative ad accordi politici ed a pratiche convenzionali tra autorità centrali e periferiche.

Le convenzioni costituzionali – assumendo il Regno Unito e il Canada un posto preminente nella gerarchia delle fonti – non solo garantiscono maggiore flessibilità nei rapporti tra autorità ma conferiscono anche quel carattere di legittimazione giuridica che il procedimento di secessione richiede. Ecco qui definita la prospettiva secondo la quale nelle democrazie contemporanee sembrerebbe che un procedimento di secessione trovi maggiore ospitalità e possibilità di successo nelle esperienze costituzionali flessibili, non scritte, ossia in quei costituzionalismi senza costituzione.

4. I due volti del costituzionalismo: la sovranità dello stato e il principio di autodeterminazione dei popoli.

In dottrina appare attualmente assodato che il tema della secessione riveste una centralità teorica tanto da costituire apposito oggetto di indagine da parte della scienza comparatistica⁴⁰. I processi federali, i regionalismi e le esperienze devolutive hanno orientato l'attenzione su realtà che, per quanto possano risultare circoscritte, limitate, costituiscono esempi di tensioni costituzionali, di popoli che aspirano ad uno spazio istituzionale nella più ampia architettura statale.

Si tratta di istanze che tendono ad imporsi nei panorami costituzionali visto che il concetto di sovranità statale va man mano ad indebolirsi ed a sbiadirsi. La devoluzione o comunque la ripartizione delle competenze tra autorità centrali e autorità substatali non è un momento statico semmai un processo in divenire, potenzialmente soggetto ad estensioni e ritrazioni che richiede attenzione e partecipazione da parte dello studioso.

L'indagine non deve limitarsi alla sola analisi comparativa tra le molteplici esperienze substatali o regionali; si tratta di introdurre nuovi termini di comparazione in sistemi politici,

⁴⁰ G. DELLEDONNE, G. MARTINICO (a cura di), *The Canadian Contribution to a Comparative Law of Secession*, Londra, 2019, 286. Viene sostenuto che a partire dalla decisione della Corte Suprema del Canada del 1998 sulla secessione del Québec, è stata aperta la porta alla creazione di un diritto costituzionale comparato della secessione. Fino ad allora, il pensiero costituzionale prevalente presupponeva che le costituzioni si basassero su un principio intrinseco di autoconservazione. Ma oggi, dopo più di venti anni, sulla base di alcune delle più grandi conquiste del costituzionalismo come il federalismo, le procedure di modifica costituzionale e la democrazia partecipativa, la giurisprudenza comparata sulla secessione anche ad opera di organi internazionali, dimostrano come il costituzionalismo sia sempre di più proiettato verso un'era della post sovranità nella quale i conflitti non possono essere risolti ma allocati nell'intelaiatura costituzionale cercando di istituzionalizzare la loro coesistenza.

economici e giuridici che acquistano sempre più un carattere multidimensionale, proprio perché il fenomeno del secessionismo viene letto e declinato come un fenomeno *bottom up*, ovvero esso non è più solo lo *State parent*, occorre aggiornarlo ad una vasta gamma di attori e organismi sovranazionali. Infatti, con il crescente impatto degli organismi internazionali e delle multinazionali sulle realtà locali, anche le istanze indipendentiste hanno ampliato il proprio raggio di azione nel tentativo di instaurare un dialogo diretto con una dimensione internazionale e sovranazionale.

I quebecchesi nel tutelare i propri interessi hanno inteso non più porre l'attenzione solo sulla salvaguardia dell'identità storica, linguistica e culturale all'interno della federazione canadese ma hanno rivolto i propri sforzi anche nei confronti dell'impatto e dei potenziali benefici dell'appartenenza del Canada al *North America Free Trade Agreement* (NAFTA)⁴¹ e su come questo accordo possa avvantaggiare l'intera Nazione⁴². Vi è inoltre da prendere in considerazione l'influenza dell'Unione europea sulla vita politica in Scozia, la quale ha trasformato radicalmente anche la retorica nazionalista. Se inizialmente il partito nazionalista scozzese si professava scettico nei confronti del progetto di integrazione europea, il corso degli eventi, ad esempio il perfezionarsi della Brexit, ha portato lo Scottish National Party a sostenere fortemente una campagna di indipendenza nel contesto dell'Europa unita. Il governo scozzese è al corrente che con l'uscita del Regno Unito dall'Unione Europea non solo si materializza il pericolo di una ri-centralizzazione di molte competenze ma soprattutto di come si possano in tal modo perdere importanti fondi e benefici economici che la stessa Scozia percepiva dall'Unione Europea in settori strategici della propria economia quali, solo per citarne

⁴¹ I quebecchesi sono sempre stati più favorevoli delle loro controparti nel resto del Canada al NAFTA, anche in virtù di un maggiore coinvolgimento delle province canadesi nelle questioni di politica estera e di commercio internazionale. Queste competenze seppur riservate al governo centrale federale subiscono dei contemperamenti dovuti al fatto che le province possono apporre un veto rispetto alla richiesta di implementazione sub-statale degli accordi commerciali internazionali già stipulati

⁴² In Canada, il *Constitution Act* del 1867 affronta a malapena la questione delle relazioni internazionali. A differenza di altre federazioni, non esiste un'assegnazione costituzionale di giurisdizione esclusiva sugli affari esteri. Le disposizioni costituzionali sulla divisione dei poteri legislativi – sezioni 91 e 92 – non specificano esplicitamente l'autorità federale o provinciale competente sulla politica estera. Questo si spiega con il fatto che il Canada non è diventato un paese sovrano nel 1867, è rimasto un membro dell'Impero britannico. Solo quest'ultimo godeva dei diritti di un'entità sovrana. Come risultato dello Statuto di Westminster del 1931, al Canada fu concessa piena personalità internazionale, compreso il diritto di stipulare i propri trattati. Il governo federale, quindi, divenne rapidamente più proattivo nel realizzare trattati e tentò di imporre la loro attuazione alle province. Ciononostante, il ruolo delle province canadesi non è risultato alquanto secondario. Infatti, quest'ultime possono esercitare un'influenza sia intra-statale che extra-statale. Si pensi al ruolo del primo ministro del Quebec Jean Charest nell'esplorare la possibilità di rilanciare accordi commerciali tra il Canada e l'Unione Europea. Alcuni commentatori attribuiscono a tale ruolo diplomatico, svolto soprattutto con l'allora Presidente francese Hollande, la stipula dell'accordo tra Canada e l'Unione Europea, il Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA), partorito proprio da un'iniziativa Francia-Quebec. Confronta sul tema della politica estera canadese e sul ruolo delle province S. PAQUIN, *Federalism and the governance of international trade negotiations in Canada: Comparing CUSFTA with CETA* in *International Journal* 68, 4, 2013, p. 545–552; J. BROSCHEK, P. GOFF, (a cura di), *The Multilevel Politics of Trade*, Toronto, 2020.

due, la pesca e l'istruzione. Le istituzioni scozzesi sono certamente consapevoli che un dialogo con un organismo sovrastatale può facilitare e permettere rinnovate opportunità economiche e sbocchi politici.

Per le ragioni ora evidenziate l'importanza del costituzionalismo substatale è chiara e sempre più decisiva. Studiare il costituzionalismo substatale, scritto o non scritto, assegna allo studioso comparatista una visione più ampia per prevedere quelli che saranno i risvolti e i percorsi costituzionali delle comunità locali e delle minoranze. Lo rende maggiormente abile nel valutare se una ipotetica strategia di secessione venga sostenuta conformemente al quadro giuridico delineato, che sia questo di diritto internazionale, consuetudinario o di diritto nazionale.

Le istanze indipendentiste propugnate dai partiti politici cercheranno *in primis* di trovare una collocazione ed una legittimazione nel costituzionalismo substatale. Ed è proprio lo studio di questo ambito che può aiutare a comprendere se sussistano oppure no i motivi, le ragioni, i "requisiti" per intraprendere un tale percorso, perché anche se non si ritenga opportuna una costituzionalizzazione della secessione, non si può negare che essa faccia parte di quel novero di diritti naturali, imprescindibili, di prima generazione di cui anche e soprattutto il costituzionalismo substatale è pregnante. In virtù delle rivendicazioni e delle aspirazioni dei popoli è possibile dunque esaminare al meglio i due volti del costituzionalismo, la capacità di "sdoppiarsi" per dare voce alle realtà locali, regionali in tensione. Un'ambivalenza, quella del costituzionalismo, che implica una convivenza tra costituzionalismi laddove lo Stato è suddiviso e dà voce a realtà che si organizzano in autonomi centri di potere e di governo.

Si osserva pertanto che quando il costituzionalismo assume due o più volti, cambia radicalmente la sua funzione. Il costituzionalismo non assolve più alla funzione di risolvere i conflitti tra la sovranità dello Stato e il principio di autodeterminazione dei popoli ma si assume la responsabilità di creare un quadro di riferimento istituzionale in grado di contenere le aspirazioni dei popoli per accomodare e rendere possibile la coesistenza tra queste diverse istanze.

queste istituzioni

Justiça climática
e contencioso ambiental:
algumas questões comparativas

Pasquale Viola
Maralice Cunha Verciano

Numero 3/2022
30 settembre 2022

Justiça climática e contencioso ambiental:

algumas questões comparativas

Pasquale Viola*

Maralice Cunha Verciano**

Resumo

1. Introdução. – 2. A base científica da origem antropogênica da mudança climática em curso. – 3. Abordagens de vanguarda para questões ambientais e climáticas. – 4. Um exemplo de ação civil pública de vanguarda. – 5. Clima e justiça ambiental: uma breve introdução. – 6. Conclusão. O impacto nos sistemas jurídicos.

Sinopse

O ensaio expõe problemas ambientais e climáticos, introduzindo a conexão entre a ciência e legislação referente às questões climáticas e ambientais. A partir de uma perspectiva interdisciplinar, a pesquisa se concentra em cláusulas constitucionais e normas estatais reconhecendo prerrogativas peculiares para entidades naturais e direitos ambientais, bem como casos importantes quanto a direitos processuais e substantivos. A análise, além disso, se concentra em uma Ação Civil Pública para reconhecer a legitimidade ativa das associações (Brasil).

Abstract

The essay focuses on current environmental and climate issues, introducing a connection between science and legislation concerning anthropogenic climate change and environmental concerns. Through an interdisciplinary approach, the research focuses on constitutional provisions and norms recognizing peculiar legal frameworks for natural entities and environmental rights, as well as remarkable cases regarding procedural and substantive rights. Thus, the analysis highlights the Class Action to recognize the active legitimacy of the associations (Brazil).

Palavras-chave

Direito climático e ambiental; justiça climática; contencioso ambiental; comparação jurídica.

Keywords

Climate change policies and legislation; environmental law; climate justice; environmental litigation; legal comparison.

* Investigador, Universidade de Trieste.

**Investigadora, CEDEUAM-Universidade do Salento.

1. Introdução.

As questões ambientais e climáticas são tópicos persistentes na comunidade global, envolvendo uma ampla gama de ramos do conhecimento e metodologias. Do reino de ciências exatas, esses tópicos lentamente entraram para os debates e estudos dentro do campo das ciências humanas¹, conduzindo disciplinas jurídicas, bem como para ajustar esquemas doutrinários de longa duração de acordo com novas teorias e demandas.

No que se refere ao conceito de justiça, a humanidade ainda busca uma definição doutrinária decisiva. Da eminente definição de justiça em termos de distribuição e função², muitas qualidades foram atribuídas ao conceito: social, transformativa, ambiental, climática, às vezes combinando vários temas, como é o caso das abordagens transformadoras em mudanças climáticas, desenvolvimento e outras teorias críticas³.

Com essas reflexões preliminares em mente, este ensaio visa destacar o quadro teórico necessário para endossar uma abordagem diferente para o clima e as questões ambientais, explorando a viabilidade de transplantes legais e conceituais. Dessa forma, o estudo apresenta as avaliações científicas atuais da mudança climática antropogênica e sua relevância para os campos jurídico e político.

O segundo parágrafo ilustra os reconhecimentos constitucionais dos direitos da natureza como exemplos adequados para uma avaliação crítica das características antropocêntricas do direito e trata da legitimidade de estarem em juízo nos diferentes sistemas jurídicos, apontando exemplos importantes da América Latina, Oceania, Estados Unidos e União Europeia. A análise, portanto, se concentra em uma Ação Civil Pública no. 5012843-53.2021.4.7200/SC para reconhecer a legitimidade ativa das associações autoras União Florianopolitana das Entidades Comunitárias - UFECO, ONG Costa Legal e a Associação *Pachamama*. O parágrafo seguinte apresenta o conceito de justiça climática e contencioso ambiental, levantando as diferentes abordagens teóricas—como um conceito ético ou normativo.

2. A base científica da origem antropogênica da mudança climática em curso.

Embora as ciências exatas estejam ontologicamente acostumadas a lidar com eventos naturais, a oposição de ideias, ou seja, duas postulações à questão de saber se poderia haver um espaço

¹ A. GOSH, *The Great Derangement: Climate Change and the Unthinkable*, Chicago, 2016. Este artigo é o resultado de comparações científicas entre os autores. Algumas reflexões presentes nesta contribuição foram aprofundadas em outros trabalhos científicos. Quanto à distribuição das contribuições para fins formais, os parágrafos 1-3 e 5 foram elaborados por Pasquale Viola, sendo Maralice Cunha Verciano a autora do parágrafo 4 e responsável pelos aspectos linguísticos. A introdução e as conclusões foram elaboradas por ambos.

² J. RAWLS, *A Theory of Justice*, revised ed., Cambridge, 1999.

³ D. KRAUSE, *Transformative approaches to address climate change and achieve climate justice*, in T. JAFRY (ed.), *Routledge Handbook of Climate Justice*, London-New York, 2019, pp. 509-520.

adequado para o meio ambiente nas ciências humanas: a) Por um lado, ao assumir os seres humanos como as principais forças motrizes, o Antropoceno «indica muito especificamente a perda de resiliência e integridade funcional da Terra e seus sistemas»⁴, questionando assim o papel passivo da humanidade; por outro lado, este novo conceito — em vez de uma Era geológica — «destaca a interconexão de processos naturais da Terra, ou, em outras palavras, a natureza interconectada do ambiente, a reciprocidade de seus processos e as muitas relações de causa e efeito relações (estas) que existem na escala global»⁵.

Porém, o interesse no comportamento humano em relação ao meio ambiente é crucial, especialmente levando-se em consideração que as atividades individuais e plurais são sempre regidas pelo livre arbítrio. Além disso, estudos científicos recentes demonstraram como a resiliência da Terra não é capaz de lidar com potenciais danos derivados de uma expansão descontrolada das atividades humanas⁶.

Esta nova perspectiva muda o panorama teórico, colocando ambiente e humanos como sujeitos necessariamente interagindo uns com os outros, obrigando a incluir um novo elemento constante no esquema de causa e efeito. Na verdade, se as ciências humanas devem (ou podem) narrar eventos relacionados à natureza ou como o meio ambiente ou as mudanças climáticas estão no domínio da política e do Direito é uma questão menos significativa. Além disso, questionando o papel da política e do Direito no reino das questões ambientais e climáticas seria uma tentativa de apagar um evidente estado de fato.

Para a proposta deste ensaio, todas as bases científicas para as reflexões políticas e jurídicas são solidificadas principalmente nos Relatórios de autoria do Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (*Intergovernmental Panel on Climate Change*, doravante IPCC). A Assembleia Geral das Nações Unidas, através da Resolução 43/53 de 6 de dezembro de 1988, reconhece a «necessidade de pesquisas adicionais e estudos científicos sobre todas as fontes e causas da mudança climática»; esta solicitação científica foi incluída nas ações promovidas pela Organização Mundial Meteorológica (OMM) e Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), que recomendou a criação de uma equipe especializada coordenada para planejar avaliações e potenciais estratégias para enfrentar as mudanças climáticas.

⁴ L.J. KOTZÉ, *Rethinking Global Environmental Law and Governance in the Anthropocene*, in *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 32, 121, 2014, p. 130; G. WOODWELL, *On Purpose in Science, Conservation and Government: The Functional Integrity of the Earth Is at Issue Not Biodiversity*, in *Ambio*, 31, 2002, pp. 432-436; D. AMIRANTE, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'Antropocene*, Bologna, 2022 (in press). L. COLELLA, *Ecologia integrale e 'diritto ambientale del cambiamento'. L'attualità dell'Enciclica 'Laudato Si'' (cinque anni dopo)*, in *Quaderni amministrativi*, 3, pp. 82-100.

⁵ L.J. KOTZÉ, *Rethinking Global Environmental Law and Governance in the Anthropocene*, cit., p. 132.

⁶ IPCC, *Climate Change: The IPCC 1990 and 1992 Assessments*, Nairobi, 1992; IPCC, *Climate Change 2007: Impacts, Adaptation and Vulnerability*, Cambridge, 2007.

Sobre as questões climáticas contemporâneas, o Relatório de Síntese (SYR) do IPCC fornece uma visão geral do conhecimento científico atualizado sobre as mudanças climáticas. De acordo com este estudo, desde os anos 50, alterações sem precedentes no clima têm ocorrido de forma diferente em relação às mudanças anteriores⁷. Sem incertezas, estudos atuais reconhecem que as emissões antropogênicas de GEE estão em seu nível mais alto se comparados à era pré-industrial. Este ganho produz concentrações atmosféricas de dióxido de carbono, metano e óxido nitroso «que são sem precedentes nos últimos 800.000 anos», demonstrando a influência das atividades humanas no chamado sistema climático e o superaquecimento desde meados do século XX século⁸.

Além disso, o Relatório afirma que os riscos climáticos afetam as comunidades mais vulneráveis em todos os níveis de desenvolvimento⁹. No que diz respeito às atividades humanas presentes e futuras, o cenário climático contemporâneo está distante de ser uma situação estática e descritiva.

Na verdade, a resiliência dos ecossistemas e políticas de adaptação não são os únicos aspectos sobre os quais os humanos devem intervir, tornando-se necessário as políticas de mitigação para «[r]eduções substanciais e sustentadas das emissões de gases com efeito de estufa»¹⁰.

Neste conjunto holístico de elementos, a principal tarefa para desafiar a mudança climática antropogênica é encontrar a interação certa entre adaptação e mitigação, que são medidas complementares. Por um lado, as políticas de adaptação podem ser amplamente diversificadas, dependendo de uma única região e setor envolvidos, e são constante e estritamente dependentes do clima, bem como relacionados ao contexto. Por outro lado, a mitigação pode envolver todos os setores, mas requer principalmente «uma abordagem integrada que combine medidas para reduzir o uso de energia a intensidade dos gases de efeito estufa dos setores de uso final, descarbonizar o fornecimento de energia, reduzir as emissões líquidas e aumentar o carbono que naufraga setores terrestres»¹¹.

A prática simultânea e de longo prazo de adaptação e mitigação irá reduzir riscos climáticos, levando circunstâncias mais adaptativas e menores custos de mitigação, contribuindo assim para «caminhos resilientes ao clima para o desenvolvimento sustentável»¹². Ao fazer isso, a tomada de decisão eficaz é fundamental, integrando «[g]overnança, dimensões éticas, equidade, julgamentos de valor, avaliações econômicas, percepções e respostas diversas

⁷ IPCC (2014), *Climate Change 2014: Synthesis Report*, Geneva: IPCC.

⁸ *Ivi*, pp. 2-4.

⁹ *Ivi*, p. 13.

¹⁰ *Ivi*, pp. 4-5.

¹¹ *Ivi*, pp. 26-28.

¹² *Ivi*, p. 26.

ao risco e incerteza»¹³. A principal questão será a implementação correta e eficaz, o que exige uma abordagem interdisciplinar, sinérgica e multinível nos campos jurídico e político, produzindo regras adequadas para promover uma resposta integrada do nível internacional para o local e vice-versa.

3. Abordagens de vanguarda para questões ambientais e climáticas.

Atualmente, podemos obter evidências da crescente compreensão do meio ambiente e questões climáticas, principalmente referindo-se a dois aspectos fundamentais: 1) o substantivo reconhecimento, em nível constitucional e estadual, dos direitos e deveres relativos a questões ambientais/climáticas; 2) a resposta “corajosa” do judiciário na definição de padrões inesperados e muito progressivos.

No que diz respeito ao campo constitucional, pode-se lembrar três notáveis exemplos de “constitucionalização” e legislação estadual de direitos e deveres ambientais, bem como de personificação da natureza e regulamentação do *locus standi*: a) o conceito de *Pachamama* expresso na Constituição do Equador (2008); b) direitos ambientais na Constituição da Bolívia (2009); c) o exemplo de Novo Zelândia por meio da Lei Te Awa Tupua (Whanganui River) de 2017.

Desde o Preâmbulo, a Constituição do Equador “celebra” a natureza ou *Pachamama* (Mãe Terra), «da qual fazemos parte e que é vital para a nossa existência». Com relação ao campo jurídico, o capítulo sete da Constituição faz jus aos direitos da natureza, e Art. 71 afirma que «a *Pachamama*, onde a vida se reproduz e ocorre, tem direito ao respeito integral por sua existência e pela manutenção e regeneração de sua vida: ciclos, estrutura, funções e processos evolutivos». Junto com o reconhecimento legal do direito da natureza, a lei fundamental estabelece que todas as pessoas, comunidades, pessoas e nações podem promover a intervenção das autoridades públicas para a implementação e aplicação de tais cláusulas. Particularmente interessante para o debate jurídico é o art. 72, que confere à Natureza o direito de ser restaurado e a obrigação do Estado e dos indivíduos compensarem as pessoas ou comunidades por esses danos que afetaram os sistemas naturais dos quais eles dependem. Outro notável dispositivo constitucional relacionado com a destruição dos ecossistemas, a extinção de espécies e aos ciclos naturais obriga o Estado a adotar medidas restritivas e/ou preventivas.

A Constituição do Estado Plurinacional da Bolívia (2009) prevê uma disciplina profunda relacionada aos direitos ambientais, embora não haja reconhecimento do *locus standi* da Natureza. Nessa medida, o art. 34 afirma que «qualquer pessoa, em seu próprio direito ou em nome de um coletivo, está autorizada a tomar medidas legais em defesa dos direitos ambientais,

¹³ *Ivz*, p. 32.

sem prejuízo da obrigação das instituições públicas, a agirem por conta própria face aos atentados ao meio ambiente.»

Da mesma forma que a perspectiva do Equador de considerar a Natureza como entidade jurídica, na Nova Zelândia, a Lei Te Awa Tupua (Acordo de Reivindicações do Rio Whanganui) de 2017 mostra a mesma tendência no reconhecimento de seres naturais como “entidades legais”. Neste aspecto Art. 14 da Lei declara que o rio Te Awa Tupua é uma pessoa jurídica, suportando «todos os direitos, poderes, deveres e responsabilidades de uma pessoa jurídica»¹⁴.

Não apenas o constitucional/constituente e o legislativo adotaram uma “tendência verde”, mas também o Judiciário. Um exemplo é o caso 2016 *Center for Social Justice Studies et al. v. Presidência da República e outros*, resolvida pelo Tribunal Constitucional colombiano, que reconheceu «o Rio Atrato, sua bacia e afluentes como uma entidade sujeita a direitos de proteção, conservação, manutenção e restauração pelo Estado e comunidades étnicas». Além disso, o Tribunal impôs ao «governo nacional exercer a tutela legal e representação dos direitos do rio», juntamente com as comunidades étnicas que vivem no Chocó, criando assim os ‘guardiões do Rio’.

Mais recentemente, também na Europa, um julgamento significativo relacionado às questões da mudança climática antropogênica foi concedido. Em 20 de dezembro de 2019, o Supremo Tribunal Holandês (Seção Civil) declarou que: «o Estado tem uma obrigação positiva de proteger a vida dos cidadãos dentro de sua jurisdição nos termos do artigo 2.º da ECDH [...]. Esta obrigação aplica-se a todas as atividades públicas e privadas, o que poderia colocar em risco os direitos protegidos nestes artigos, e certamente diante de atividades industriais que por sua própria natureza são perigosas.»

Além disso, o Tribunal Holandês afirmou que «[s]e o governo sabe que existe uma verdadeira e iminente ameaça, o Estado deve tomar medidas cautelares para prevenir violação na medida do possível»¹⁵.

Neste contexto, também a criação de órgãos judiciais especializados determina um avanço nas áreas jurídicas ambientais e climáticas. Diferentes sistemas legais adotaram soluções adequadas combinadas de acordo com seu próprio sistema judiciário mostrando uma tendência

¹⁴ E.L. O'DONNELL, J. TALBOT-JONES, *Creating legal rights for rivers: lessons from Australia, New Zealand, and India*, in *Ecology and Society*, 23, 2018, 1; E.L. O'DONNELL, *At the Intersection of the Sacred and the Legal: Rights for Nature in Uttarakhand, India*, in *Journal of Environmental Law*, 30, 1, 2017, pp. 135-144.

¹⁵ V. JACOMETTI, *Climate Change Litigation: Global Trends and Critical Issues in the Light of the Urgenda 2018 Decision and the IPCC Special Report “global Warming of 1.5 °C”*, in *Global Jurist*, 20, 2019, pp. 1-18; B. MAYER, *The State of the Netherlands v. Urgenda Foundation: Ruling of the Court of Appeal of The Hague (9 October 2018)*, in *Transnational Environmental Law*, 8, 2019, pp. 167-192; P. MINNEROP, *Integrating the ‘duty of care’ under the European Convention on Human Rights and the science and law of climate change: the decision of The Hague Court of Appeal in the Urgenda case*, in *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 37, 2019, pp. 149-179; J. VERSCHUUREN, *The State of the Netherlands v Urgenda Foundation: The Hague Court of Appeal upholds judgment requiring the Netherlands to further reduce its greenhouse gas emissions*, in *RECIEL*, 28, 2019, pp. 94-99.

global crescente no estabelecimento de Cortes e tribunais ambientais (*Environmental Courts and Tribunals*, ECTs). De acordo com o estudo realizado por George Pring e Catherine Pring¹⁶ sob a égide do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, de poucos tribunais especializados, atualmente 1200 ECTs foram estabelecidos em 44 países, no âmbito estadual, bem como nos níveis regional, provincial e local. A razão dessa demanda de justiça ambiental por meio da atividade do judiciário poderia ser explicada, como Domenico Amirante afirmou¹⁷, com base em que: «muitas vezes os poderes executivos, incapazes de fazer cumprir a lei, tendem a abdicar com sucesso de suas responsabilidades para com o judiciário, independentemente da eficácia das penalidades relativas ao meio ambiente, das infrações, crimes e nível de especialização dos órgãos judiciais em causa.»

4. Um exemplo de ação civil pública de vanguarda.

Reforçando essa progressividade do “pensar diferente”, sobretudo, no Sul Global, há de se destacar o deferimento do pedido liminar da Ação Civil Pública no. 5012843-53.2021.4.7200/SC para reconhecer a legitimidade ativa das associações autoras União Florianopolitana das Entidades Comunitárias - UFECO, ONG Costa Legal e a Associação Pachamama, que pleiteiam a o reconhecimento jurídico dos problemas existentes nas estruturas de massiva e iterativa violação de direitos ambientais e ecológicos da Lagoa da Conceição. O Poder Judiciário (6ª. Vara Federal de Florianópolis) reconheceu que a degradação e o risco de perecimento do relevante e frágil ecossistema da Lagoa já foram objeto de estudos realizados no decorrer dos últimos anos e que a intensa judicialização da defesa dos direitos ambientais e ecológicos da Lagoa da Conceição é resultado da reiterada inércia, ineficiência da gestão e da governança ecológica, que ainda apresenta resistência em reconhecer a aceitação deste bem, como bem ambiental e à salvaguarda de direitos e garantias fundamentais.

A decisão favorável ao pedido de liminar da respectiva Ação Civil Pública, reitera a falha da governança ecológica que se encontra sob o comando das autoridades competentes nas diferentes esferas públicas. Destaca-se ainda, que a Ação Civil Pública encontra sua legitimidade no artigo 129, Incisos II e III, que estabelece ser funções institucionais do Ministério Público zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição Federal Brasileira, promovendo as medidas necessárias à sua garantia além de promover o inquérito civil e ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

¹⁶ G. PRING, C. PRING, *Environmental Courts & Tribunals*, Nairobi, 2016; D. AMIRANTE, *Environmental Courts in Comparative Perspective: Preliminary Reflections on the National Green Tribunal of India*, in *Pace Env'tl. L. Rev.*, 29, 2012, pp. 441-469.

¹⁷ D. AMIRANTE, *Environmental Courts in Comparative Perspective: Preliminary Reflections on the National Green Tribunal of India*, cit., p. 442.

Pode-se afirmar que a decisão prolatada pela 6^a. Vara Federal de Florianópolis reafirma o compromisso do Judiciário brasileiro de atender às causas defendidas pelas Associações, tutelando os intuitos institucionais em juízo, quando estas se encontrem legalmente constituídas, e no caso em comento, o Juiz Federal Marcelo Krás Borges, entendeu que o artigo 5º. Inciso XXXV e artigo 225 caput da Carta Magna Brasileira consagra a inafastabilidade da jurisdição e garante o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, entendendo ainda que essas garantias fundamentais reduzem o exercício da discricionariedade do administrador, tendo este prevalentemente a obrigação de optar por alternativas que sejam menos gravosas quando se trata do equilíbrio ecológico.

Em se tratando da Lagoa da Conceição, a proposta inovadora é a de materializar a noção de justiça socioecológica, de modo a reconhecer que, para além da dignidade das comunidades humanas e dos animais não-humanos que se encontram dentro do ecossistema da Lagoa e que a utilizam como meio de sobrevivência direta, é preciso promover a dignidade também de indivíduos e comunidades que são dependentes desse ecossistema e que, de alguma forma, se inter-relacionam com ele para a manutenção de sua qualidade de vida. Nesse sentido, ao propor uma governança sistêmica na Lagoa da Conceição, tendo como fim último a promoção da justiça socioecológica, busca sobretudo trazer à tona a responsabilidade cabível às autoridades e entes públicos, mas ressaltando a necessidade da produção de um diálogo no qual esteja incluído a pluralidade de atores como forma de democratizar as discussões contribuindo para que os processos decisórios aconteçam de forma muito mais profícua (Ação Civil Pública N° 5012843-56.2021.4.04.7200/SC, 2021).

A Liminar concedida em favor do reconhecimento da Lagoa da Conceição como sujeito de direitos, trouxe à baila a necessidade de promoção de uma governança que acolha o princípio de consideração de todos os envolvidos na situação em análise, (seres humanos e não humanos) ou seja, um princípio fundamentado na inclusão dos membros da comunidade que estarão sujeitos às decisões e ações quanto à determinada governança na condução procedimental inerente a ela de forma que essa estrutura – entes públicos e sociedade se fundamente sobre dois trilhos: institucional formal¹⁸ e sociedade civil organizada¹⁹ (Ação Civil Pública N° 5012843-56.2021.4.04.7200/SC, 2021).

Assim, a decisão emanada da 6^a. Vara Federal de Florianópolis, sugere uma governança que ultrapasse a perspectiva do direito ambiental tradicional construído ao longo dos anos, mas que progrida em direção de um direito ecológico que proponha parâmetros que atenda as novas necessidades que não devem ser vistas mais como lineares e fragmentadas, mas que precisam

¹⁸ Este trilha conduzirá à elaboração de normas e processos decisórios com representantes estatais.

¹⁹ E.P. POPEK, *Sampling and analysis of environmental chemical pollutants – a complete guide*, Academic Press, Elsevier, 2003, p.356. Este trilha deve ser composto por membros da sociedade e organizações não-governamentais que possam representar os interesses de humanos e não-humanos, dos presentes e futuras gerações.

urgentemente serem entendidas como uma relação ecossistêmica interconectada entre entes públicos e os todos submetidos imprescindíveis para o enfrentamentos das problemáticas ambientais (6ª. Vara Federal de Florianópolis, 2021).

Desta feita, os autores da referida Ação, na qualidade de Associações atuando no polo ativo, dão um passo progressista no sentido de incentivar outros atores sociais, como forma de impedir que o, poder público continue omissos com relação às problemáticas ambientais no Brasil, obrigando-o a rever sua atuação insuficiente que afeta diretamente os deveres de prevenção e precaução, vez que a falta do dever ser por parte do poder público acarreta a arbitrariedade por omissão, e no caso da Lagoa da Conceição, a incapacidade reiterada de governança ensejou o episódio de rompimento da Barragem de Evapoinfiltração, que ocorreu em 25 de janeiro de 2021.

Por outro lado, observa-se que um “pensar diferente” quanto ao reconhecimento das entidades naturais como sujeitos de direitos no âmbito do Poder Judiciário brasileiro não é pacífico. Contrária à decisão favorável ao pedido de liminar da Ação Civil Pública no. 501284ª.3-53.2021.4.7200/SC foi a sentença prolatada no processo no. 1009247-73.2017.4.01.3800, Ação Ordinária distribuída junto à 6ª. Vara Federal de Belo Horizonte (Minas Gerais), que foi impetrada pela Bacia Hidrográfica do Rio Doce, representada pela Associação Pachamama, contra a União Federal e o Estado de Minas Gerais. O petição era a instituição do Cadastro Nacional de Municípios Suscetíveis a Desastres para a elaboração do Plano de Proteção e Defesa Civil do Estado de Minas Gerais, com participação de representantes de instituições acadêmicas e dos povos ribeirinhos (indígenas ou não), liminarmente o reconhecimento da “Bacia Hidrográfica do Rio Doce” como sujeito de direito. (Ação Ordinária N° 1009247-73.2017.4.01.3800/MG, 2018).

Para além do reconhecimento de titularidade jurídica à Bacia Hidrográfica do Rio Doce, o pedido da liminar se estendia ao reconhecimento da ampla legitimidade de todas as pessoas para defenderem o direito de existência sadia da Bacia supra citada.

Na petição, a Bacia Hidrográfica do Rio Doce se apresentou em primeira pessoa, demonstrando que sua existência depende de processos ecológicos essenciais, e que mantém uma relação muito próxima com a biodiversidade de animais e vegetais que vivem não somente dentro de suas águas, mas também em suas margens. O Rio Doce é bacia hidrográfica federal, e sua capacidade de fornecimento de água abrange cerca de 3,5 milhões de pessoas em 230 municípios mineiros, estando localizado numa região onde se encontra o maior complexo siderúrgico da América Latina. Ou seja, indiscutivelmente a existência do Rio Doce tem papel significativo também, no que se refere a interação com a vida ancestral, artística e poética no contexto brasileiro.

Ainda que na Ação Ordinária o Rio Doce aduzisse que as Constituições do Equador e da Bolívia reconhecem os rios como sujeitos de direitos, bem como mencionar que a Corte Constitucional Colombiana considerou o Rio Atrato um sujeito de direito biocultural, reconhecendo a profunda unidade entre o rio e os povos ribeirinhos, que tenha fundamentado seu pedido nos diversos tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil, a exemplo da Colômbia, mesmo insistindo que a Constituição de 1988 instituiu um Estado Democrático de Direito e assegurou o bem estar como valor supremo de uma sociedade pluralista, tendo ponderado que a Emenda Constitucional n. 96/2017 incluiu no artigo 225 da Constituição Federal, reconhecendo os animais como sujeitos de direito ao bem estar, e postulou que essa condição pudesse se estender também à Bacia Hidrográfica do Rio Doce, argumentando que “sou um ecossistema fundamental para a vida no planeta, composto de humanos (sujeitos de direito), animais (sujeitos de direito) e vegetais”, não foram suficientes para uma decisão favorável ao reconhecimento do Rio Doce como sujeito de Direito (Ação Ordinária N° 1009247-73.2017.4.01.3800/MG, 2018).

Não bastassem tais argumentos, o Rio Doce mencionou a Lei n. 11.102/2005, que trata da biossegurança, que considera os animais como sujeitos de direito, na expectativa de ser reconhecido como sujeito de direito, amparado pela legislação brasileira. Porém, tais argumentos, não foram suficientes e prevaleceu o princípio do Livre Convencimento do Juiz, disposto no artigo 371 do Código de Processo Civil, que in verbis preconiza: Art. 371. «O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento».

Nota-se essa prevalência ao se analisar a sentença que indeferiu o pedido, quando a Juíza Federal da Sexta Vara Cível da SJMG fundamentou que o ordenamento jurídico brasileiro não conferiu aos demais seres vivos, como animais, florestas, mares e rios, os atributos da personalidade. Entendendo que na exordial a Bacia Hidrográfica do Rio Doce é a parte autora da ação e não possui personalidade jurídica para tal, salientou ser necessário a capacidade do sujeito de gozo e exercício de direitos e obrigações, o que a magistrada não verificou in casu, fazendo uso da lição de Pontes de Miranda, defensor de que “partes são as coisas para as quais e contra as quais é pedida a tutela jurídica. As partes é que pedem, ou é contra elas que se pede.” (Ação Ordinária N° 1009247-73.2017.4.01.3800/MG, 2018).

Ainda segundo as argumentais da juíza, a capacidade de ser parte se refere à capacidade do sujeito de gozo e exercício de direitos e obrigações, existindo para pessoas físicas, jurídicas, formais e entes despersonalizados, sendo portanto, pressupostos processuais de existência da relação processual, sendo imprescindível, na sua compreensão que a capacidade de ser parte é intrinsecamente ligada à capacidade de estar em juízo, portanto, imprescindível, no seu ponto de vista, para a prática de atos processuais, ou seja, “legitimatío in processum”. Desta feita, dentro

do princípio do Livre Convencimento do Juiz, aporado pelo artigo 371 do CPC, a Bacia Hidrográfica do Rio Doce não possui personalidade jurídica ou personalidade jurídica que lhe conceda permissão para requerer tutela jurídica, ponderando que o contrário implica uma desconstrução e ruptura com o atual ordenamento jurídico, baseando sua argumentação ainda, de que a inadequação do procedimento é fundamental no Estado Democrático de Direito, em observância à discursividade congressional, por se tratar de princípio fundamental da República Brasileira, que deve primar pela independência entre os três poderes, de tal sorte que um poder não se intrometa nas funções do outro (Ação Ordinária N° 1009247-73.2017.4.01.3800/MG, 2018)

Não bastasse a prevalência do princípio do Livre Convencimento do Juiz, a sentença prolatada ainda obteve a argumentação por parte da magistrada de que são os entes que devem cuidar do rio, e a falta de cuidado dos homens é que dever ser trabalhada, haja vista que é o cuidado advindo do indivíduo é que deverá ter voz e vez para que catástrofes como a de Mariana. Ou seja, retirou a responsabilidade completa do judiciário quanto às necessidades de tutela do Rio Doce.

O pedido de reconhecimento do Rio Doce como sujeito de Direito se deu por conta da tragédia ocorrida em 5 de novembro de 2015 com o rompimento da barragem de rejeitos da mineradora Samarco no município de Mariana/MG, despejou em poucos minutos 62 milhões de metros cúbicos de lama de minério de ferro, matando 19 pessoas e desabrigando 1265, impactando sobremaneira os distritos de Bento Rodrigues e Paracatu de Baixo, além do distrito de Barra Longa em Gesteira, atingindo 35 municípios pertencentes ao Estado de Minas Gerais e 3 no Estado do Espírito Santo. Seis milhões de pessoas tiveram suas vidas prejudicadas, inúmeras espécies de peixes foram mortas, destruindo 1.176 hectares ao longo da margem do Rio Doce, atingindo 46% de pastagens e 43% da vegetação nativa.

Todo esse quadro não convenceu a magistrada, fazendo prevalecer a sua compreensão de que o Rio Doce não pode postular perante o juízo os seus direitos, pacificando no seu entender que não existe um vago no ordenamento jurídico brasileiro que justifique o reconhecimento de personalidade jurídica aos rios, florestas, mares e animais para postularem em juízo aos seus pretensos direitos, ainda que tenha manifestado na sentença que “talvez ninguém ame mais um rio do que esta juíza”. E por essas razões, indeferiu a petição inicial e julgou extinto o processo, sem resolução de mérito, nos termos do artigo 485, I e IV, do CPC.

Haja vista estas exposições, pode-se concluir que apesar do “pensar diferente”, adotado por alguns magistrados brasileiros, como é o caso da 6ª. Vara Federal de Santa Catarina, alguns juízes parecem continuar primando por não acompanhar o dinamismo dos debates acerca da necessidade do reconhecimento dos novos sujeitos de direitos, sem levar em consideração a possibilidade de mesclar justiça/contencioso ambiental e climático, firmando-se em paradigmas

que não se justificam mais, diante da necessidade de uma nova abordagem de uma justiça climática verdadeiramente efetiva. Diante da complexidade ambiental dentro do Brasil, constata-se que ainda pode demorar muito tempo até que o entendimento do Judiciário brasileiro esteja pacificado a respeito da matéria, nesse sentido, a unanimidade dentro do próprio Poder Judiciário, parece caminhar a passos muito lentos, apesar das luzes que aparecem em alguns fins de túneis.

5. Clima e justiça ambiental: uma breve introdução.

Apesar de uma compreensão diferente dos termos “justiça” e “contenzioso” em sistemas de Common Law e culturas anglófonas, em algumas línguas esses dois termos parecem ser sinônimos ou se utilizar uns aos outros. Por exemplo, o termo italiano *giustizia*, o espanhol *justicia* o termo português *justiça*, provenientes do antigo termo latino *Iustitia*, funde justiça e contencioso em um significado complexo baseado em ambos aspectos éticos e recursos técnicos.

Em inglês, de acordo com o Cambridge Dictionary, “justiça” tem vários significados: 1) justiça na forma como as pessoas são tratadas; 2) o sistema de leis em um país que julga e pune pessoas; 3) um juiz em um tribunal de justiça. Da mesma forma, também o termo “contenzioso” é definido como: 1) o processo de levar um caso a um tribunal para que um julgamento possa ser feito; 2) o processo de levar uma discussão entre pessoas ou grupos a um tribunal; 3) o processo de causar um desacordo a ser discutido em um tribunal de forma que uma decisão oficial pode ser dada sobre isso.

Quando pensamos sobre o clima e os discursos ambientais, outros fatores tornam-se essenciais. Atualmente, existe um amplo corpo de estudos sobre justiça climática e meio ambiente, bem como sobre litígios climáticos, mas parecem corresponder a dois reinos divididos, onde apenas em casos esporádicos há um cruzamento epistemológico²⁰.

Apesar do fato de que o termo “justiça” pressupõe conotações (climática, ambiental, social, gênero, etc.), como primeiro se poderia referir o conceito de ‘distributivo’ proposto por John Rawls em seu eminente livro *A Theory of Justice*. De acordo com o conceito de justiça distributiva, surgem dois princípios: 1) «toda pessoa deve ter o mesmo direito ao esquema mais extenso de liberdades básicas iguais compatível com um esquema semelhante de liberdades para os outros»; 2) «desigualdades econômico-sociais devem ser dispostas de modo que ambos (a) sejam razoavelmente esperados a serem vantagem de todos, e (b) anexado a cargos e posições

²⁰ T. JAFRY (ed.), *Routledge Handbook of Climate Justice*, London-New York, 2019; E. LEES, J.E. VIÑUALES (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Environmental Law*, Oxford, 2019; M. BURGER, J. GUNDLACH (eds), *Climate Change, Public Health, and the Law*, Cambridge, 2018; O.C. RUPPEL, C. ROSCHMANN, K. RUPPEL-SCHLICHTING (eds), *Climate Change: International Law and Global Governance*, Baden-Baden, 2013; M. CARDUCCI, *La ricerca dei caratteri differenziali della “giustizia climatica”*, in *DPCE Online*, 2, 2020, p. 1350.

abertos a todos»²¹. A abordagem ‘distributiva’ não lida adequadamente com uma série de questões, como a justificativa de atividades prejudiciais com base em um histórico (e diferenciado) responsabilidade. A aplicação prática de tal perspectiva, que postula satisfazer o justo igualdade de oportunidades por meio de abordagens diferenciadas, pode cumprir o (principalmente morais) obrigações impostas por fardos históricos, bem como justificam um anti-clima abordagem política em alguns casos específicos. Esta posição define uma abordagem combinada de justiça distributiva e corretiva, “elaborando” um inquérito sobre «como atribuir responsabilidades»²². Passo a passo, a atitude distributiva/corretiva apela a quatro abordagens adicionais, nomeadamente i) igualitária; ii) com base em direitos; iii) global/local; iv) diacrônico (gerações passadas/presentes/futuras).

Como Idil Boran apontou²³, a justiça climática é caracterizada pela heterogeneidade, em vez de características unificadoras que atendam à sua própria natureza dualística, tanto teórica quanto prático. A diversidade de visões de justiça destaca que não há mutuamente orientações teóricas e práticas exclusivas. Apesar da falta de unidade na bolsa de estudos, justiça climática pode ser identificada como um movimento social ou como uma investigação normativa.

O conceito de justiça climática como um movimento social baseia-se em princípios morais e éticos compreensão de um fenômeno com «raízes anti-*establishment* [...] percebidas como divisiva por aqueles que estão no poder»²⁴, é uma síntese de reivindicações de justiça, diferentes e sobrepostas “formas” de justiça (por exemplo, ambientais e ecológico) e ativismo privado; em todas essas formas de interseção e inter-relação, o pluralismo é o tema principal.

6. Conclusão. O impacto nos sistemas jurídicos.

Sem pretender ser exaustiva, esta contribuição mira constituir um discurso crítico que requer mais estudos e aprofundamentos, que consigam encontrar uma síntese nos estudos de direito ambiental e o climático. Como sugere Espinosa, «de acordo com os direitos da natureza interpretativa repertório, a destruição ambiental resulta de suposições arraigadas estruturas, e não de aplicação inadequada da legislação ambiental»²⁵. Novos atitudes ambientais e climáticas enfatizam o conceito de ‘transformador’, que implica uma variação benéfica. No entanto, se

²¹ J. RAWLS, *A Theory of Justice*, p. 53.

²² D. MOELLENDORF, *Climate change and global justice*, in *WIREs Climate Change*, 3, 2012, pp. 131-143.

²³ I. BORAN, *An inquiry into climate justice*, in T. JAFRY (ed.), *Routledge Handbook of Climate Justice*, London-New York, 2019, pp. 26-41.

²⁴ T. JAFRY, M. MIKULEWICZ, K. HELWIG, *Introduction: Justice in the Era of Climate Change*, in T. Jafry (ed.), *Routledge Handbook of Climate Justice*, London-New York, 2019, p. 1.

²⁵ C. ESPINOSA, *Interpretive Affinities: The Constitutionalization of Rights of Nature, Pacha Mama*, in *Ecuador*, in *Journal of Environmental Policy & Planning*, 21, 2015, pp. 608-622. S. BALDIN, *Il «buen vivir» nel costituzionalismo andino. Profili comparativi*, Torino, 2019; S. BAGNI, (ed.), *Dallo Stato del bienestar allo Stato del buen vivir. Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano*, Bologna, 2013.

dermos uma olhada no principal literatura jurídica, especialmente no que se refere ao conceito de constitucionalismo, geralmente este termo é usado por estudiosos do Norte Global para descrever um processo contínuo de estabelecimento, modernização e atualização de um sistema jurídico de acordo com as características ocidentais, escondendo uma abordagem axiológica – ou mesmo colonialista – ou uma avaliação²⁶.

Assim, este ensaio contribui para o debate presente e aberto através de dos questões-chave para pesquisas e análises futuras: 1) Os sistemas jurídicos ocidental estão prontos para enfrentar um cambio de paradigma e os desafios das novas legitimações ativas e subjetividades jurídicas?; 2) A lei sempre e somente terá conotações antropomórficas ou pode desenvolver uma abordagem mais holística e heurística (e também ecológica)?

²⁶ S. ALAM *et al.* (eds), *International Environmental Law and the Global South*, Cambridge, 2015; E. DARIAN-SMITH, *Postcolonial Law*, in James D. WRIGHT (ed.), *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*, Amsterdam, 2015.