

Contributi di Diritto amministrativo

2

Classici e nuove prospettive

CONTIBUTI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

Collana diretta da

FRANCO GAETANO SCOCA, GUIDO CORSO
MARINA D'ORSOGNA, LOREDANA GIANI, MARIA IMMORDINO, ARISTIDE POLICE,
MARIA ALESSANDRA SANDULLI, MARIO SPASIANO

Classici e nuove prospettive

DAL DIRITTO DELL'EMERGENZA AL DIRITTO DEL RISCHIO

a cura di

Loredana Giani Marina D'Orsogna Aristide Police

**EDITORIALE SCIENTIFICA
NAPOLI**

Proprietà letteraria riservata

© Copyright settembre 2018 Editoriale Scientifica s.r.l.
via San Biagio dei Librai, 39
Palazzo Marigliano
80138 Napoli

www.editorialescientifica.com info@editorialescientifica.com

ISBN 978-88-9391-442-0

INDICE

<i>Prefazione</i>	9
<i>Preface</i>	11

PARTE I I PRINCIPI DI PREVENZIONE E PRECAUZIONE TRA ATTIVITÀ E ORGANIZZAZIONE

<i>Dalla cultura dell'emergenza alla cultura del rischio: potere pubblico e gestione delle emergenze</i> Loredana Giani	15
<i>Brevi riflessioni sulla natura giuridica e sul contenuto dei principi di precauzione e di prevenzione nel diritto internazionale</i> Pietro Gargiulo	31
<i>Tra precauzione, prevenzione e programmazione</i> Francesco de Leonardis	49
<i>The "risk society": a new concept for the principle of legal certainty?</i> Antonio Barone	73
<i>L'emergenza come figura sintomatica di sviamento dalla funzione pubblica</i> Aristide Police	87

PARTE II LA FUNZIONE PUBBLICA DI VALUTAZIONE DEI RISCHI

<i>I soggetti del sistema: intreccio di competenze e regolazione delle emergenze</i> Salvatore Cimini	99

<i>Necessità e urgenza: l'evoluzione storica e giuridica dei poteri dell'amministrazione per fronteggiare le emergenze</i> Federico Valentini	123
<i>Pratiche di cittadinanza attiva e tutela del territorio. Partecipazione ed emersione degli interessi delle comunità locali e dei territori</i> Gabriella De Giorgi, Francesca D'Agostino	171
<i>Foreseeing, planning and managing land protection emergencies</i> Ruggiero Dipace	191
<i>Valutazione del rischio e governo del territorio</i> Mario Palma	207
<i>Patrimonio culturale e resilienza nelle politiche pubbliche</i> Giovanna Iacovone	219
<i>I principi di prevenzione e precauzione nella materia ambientale</i> Walter Giulietti	237
<i>Sviluppo sostenibile, prevenzione e precauzione nella disciplina dei lavori pubblici</i> Ruggiero Dipace	259
<i>Ideas for the construction of a model for social work in risk situations</i> Annarita Iacopino	287
<i>Prevenzione e pianificazione dei rischi e delle emergenze in ambito aeroportuale</i> Francesco Gaspari	299
<i>The Basilicata case study. The region resilience in the face of the constant increase in the influx of tourists</i> Pierpaolo Gruosso, Teresa Maria Sgaramella	329

PARTE III
ESPERIENZE A CONFRONTO

<i>Administrative resilience, urban regeneration, long-term recovery and adaptability between ordinariness and emergency: a benchmark between the Kōbe and L'Aquila earthquakes</i> Vinicio Brigante	349
<i>Il sistema italiano di gestione dell'emergenze alla prova della comparazione: la gestione del rischio nel sistema francese. Spunti per un modello di regolazione e gestione del rischio</i> Annarita Iacopino	363
<i>Le calamità naturali e le risposte del diritto al rischio di alluvioni: un'analisi comparata tra Italia e Spagna</i> Fabrizio Fracchia, Pasquale Pantalone	381
<i>Elenco dei curatori e degli autori</i>	391

Prefazione

Il volume raccoglie gli esiti di una riflessione che ha avuto inizio in occasione del Prin su “*Eguaglianza nei diritti fondamentali nella crisi dello Stato e delle finanze pubbliche: una proposta per un nuovo modello di coesione sociale con specifico riguardo alla liberalizzazione e regolazione dei trasporti*” nel cui ambito l’unità di ricerca dell’Università degli Studi di L’Aquila, coordinata da Loredana Giani, muovendo dall’esperienza del sisma che aveva colpito il territorio abruzzese, aveva avvertito la necessità di approfondire anche gli aspetti correlati alla gestione del rischio nel sistema dei trasporti e, in particolare, dei trasporti su strada.

La ricerca è stata svolta, soprattutto per la parte specifica relativa alle questioni ambientali e alla gestione delle emergenze, in collaborazione con l’Institut de Physique du Globe di Parigi, l’Arpab e l’Istituto metodologie per l’analisi ambientale – IMAA del CNR in virtù di un protocollo di intesa, di cui era parte anche l’unità di ricerca dell’Università degli Studi di Teramo, coordinata da Marina D’Orsogna, avente ad oggetto uno specifico progetto dal titolo “*Prevenzione e gestione delle emergenze. La rete istituzionale come presupposto per la creazione di un sistema per le emergenze*”.

Gli esiti di questa ricerca sono stati presentati nel corso di un Convegno tenutosi a L’Aquila il 18 dicembre 2016.

La delicatezza e rilevanza del tema, soprattutto alla luce degli eventi che, in una sconcertante successione, hanno interessato il nostro territorio, hanno spinto il gruppo di ricerca a proseguire il percorso iniziato, intercettando altre e più ampie tematiche quale quella della resilienza. In questa direzione è stata avanzata una proposta di *panel*, a cura di Loredana Giani e di Aristide Police, su “*Tecnica, diritto e rischio: spunti per la costruzione di un sistema istituzionale resiliente*” nel contesto del Congresso organizzato dall’*International Institute of Administrative Science* (IIAS) che si è tenuto a Tunisi dal 25 al 28 giugno 2018 sul tema “*Administrative Resilience*”.

Nonostante tutti i contributi siano il frutto di una lunga e condivisa riflessione da parte degli Autori, la decisione di raccoglierci in un Volume non vuole rappresentare la chiusura di un percorso di ricerca, ma al

contrario solo l'inizio di un cammino complesso che pone in primo piano nella riflessione principi generali quali precauzione, prevenzione, sostenibilità e, prima di tutto, etica della responsabilità dell'amministrazione e del decisore politico nell'offrire una risposta alle numerose sfide poste dalla complessità. Un'importante parte dei contributi del Convegno di Tunisi verranno raccolti, in un'ideale continuazione, in un volume successivo.

I curatori ringraziano gli Autori per l'entusiasmo sempre manifestato nel prendere parte a questo percorso di ricerca, e Annarita Iacopino e Vinicio Brigante per il prezioso coordinamento e supporto redazionale.

Preface

This volume gathers together the results of an in-depth study that began with the Research Project of National Interest (PRIN) on “*Equality in fundamental rights in the crisis of the State and public finances: a proposal for a new model of social cohesion with specific regard to the liberalisation and regulation of transport*”. This saw the research unit of the University of L’Aquila, coordinated by Loredana Giani, move from the experience of the earthquake that struck the Abruzzi to also undertake a more profound examination of those aspects related to risk management in the transport system and, in particular, road transport.

The research was carried out, above all for the part specifically concerning environmental issues and the management of emergencies, in collaboration with the *Institut de Physique du Globe* in Paris, the Regional Agency for Environmental Protection of Basilicata (ARPAB) and the Institute for Environmental Analysis Methodologies (IMAA) of the National Research Council (CNR), thanks to a memorandum of understanding, which also involved the research unit of the University of Teramo, coordinated by Marina D’Orsogna, concerning a specific project entitled “*Prevention and management of emergencies. The institutional network as a prerequisite for the creation of a system for emergencies*”.

The results of this research were presented at a conference held in L’Aquila on 18 December 2016.

The delicacy and importance of the theme, especially in the light of the disconcerting succession of events which have struck our territory, pushed the research group to continue its path, integrating other and broader issues such as that of resilience. In this direction, a proposal for a panel was presented by Loredana Giani and Aristide Police on “*Technique, law and risk: ideas for building a resilient institutional system*” during the conference organised by the International Institute of Administrative Science (IIAS) held in Tunis from 25 to 28 June 2018 on the theme of “*Administrative Resilience*”.

Although all these contributions are the result of a long and shared reflection by the authors, the decision to gather them in book form does

not represent the closure of the research, but rather only the beginning of a complex journey that focuses firstly on general principles such as precaution, prevention, sustainability and, above all, the ethics of the responsibility of the administration and of the political decision-maker in offering an answer to the numerous challenges posed by these complexities. A significant part of the contributions from the Tunis conference will be collected, in an ideal continuation, in a subsequent volume.

The editors wish to thank the contributors for the enthusiasm that they have shown throughout this research, and Annarita Iacopino and Vinicio Brigante for their precious support in coordinating and editing this work.

PARTE I

I PRINCIPI DI PREVENZIONE E PRECAUZIONE TRA ATTIVITÀ E ORGANIZZAZIONE

LOREDANA GIANI

DALLA CULTURA DELL'EMERGENZA
ALLA CULTURA DEL RISCHIO:
POTERE PUBBLICO E GESTIONE DELLE EMERGENZE¹

SOMMARIO: 1. Il complesso rapporto tra giuridico e realtà: ordinarietà, complessità e straordinarietà. – 2. Fattispecie insolite tra prevenzione, precauzione e sostenibilità. – 3. Rischio e responsabilità. – 4. Il sistema decisionale delle pubbliche amministrazioni tra scienza e diritto. La tecnica come chiave interpretativa della complessità. – 5. Pianificazione e programmazione del rischio per un sistema resiliente. – 6. Conclusioni.

1. *Il complesso rapporto tra giuridico e realtà: ordinarietà, complessità e straordinarietà*

I fenomeni eccezionali, naturali e non, che hanno colpito il nostro paese negli ultimi anni hanno portato alla luce le forti criticità del sistema giuridico, facendo emergere la necessità, in realtà mai sopita, di indagare in chiave epistemologica il rapporto tra realtà e giuridico.

Obiettivo delle pagine che seguono è quello di offrire degli spunti per individuare una chiave di lettura che consenta di superare il trilemma regolativo² palesatosi, cercando di offrire una prospettiva secondo cui l'evento eccezionale, espressione della (ineliminabile) complessità della realtà, sia incluso (nelle competenti sedi politiche e istituzionali) in una fattispecie più ampia, comprensiva delle contingenze. E ciò non al fine di prevederle, spesso chiedendo alla scienza l'impossibile, né al fine di bloccare le attività considerate pericolose attraverso una estremizzazione dei principi di precauzione e di prevenzione³ ma più semplicemente per consentire al sistema giuridico di assumere una visione più ampia, inclusiva della fattispecie insolita⁴, in modo da prevedere uno strumenta-

¹ Vorrei ringraziare l'amico e collega Prof. Guido Traversa per il continuo confronto e per i preziosissimi suggerimenti nella redazione delle pagine che seguono.

² G. TEUBNER, *Il trilemma regolativo. A proposito della polemica sui modelli giuridici post-strumentali*, in *Politica del diritto*, 18, 1987, 85 ss.

³ Sul punto la dottrina è assai ampia, sia consentito rinviare per tutti al chiarissimo lavoro di F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Giuffrè, Milano, 2005.

⁴ N. LUHMANN, *Sociologia del rischio*, Mondadori, Milano, 1996.

rio di possibili reazioni da innescare nell'eventualità (anche remota) del verificarsi di un evento eccezionale. Dunque, una visione del rischio non estremizzata, al punto di impedire l'esercizio di alcune attività in quanto considerate fonti di pericolo, ma finalizzata ad assumere un approccio precauzionale che consenta di inquadrare anche l'evento eccezionale in un contesto di ordinarietà. La prospettiva proposta potrebbe rivelarsi utile non solo sul piano della gestione ordinaria delle conseguenze derivanti dal verificarsi di eventi eccezionali, ma anche su un piano sostanziale della efficacia degli interventi nella prospettiva di un possibile e tempestivo ritorno alla normalità: nella prospettiva della costruzione di un sistema giuridico e sociale [essi stessi] resilienti.

È innegabile, infatti, che affinché i processi di resilienza non si riducano entro i confini della (pur non semplice, ma mera) resistenza (nella consapevolezza della specificità dei due concetti)⁵, devono trovare una base solida su cui fondarsi, che non può essere costruita in un momento successivo al verificarsi dell'evento, ma deve essere preparata prima, in modo che l'evento funga solo da catalizzatore di una reazione già costruita. E perché ciò accada è necessario assumere una prospettiva più ampia in cui l'evento dannoso sia introiettato nel sistema, in una prospettiva che più propriamente va ricondotta alla "analisi del rischio", e dunque ricondotta nell'alveo dei principi di prevenzione e precauzione e, dunque, di sostenibilità.

2. *Fattispecie insolite tra prevenzione, precauzione e sostenibilità*

In questo quadro, il punto da cui prendere le mosse è certamente individuabile nella definizione delle coordinate entro le quali contestualizzare l'emergenza, superando le difficoltà insite nella progettazione della complessità⁶.

È chiaro, infatti, che se con essa ci si limita a riferirsi a un evento, o meglio alle "conseguenze" di un evento eccezionale, nella prospettiva della "gestione del momento critico successivo all'evento negativo", si

⁵ A. ZOLLI, A. M. HEALY, *Resilienza. La scienza di adattarsi ai cambiamenti*, Rizzoli, Bologna, 2014; S. DAVOUDI, *Resilience: a bridging concept or a dead end?*, in *Planning theory and practice*, 13, 2, 2012, 299 ss.

⁶ Sul punto cfr. E. MORIN, *Le vie della complessità*, in *La sfida della complessità*, a cura di G. Bocchi, M. Ceruti, Feltrinelli, Milano, 1986, 49 ss.; ID., *La sfida della complessità*, trad. it., Le Lettere, Bagno a Ripoli, 2017; J. L. MOIGNE, *Progettazione della complessità e complessità della progettazione*, in *La sfida della complessità*, cit., 84 ss.

assume una visione necessariamente parziale, difficilmente compatibile con l'obiettivo di un sistema riflessivo, che, oltre a pregiudicare la completezza del discorso, pone su di esso una vera e propria ipoteca, condizionandone la prospettiva e gli elementi di valutazione, anche in relazione al (possibile) ruolo del livello istituzionale.

Pur essendo evidente che è impossibile prescindere dal dato fattuale quale punto di origine, una riflessione sul ruolo dell'amministrazione nella gestione delle emergenze e nella costruzione di una amministrazione e di una società resilienti non può non essere impostata secondo una prospettiva più ampia nella quale si prendono in considerazione certamente i profili relativi ai momenti successivi al verificarsi dell'evento, ma a monte, e, sia consentito, prioritariamente, quelli relativi al momento antecedente il suo verificarsi, cioè quelli relativi all'analisi, valutazione e gestione del rischio e, dunque, di quelle fasi, più o meno a ridosso del temuto evento negativo, tese a garantire la predisposizione di un modello programmatico e regolatorio flessibile che consenta la realizzazione di un sistema istituzionale e infrastrutturale pienamente funzionale che gestisca le conseguenze del verificarsi dell'evento con i parametri e le garanzie dell'ordinarietà⁷.

Si intercettano, così, due momenti complementari nella prospettiva della costruzione di un sistema resiliente: quello della gestione dell'emergenza vera e propria e quello antecedente nel quale il binomio precauzione/prevenzione gioca un ruolo fondamentale nella definizione dello stesso rapporto tra scienza, tecnica⁸ e diritto e rispetto al quale ai pubblici poteri non può non essere riconosciuto un ruolo di primo piano in ragione della naturale funzionalizzazione dell'attività dell'amministrazione a tutela degli interessi delle collettività di riferimento. Si coglie, così, una dinamica circolare che, anche in ragione della complessità dei fatti considerati, presuppone necessariamente un coordinamento tra diversi soggetti, anche privati, soprattutto al fine di garantire una adeguata acquisizione delle indispensabili conoscenze scientifiche e tecniche che rappresentano l'indefettibile presupposto per la predisposizione di misure (normative e provvedimentali), di procedure adeguate rispetto al fine. Misure che, peraltro, non possono essere rigide ma debbono garantire una certa elasticità, funzionale ad un loro adeguamento

⁷ AA. VV., *Un futuro affidabile per la Città. Apertura al cambiamento e rischio accettabile nel governo del territorio*, a cura di M. Talia, Planum Publisher, Roma-Milano, 2017.

⁸ Sul punto è d'obbligo il rinvio a H. JONAS, *Tecnica, medicina ed etica. Prassi del principio di responsabilità*, Einaudi, Torino, 1997.

in parallelo al progresso delle conoscenze scientifiche e tecnologiche che ne rappresentano il presupposto.

Un percorso, dunque, che si colloca su un terreno di indagine assai delicato, nel quale la chiave di lettura va ricercata nel rapporto interferenziale che imporrebbe una necessaria e reciproca comunicazione fra i due, fino al punto di contribuire a determinare la prima i contenuti del secondo, o quanto meno quegli atti regolatori e provvedimenti che del secondo sono attuazione; definendo per tale via il rapporto che dovrebbe sussistere tra scienza e diritto, al fine di interrogarsi su alcuni profili problematici, primo fra tutti la incidenza che la prima dovrebbe avere sui contenuti del secondo, inteso in senso ampio, inclusivo della vasta gamma dei provvedimenti (anche non a carattere normativo) che possono essere assunti nel quadro dei diversi livelli di governo, senza determinare una automatica prevalenza del profilo economico.

In questo senso, come si rilevava in apertura, le diverse esperienze hanno dimostrato la scarsa efficacia del sistema normativo che tende, attraverso una iperproduzione normativa, che tra l'altro spesso si discosta dai "tradizionali" circuiti decisionali (e dunque dalle loro garanzie) di produzione del diritto, a regolare, ad affrontare le conseguenze riconducibili al verificarsi di un evento eccezionale prevalentemente attraverso degli strumenti *extra ordinem*. Una inefficacia che manifesta lo scollamento tra sistema giuridico e i correlati sistemi sociale e naturale destinatari delle sue regole. L'analisi del dato reale, infatti, palesa l'irrazionalità del sistema, si pensi alle oltre settanta ordinanze di necessità ed urgenza emanate dal Commissario per la ricostruzione nel caso del sisma aquilano, cui si sono aggiunte le innumerevoli OPCM e le altre ordinanze della Protezione civile, affastellate per la gestione dell'emergenza – un'emergenza che tra l'altro non è mai cessata "in fatto" ma solo per espressa previsione normativa⁹.

L'evento comunicativo conseguente al verificarsi di una situazione eccezionale, i tempi e le modalità di reazione del sistema giuridico, delle istituzioni, hanno in realtà palesato la opportunità di avviare un ripensamento del modello sino ad ora in uso secondo parametri che consentono di incamerare l'evento eccezionale all'interno dell'ordinaria gestione delle cose, ma non nella prospettiva utopica di evitare l'impossibile, ma solo al fine di ricondurre, per quanto possibile anche i profili di

⁹ Sul punto cfr. M. ABBRUZZESE, *Interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dal sistema abruzzese ed espropriazione di emergenza*, in www.diritto.it, 2009; F. TEDESCHINI, N. FERRELLI, *Il governo dell'emergenza*, Jovene, Napoli, 2010.

emergenza collegati al verificarsi di una fattispecie insolita¹⁰ in un contesto di ordinarietà, di procedure ordinarie in cui trovano comunque applicazione e garanzia quei valori che rappresentano la matrice su cui il sistema giuridico poggia e sulla quale si aggrega la stessa struttura sociale.

In altri termini, nella consapevolezza della impossibilità di azzerare l'incertezza riconducibile alla complessità¹¹, ciò che si vuole proporre è una chiave di lettura che consenta di superare quel binomio "evento eccezionale"/"straordinarietà" dell'intervento, anche normativo, che ha caratterizzato sino ad ora il c.d. "diritto dell'emergenza". E ciò, senza nulla togliere alla "straordinarietà/eccezionalità dell'evento" che per sua natura richiede evidentemente un intervento peculiare, mirato, in questo senso eccezionale e urgente, ma che per questo non necessariamente deve essere regolato "*extra ordinem*". La prospettiva fatta propria da un sistema riconducibile al "diritto dell'emergenza" esprime una visione dell'evento eccezionale figlia della complessità come elemento che, spesso, in ragione di una scarsa (e non prevedibile, nell'*an*, nel *quando*, ecc.) probabilità del suo verificarsi, o di una valutazione del profilo prettamente economico riferito al breve periodo, rimane estraneo ai normali processi decisionali, preferendo il sistema creare un canale parallelo per la sua gestione. Canale che presta il fianco a "deviazioni" e, purtroppo, inefficienze riconducibili anche alla semplice mancata comunicazione tra sistema ordinario e (programmazione del) sistema emergenziale. Inefficienze che sono all'origine di un incremento dei costi, anche sociali, quegli stessi costi la cui valutazione magari è stata all'origine della collocazione in secondo piano della fattispecie insolita. Ma senza dubbio, se si considera la manifestata inadeguatezza del diritto positivo a governare attraverso la straordinarietà (*extra ordinem*) gli eventi eccezionali, se si assume una prospettiva più ampia che muove dalla "corretta" considerazione della complessità della società, in termini di strutture sociali e di sistemi che interagiscono tra loro, risulta chiaro come il verificarsi della fattispecie insolita, se correttamente contemplata nel quadro della valutazione della complessità, possa essere gestito attraverso strumenti cer-

¹⁰ N. LUHMANN, *Sociologia del rischio*, cit., il quale rilevava che "mentre gli individui di solito si occupano di probabilità di media frequenza senza curarsi di ciò che è molto improbabile e mentre ciò che è molto probabile (per esempio che non si riesca a far quadrare il bilancio) è normalizzato, nell'ambito della consapevolezza del rischio si trovano oggi delle fattispecie insolite, soprattutto il fascino della possibilità di eventi estremamente improbabili ma catastrofici" (3-4).

¹¹ Sul punto si veda lo studio di E. MORIN, *Le vie della complessità*, cit.

tamente eccezionali che, però, il sistema giuridico ha già incamerato, ha già previsto al suo interno, ha già adeguato al mutare degli elementi che tipizzano la fattispecie insolita. Si pensi ad esempio all'adeguamento della classificazione sismica di un'area da parte dei competenti organismi tecnici. In tal modo gli strumenti per la gestione dell'emergenza, la loro previsione e disciplina, vengono slegati dal dato contingente e proiettati in una prospettiva di straordinarietà non come sinonimo di disciplina *extra ordinem*, ma di ordinaria gestione dell'evento eccezionale, facilitando, tra l'altro, i processi di resilienza.

Questo passaggio, che potremmo indicare come passaggio dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio comporta prima di tutto che si operi un ripensamento del rapporto tra (scienza) tecnica e diritto, introducendo nel secondo degli strumenti che garantiscano una riflessività del sistema¹² consentendo, così, il superamento, o quanto meno l'attenuazione della crisi del diritto.

In questa prospettiva, proprio per garantire la razionalità, intesa secondo gli insegnamenti weberiani¹³ come conoscenza, coerenza e partecipazione al sistema anche, e direi soprattutto, rispetto agli eventi eccezionali, la soluzione può essere ravvisata nella individuazione dei meccanismi procedurali flessibili che consentano quel costante dialogo tra scienza e diritto che ne consente un suo (del diritto) costante (e tempestivo) adeguamento alle esigenze contingenti¹⁴, e una sua rispondenza alla concreta consistenza del dato reale evitando anche distorsioni quali, ad esempio, la legittimazione *a posteriori* di opere realizzate su aree che altri soggetti avevano individuato quali possibili vie di fuga nell'ipotesi del verificarsi di un evento eccezionale; e garantendo la sopravvivenza dei sistemi alla complessità dell'ambiente esterno¹⁵. Il che è possibile se,

¹² G. TEUBNER, *Il diritto come sistema autopoietico*, Giuffrè, Milano, 1996; ID., *Substantive and Reflexive element in Modern Law*, in *Law and Society Review*, 17, 2, 1983, 239 ss.; F. SCAMARDELLA, *La riflessività giuridica come categoria di mediazione tra individuo e diritto*, in *i-lex*, 13-14, 2011, 199 ss. Spunti preziosi, per la prospettiva assunta, provengono dai lavori di H. MATURANA, F.J. VARELA, *The Tree of Knowledge*, New Science Library, Boston, 1985, nel quale sono esposte le coordinate epistemologiche dell'impostazione.

¹³ M. WEBER, G. ROTH, C. WITTICH, *Economy and Society: an outline of interpretive Sociology*, University of California Press, Berkley (CA), 1978.

¹⁴ J. HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1982; P. BARCELLONA, *Il declino dello Stato*, Dedalo, Bari, 1998; ID., *Diritto senza società. Dal disincanto all'indifferenza*, Dedalo, Bari, 2003.

¹⁵ N. LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart, Kohlhammer, 1974; ID., *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1981.

come detto, il sistema giuridico riesce a dotarsi di una organizzazione e una strumentazione flessibili, tali da far fronte anche alle (diverse e mutevoli) esigenze riconducibili alle fattispecie insolite. Per tale via si garantirebbe una vera autonomia del sistema giuridico grazie ad un costante dialogo con gli ambienti esterni, pur mantenendo la propria individualità¹⁶.

3. *Rischio e responsabilità*

Il quesito che occorre porsi è, dunque, fino a che punto il rapporto tra scienza e diritto può arrivare a permeare di sé e condizionare il sistema giuridico, e in esso anche il sistema decisionale delle pubbliche amministrazioni.

Sotto questo profilo, l'esperienza degli eventi sismici più recenti (dal sisma aquilano del 2009 a quelli del Centro Italia del 2016), ma anche di quelli precedenti (si pensi all'Irpinia che segna la nascita del sistema di protezione civile) offrono numerosi spunti di riflessione. La questione della "mancata previsione" – che così formulata è evidentemente improponibile se funzionale a richiamare i termini di un dibattito che possa porsi come "processo alla scienza" (rispetto al quale almeno nelle sedi giurisdizionali da tempo la Cassazione ha posto la parola fine) – va ricondotta alla individuazione e contestualizzazione dei principi generali di "precauzione", "prevenzione" e "sostenibilità" letti attraverso la lente del principio di "responsabilità" rispetto al quale deve ritenersi superata la ritenuta irrilevanza etica del rapporto dell'uomo con "il mondo extraumano", fondata sulla non necessarietà, in favore di una impostazione che non può prescindere dalla valutazione delle conseguenze a lungo

¹⁶ Sul punto E. MORIN, *Le vie della complessità*, cit., il quale rileva che "Nell'universo delle cose semplici è necessario «che una porta sia aperta o chiusa, mentre nell'universo complesso è necessario che un sistema autonomo sia nel contempo aperto e chiuso. Per essere autonomi bisogna essere dipendenti» (54). E poi l'Autore continua "La complessità è difficile (...) si tratta di convivere con la complessità e con la conflittualità (...). L'imperativo della complessità consiste anche nel pensare in forma organizzazionale, consiste nel capire come l'organizzazione non solo si risolva in pochi principi d'ordine, in poche leggi e come essa abbia invece bisogno di un pensiero complesso estremamente elaborato. Un pensiero organizzazionale che non comprende la relazione auto-eco-organizzatrice – cioè la relazione profonda e intima tra sistema e ambiente – che non comprenda la relazione ologrammatica tra le parti e il tutto, che non comprenda il principio di ricorsività (...) ebbene, un pensiero di tal genere è condannato ai luoghi comuni, alle banalità, e quindi all'errore" (60).

termine delle azioni umane, con il conseguente mutamento dell'imperativo categorico nel senso di non poter rischiare "il non essere delle generazioni future" garantendo la sostenibilità, anche per le generazioni presenti, delle scelte.

In questa diversa prospettiva, l'attenzione si sposta dalla valutazione della coerenza dell'atto con se stesso, alla considerazione dei suoi effetti reali e ultimi calcolati sulla base del quadro di conoscenze disponibili¹⁷, così che la responsabilità risulti proporzionata al proprio sapere, al sapere umano. In questo senso non si può non richiamare Jonas¹⁸ il quale avvertiva che il primo dovere per l'etica del futuro è l'acquisizione anticipata degli effetti a lungo termine derivanti dalle azioni individuali e collettive, sì da esercitare quella responsabilità verso gli altri (incluse le generazioni future) che non si configura come il riflesso di un "diritto", almeno secondo il principio di reciprocità cui siamo abituati, configurandosi piuttosto come un dovere verso "l'esserci dell'umanità futura" il cui contenuto non va inteso, contestualizzandolo, in senso assoluto, ma va rapportato a quei valori che devono (o dovrebbero, in una prospettiva di responsabilità) costituire il fondamento dell'azione dell'individuo, in una prospettiva in cui, dunque, la responsabilità del soggetto attivo non si limita alla "mera responsabilità dell'agente per la sua azione", come espressione di un "dover fare", ma abbraccia, in un'ottica decisamente più ampia, anche il "dover essere", coniugando, per tale via, le due prospettive del "potere verso gli altri" e del "dovere verso gli altri".

Se ci si muove all'interno di questo quadro teorico, è chiaro che l'attenzione del soggetto pubblico nella predisposizione delle sue azioni, da quelle a carattere individuale fino a risalire a quelle a carattere generale (quali le scelte programmatiche) non può intercettare solo gli eventi "probabili", per i quali la normalizzazione si presenta come un processo di facile realizzazione, ma deve contemplare anche quegli eventi eccezionali, quelle "fattispecie insolite" di cui parlava Luhmann¹⁹. Con evidente spostamento dell'attenzione sul profilo della prevenzione, inteso come "preparazione a dei futuri incerti, mirata alla riduzione tanto della probabilità che si verifichi un danno, quanto del suo ammontare"²⁰. In questo senso risulta evidente come il giuridico, in quanto connesso alla tecnica e alla scienza, in virtù della propria ne-

¹⁷ K. POPPER, *Un universo di propensioni*, Armando, Roma, 1994.

¹⁸ H. JONAS, *Il principio di responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Einaudi, Torino, 2002.

¹⁹ N. LUHMANN, cit., 4.

²⁰ N. LUHMANN, cit., 39.

cessarietà costituisce lo *Übergang*, il passaggio dalla identità individuale a quella collettiva.

Si intercetta, così, un duplice profilo problematico: il primo relativo alla delimitazione dell'ambito entro il quale tale dinamica possa trovare applicazione, cioè se essa si estenda ai soli rischi oggettivi e provati; quindi se essa sia riferita alla "sola" prevenzione, o se si estenda, invece anche alla precauzione, e dunque alla considerazione di rischi ipotetici, fondati su soli indizi; il secondo, di taglio più concreto, mirante ad accertare fino a che punto la considerazione del rischio e del pericolo, in una prospettiva tesa a garantire la responsabilità del decisore, anche nei confronti delle generazioni future, entri nel processo decisionale, e soprattutto a quale livello, verificando come, e in che termini, essa permei le singole decisioni individuali, fino a risalire allo stesso livello normativo, cioè a quel livello che si pone quale risultato di un processo interferenziale tra sistemi determinati che rende più complesso il realizzarsi di una oggettivizzazione del rischio a scapito di una sua politicizzazione, a volte anche estrema. O, in altri termini, ribaltando la prospettiva, anche alla luce delle posizioni espresse dalla giurisprudenza nazionale²¹, fino a che punto sia sufficiente che essa (la valutazione del rischio, come applicazione del principio di precauzione) si fermi al primo livello decisiona-

²¹ Tra tutte cfr. Cass., IV, 19 novembre 2015, n. 12478/16 in *Foro it.*, 2017, 3, II, 149 nella quale, nella valutazione della responsabilità della Commissione Grandi Rischi, ha logicamente affermato che "La regola cautelare, fondata sulla prevedibilità ed evitabilità dell'evento, ha riguardo ai casi in cui la verifica di questo, in presenza della condotta colposa, può ritenersi, se non certa, quantomeno possibile sulla base di elementi d'indagine dotati di adeguata concretezza e affidabilità, sia pure solo di consistenza empirica e non scientifica. Essa, invece, non può essere individuata sulla scorta del principio di precauzione, che ha riguardo ai casi in cui si è rimasti al livello del 'sospetto' che, in presenza di certi presupposti, possano verificarsi effetti negativi (in particolare sulla salute dell'uomo) – e dunque quando manchi in senso assoluto una possibile spiegazione dei meccanismi causali o non si disponga di concreti elementi di indagine (sia pure di consistenza empirica e non scientifica) idonei a formulare attendibili e concrete previsioni circa il ricorso di eventuali connessioni causali tra la condotta sospetta e gli eventi lesivi" (46). Ma è evidente che il piano è diverso rispetto a quello assunto nel testo che si riferisce al livello della normazione. E in questo senso è interessante notare che la stessa Corte rileva che "in tema di responsabilità colposa, ai fini della regola cautelare alla stregua della quale valutare la condotta dell'agente, non è sufficiente fare riferimento a norme che attribuiscono compiti, senza impartire prescrizioni modali, essendo necessario pervenire all'identificazione del modello comportamentale che – secondo le diverse fonti previste dall'art. 43 cod. pen. – è funzionale alla prevenzione dell'evento pregiudizievole. In assenza di una simile connotazione la norma di dovere deve essere integrata dalle prescrizioni cautelari rinvenibili in leggi, regolamenti, ordini o discipline (colpa specifica) ovvero in regole di matrice esperienziale o tecnico-scientifica (colpa generica)" (128).

le, cioè al livello legislativo/normativo di fissazione di alcune soglie limite, ad esempio in materia di inquinamento, “disimpegnando”, o peggio non legittimando (nel senso di non ritenere legittimate a) le autorità amministrative ad intervenire nel senso di “innalzare”/adeguare i livelli di tutela, quanto meno per garantire che le decisioni concrete siano al passo con l’evolversi della scienza; o ancora fino a che punto, a fronte della opinabilità del dato scientifico, sia consentito, nelle sedi politiche, dare prevalenza al profilo economico rinunciando all’esame di strumenti procedurali di considerazione, attenuazione del rischio in ragione della valutazione dei costi che la loro assunzione comporterebbe.

4. Il sistema decisionale delle pubbliche amministrazioni tra scienza e diritto. La tecnica come chiave interpretativa della complessità

Si torna, così, al punto di partenza, cioè alla individuazione delle chiavi di lettura della complessità rispetto alla quale necessariamente entra in gioco la tecnica e il suo difficile rapporto con il diritto²².

E a questo punto una precisazione si impone: il ricorso alla tecnica, come già anticipato, per la stessa natura della tecnica stessa, può determinare una “riduzione”, ma raramente una “eliminazione della complessità”, e dunque del pericolo e del rischio, il che vuol dire riconoscere il permanere della distinzione tra “l’ambito del controllato tecnicamente” e l’ambito al di fuori di questa formula di controllo, e al contempo segnare il confine tra prevedibilità e non prevedibilità dell’evento causativo del danno e, in ultima analisi, tra eliminazione e contenimento delle conseguenze negative ad esso riconducibili.

Si individua, per tale via, un rapporto strutturale tra i due elementi che risulta funzionale alla prevedibilità (in astratto) dell’evento dannoso che, però, risente dei rischi connessi alla tecnica (scienza), alla sua mutabilità, il che necessariamente riconduce non solo ad ammettere la non assolutezza del risultato in termini di calcolo del rischio, ma comporta anche che si proietti nella sua dimensione della probabilità/improbabilità, in una dimensione complessa nella cui valutazione entrano elementi quali l’impatto sociale, politico e anche economico delle decisioni che sono assunte. Ma questo grado di incertezza, c’è da domandarsi, alla luce del richiamato bilanciamento con il profilo dei costi, fino a che punto sia legittima una

²² Sul punto sia consentito richiamare il lavoro di H. ATLAN, *Tra il cristallo e il fumo. Saggio sull’organizzazione del vivente*, Hopefulmonster, Firenze, 1986; ID., *Complessità, disordine e autocreazione del significato*, in *La sfida della complessità*, cit., 158 ss.

mancata presa in considerazione del pericolo/rischio, spostando eventuali decisioni in un momento successivo al suo verificarsi con le conseguenze che (purtroppo) ben conosciamo non solo in termini di compatibilità/applicabilità dei principi generali del sistema anche sul semplice piano organizzativo; ma anche (o meglio soprattutto) sull'innestarsi di processi di resilienza delle istituzioni e delle stesse collettività interessate²³.

La prospettiva che si assume non correla la situazione problematica (potenziale causa del danno) alla decisione (come è per il rischio connesso all'esercizio di una attività concretamente o potenzialmente pericolosa) ma estende la valutazione anche alla considerazione di quegli elementi fattuali che, ove correttamente contestualizzati, anche sul piano tecnico, palesano dei profili di rischio che dovrebbero assurgere a presupposti fattuali (conoscitivi) delle decisioni dell'amministrazione e ciò nella consapevolezza che la perdita di una visione complessiva preclude "la necessaria comprensione sistemica"²⁴.

Il discorso, però, soprattutto ove condotto sul piano della efficacia ed effettività della decisione (nella prospettiva della garanzia anche delle generazioni future) si complica in quanto la valutazione in concreto non può prescindere dalla considerazione di un ambito più esteso derivante da una contestualizzazione della singola scelta nel quadro di un più ampio contesto decisionale, quale ad esempio quello relativo alla gestione di un determinato territorio e, dunque, dei diversi interessi, anche economici, coinvolti – superando anche il piano della (semplice) sostenibilità (economica) della scelta. In altri termini, non si può prescindere dalla considerazione delle interferenze che i diversi livelli decisionali hanno tra loro, da un lato, e dal fatto che la sequenza di decisioni, soprattutto quando dalla decisione singolare ci si sposta verso l'alto, cioè verso una decisione a carattere generale o politico, viene interpunktata dalle strutture temporali del sistema politico (si pensi solo alle fasi della legislatura o all'approssimarsi delle elezioni) che senza dubbio introducono ulteriori variabili all'assetto decisionale.

²³ H. HANKEN, *L'approccio della sinergetica al problema dei sistemi complessi*, in *La sfida della complessità*, cit., 194 ss. Il quale in chiusura della sua analisi sottolinea che "la comprensione dei sistemi complessi diventa della massima importanza per la sopravvivenza della società. L'uomo deve imparare il modo in cui guidare (o non guidare!) sistemi complessi quali la società e l'economia" (205).

²⁴ L'espressione è di G. PASQUINO, *La scienza politica e la sfida della complessità*, in *La sfida della complessità*, cit., 347 ss., in particolare 357, il quale, muovendo dal binomio modernità/complessità afferma che "la scienza politica contemporanea riconosce la diversità delle sfere d'azione e ne codifica la separatezza, anzi giunge alla riflessione di su esse come sfere irrimediabilmente interagenti" (360).

Ed è proprio con riferimento a questo aspetto che la considerazione del “pericolo” e del “rischio”, come risultante di un rapporto interferenziale tra tecnica e diritto, assume, a mio avviso, un ruolo centrale in quanto, sebbene con i limiti richiamati, utile strumento certamente non per impedire, ma sicuramente per guidare il decisore verso l’assunzione di una scelta “razionale” e proporzionata, dove la proporzione diventa *abitus*. È forse utile ribadirlo, non si vuole in alcun modo ipotizzare che la considerazione di questi profili (connessi al pericolo e al rischio) si tramuti in un limite a qualsiasi forma di decisione (secondo una cieca e non desiderabile prevalenza di un’“etica della preoccupazione per il non verificarsi della catastrofe”), ma non si può negare che la loro inadeguata considerazione comporti dei costi, non solo economici, ma anche sociali, che vengono immancabilmente scaricati sul post-evento dannoso e sulle generazioni future, rispetto alle quali la stessa “gestione emergenziale” viene ad avere una efficacia diversa, limitata rispetto a quella che la stessa potenzialmente potrebbe avere ove il profilo del pericolo entri a monte nel processo decisionale. Infatti, la mancata considerazione di questi aspetti, e a monte la incomunicabilità tra scienza e diritto, inconsapevolmente alimentano il pericolo opposto che, facendo leva sulla probabilità e su elementi quali la capacità di “tenere sotto controllo situazioni precarie” o di “controllare una tendenza a causare danni” o “l’essere coperto dall’aiuto, dalle assicurazioni o da altro” nel caso in cui si subisca un danno, tende a inglobare il rischio nella categoria del “rischio tollerabile”, spostando la decisione sui profili organizzativi al momento successivo al verificarsi dell’evento, e riducendo l’effettività di quelle decisioni che dovrebbero tendere proprio alla riduzione del rischio. Si pensi alla gestione del territorio e alla “incomunicabilità” che vi può essere tra pianificazione del territorio; pianificazione del rischio e una eventuale scelta (politica) avviare procedimenti di condono edilizio.

Ma perché ciò non avvenga, avverte Luhmann, è indispensabile, o quanto meno opportuno, stabilire dei valori soglia che consentano di far fronte (nel senso di eliminare o ridurre le conseguenze negative) ai pericoli e ai rischi attraverso l’adozione di una rigorosa azione preventiva che, nel caso del rischio, può arrivare anche al limite estremo della non azione, cioè nell’astenersi dall’assumere una determinata decisione e che, invece, nel caso del pericolo delineino, ad esempio, misure di intervento programmate.

In questa prospettiva, dunque, è necessario porre nella giusta considerazione gli effetti sistemici delle decisioni (evitando quella che Sun-

stein definisce in termini di *system neglect*²⁵), nella consapevolezza che la valutazione parziale dei rischi ha influenze distorsive della stessa efficacia delle decisioni di non poco momento.

La coniugazione di questi momenti consente di configurare il diritto del rischio in una prospettiva più ampia rispetto alla quale l'anticipazione dell'intervento pubblico, anche solo potenzialmente limitativo della sfera individuale (si pensi agli oneri derivanti dalla costruzione in zone sismiche) è solo uno dei profili in cui esso può manifestarsi. Infatti, esso, anche nella prospettiva della costruzione di un sistema resiliente, si proietta in una prospettiva più ampia in cui la sua (del rischio) prevenzione va oltre l'adozione delle misure precauzionali strettamente intese, giungendo fino al punto di prevedere possibili linee di intervento nell'ipotesi in cui un pericolo, anche solo ipotetico si verifichi, senza spostare la decisione in un momento successivo e, soprattutto, integrando "le possibili linee di intervento" nel quadro sistematico delle decisioni sull'ordinaria gestione.

Così facendo, tra l'altro, si abbandonerebbe quella logica rimediale che sino ad oggi, almeno per ciò che concerne la nostra esperienza, ha governato il rapporto di "fisiologica" convivenza tra diritto e rischio, abbandonando dunque la logica del diritto emergenziale che, nel nostro sistema trova nel potere di ordinanza, e nelle misure straordinarie, adottate anche in deroga alla disciplina ordinaria, il momento caratterizzante, introducendo nel quadro c.d. ordinario anche la gestione di un evento straordinario.

5. Pianificazione e programmazione del rischio per un sistema resiliente

Ritornando all'ambito prima richiamato del governo del territorio, è così che la riflessione non può non intercettare oltre al piano della singola decisione a contenuto individuale, quello più ampio degli atti di pianificazione e programmazione degli interventi di governo del territorio nel cui contesto inserire la valutazione degli effetti sistemici della decisione. In ciò non si può non concordare con quella parte della dottrina che sul punto rilevava che "il piano regolatore generale e gli altri strumenti at-

²⁵ C. R. SUNSTEIN, R. ZECKHAUSER, *Dreadful Possibilities, Neglected Probabilities*, Discussion Paper, www.heep.bks.harvard.edu; C. R. SUNSTEIN, *Probability Neglect: Emotions, Worst Cases, and Law*, in 112, *Yale Law Journal*, 2002, 61; ID., *Beyond the Precautionary Principle*, U Chicago Law & Economics working Paper, no. 149, U of Chicago Public Law Working Paper, no. 38, 2003.

tuativi, che a «cascata» ne mettono a segno e ne implementano le scelte programmatiche e di indirizzo, si collocano e si muovono in un contesto più generale caratterizzato dalla complessità plurale dei modelli di pianificazione grazie ai quali il territorio viene intercettato e «disciplinato» in ognuna delle sue molteplici varianti²⁶ evidenziando, così, la riflessività sistemica delle singole decisioni che imporrebbe l'introduzione di moduli di raccordo e di coordinamento anche procedimentale tra di essi. E in questa ottica emerge la rilevanza che assume l'acquisizione corretta del dato fattuale, anche nella sua dimensione tecnico-scientifica, onde garantire la "adeguatezza della decisione sotto il profilo scientifico" in una prospettiva molteplice che consideri non solo la analisi del rischio ma anche i profili attinenti alla sua valutazione e gestione alla luce di un esame – idealmente da effettuarsi con ciclicità – scientifico, il più esauritivo possibile, sulla base di pareri (scientifici) fondati sui principi della eccellenza e della trasparenza che *ex se*, come rilevato dal giudice comunitario, "costituisce una garanzia procedurale rilevante al fine di assicurare l'oggettività scientifica delle misure e di evitare l'adozione di misure arbitrarie"²⁷. E ciò nella consapevolezza della impossibilità di una eliminazione totale del rischio, ma nella prospettiva di garantire il livello più elevato possibile di protezione e dunque la individuazione della soglia del rischio accettabile, con conseguente garanzia della effettività (anche in termini qualitativi) delle decisioni assunte.

6. Conclusioni

Nella prospettiva proposta, la corretta considerazione del rischio e la istituzionalizzazione della sua valutazione dovrebbero consentire il generarsi all'interno del sistema giuridico di processi e procedure virtuosi che consentano la gestione di situazioni eccezionali con uno strumentario non *extra ordinem*, che estraneo ai tradizionali circuiti di garanzia e controllo lascia certamente spazio a un suo utilizzo strumentale e in certi casi "deviato". Una sorta di normalizzazione anche delle fattispecie insolite che non ne fa sottovalutare né la eccezionalità, né la urgenza, ma che

²⁶ R. FERRARA, *Precauzione e prevenzione nella pianificazione del territorio: la "precauzione inutile"?*, in *Riv. giur. ed.*, n. 2/2012; ID., *Etica, ambiente e diritto. Il punto di vista del giurista*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, Giappichelli, Torino, 2014, 19 ss.; F. DI PORTO, *Regolazione del rischio, informazione e certezza giuridica*, in www.rivistadirittoalimentare.it, 2011.

²⁷ Pfizer, Trib. I grado, 11 settembre 2002, causa T-13/99.

metta a disposizione della stessa amministrazione una cassetta degli attrezzi di cui sono noti i contenuti, programmati nel contesto di una "attenta" ordinarietà, evitando pericolosi e costosi sviamenti nell'esercizio della funzione pubblica che, l'esperienza lo ha dimostrato, si legittimano (o tentano di essere legittimati) nell'urgenza. Quella stessa urgenza che è stata alla base di una ulteriore deviazione, un ampliamento dei poteri *extra ordinem* della protezione civile quando si è vista riconoscere una competenza in relazione ai cosiddetti grandi eventi, che di per sé rappresenta un momento di crisi, di inefficienza del sistema che per la gestione di un evento, eccezionale solo perché di grande impatto, ma sicuramente previsto, devia dalle ordinarie procedure con le conseguenze anche in termini di legittimità delle scelte che ben conosciamo e che non a caso hanno richiesto un successivo intervento rimediale del legislatore²⁸. Dunque, una normalizzazione che consentirebbe di gestire eventi eccezionali e urgenti con gli strumenti della ordinaria amministrazione, assoggettati ai normali circuiti di controllo e responsabilità all'interno del circuito della legalità.

La scissione del momento della valutazione del rischio dai processi di formazione delle decisioni comporta, evidentemente, una ridotta, non completa rappresentazione dei fatti, spesso non perché non noti ma perché tenuti estranei al processo decisionale con evidenti sviamenti nel corretto esercizio della funzione amministrativa.

È indubbio, infatti, come è stato correttamente osservato, che la considerazione sistematica degli effetti delle decisioni si pone quale "presupposto ineludibile dello sviluppo e della competitività"²⁹ perché consente di comporre quei valori primari (in particolare libertà e sicurezza, in una dimensione che evidentemente supera i confini della "pubblica sicurezza"), così come consacrati nella Convenzione europea dei diritti dell'Uomo (art. 6) in una prospettiva in cui si collegano indissolubilmente la dimensione dello sviluppo umano e più in particolare dello sviluppo sostenibile³⁰. Ma dall'analisi dell'organizzazione sembra che il sistema stia sostanzialmente procedendo in una direzione diversa nella quale il diritto del rischio, i principi di prevenzione, precauzione e sostenibilità restano ai margini degli ordinari circuiti decisionali in favore di una sistematizzazione parallela. Si pensi a tutto il sistema dei piani di preven-

²⁸ Il richiamo è evidentemente alla normativa adottata in relazione a *Expo 2015*.

²⁹ A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Giuffrè, Milano, 2006, 28. Sul punto J. BLACK, *The Role of Risk in Regulatory Processes*, in R. Baldwin, M. Cave, and M. Lodge (Ed. by), *The Oxford Handbook of Regulation*, OUP, New York, 2010, 302-348.

³⁰ *Ivi*, in particolare 24 ss.

zione rischi o alla stessa recente riforma del sistema nazionale di protezione civile³¹ che si pongono più come una proiezione del rischio in funzione di una sua futura gestione *extra ordinem* a seguito del verificarsi dell'evento eccezionale, piuttosto che come una inclusione, con valore condizionante i contenuti delle scelte pubbliche, delle fattispecie insolite all'interno dei processi decisionali ordinari, attraverso l'introduzione di formule e procedure elastiche e funzionali, in termini di adattamento, alle comunicazioni interferenziali anche della tecnica, proprie di una amministrazione riflessiva, per una piena soddisfazione degli interessi delle collettività.

³¹ In questo senso non sembra muoversi certo la recente riforma operata con il Decreto Legislativo 2 gennaio 2018, n. 224, Codice della protezione civile, relativa al "sistema nazionale della protezione civile" che, già dalla sua apertura, esplicita con estrema chiarezza la visione centralizzata che si ha del sistema delle emergenze che, in sede attuativa, rischia proprio di ipotecare quel percorso di costruzione, di incameramento della "filosofia" del rischio, nel senso indicato in precedenza.

Ed infatti, l'art. 1 specifica che "il sistema nazionale della protezione civile ... esercita la funzione di protezione civile costituita dall'insieme delle competenze e delle attività volte a tutelare l'integrità della vita, i beni, gli insediamenti e l'ambiente dai danni o dal pericolo di danni derivanti da eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo". Una impostazione confermata nell'articolo successivo nella definizione della attività di protezione civile intesa come quelle "attività volte alla previsione, prevenzione e mitigazione dei rischi, alla pianificazione e gestione delle emergenze, e al loro superamento". Una definizione di una funzione complessa nella quale si individuano essenzialmente tre momenti, il primo riconducibile al "rischio di un evento dannoso", rispetto al quale si specificano essenzialmente diversi momenti che vanno dalla previsione, alla prevenzione nonché alla mitigazione del rischio che è evidentemente connessa alla attività di pianificazione delle emergenze, il secondo relativo alla gestione vera e propria delle emergenze, il terzo relativo al loro superamento.

PIETRO GARGIULO

BREVI RIFLESSIONI SULLA NATURA GIURIDICA
E SUL CONTENUTO DEI PRINCIPI DI PRECAUZIONE
E DI PREVENZIONE NEL DIRITTO INTERNAZIONALE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Sviluppo e contenuto del principio precauzionale nel diritto internazionale convenzionale e in alcuni strumenti di *soft law*. – 3. Il principio di precauzione nella giurisprudenza internazionale: alcuni esempi. – 4. La natura del principio di precauzione e il suo futuro. – 5. Esiste un principio di prevenzione nel diritto internazionale? – 6. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Il presente contributo si propone offrire alcune considerazioni sintetiche sulla natura e il contenuto dei principi di precauzione e di prevenzione nel diritto internazionale. Si tratta di temi di particolare complessità che rendono difficile una prospettiva di studio che si ponga l'obiettivo di condurre ad una dimensione normativa unitaria concetti che nella prassi internazionale si sono sviluppati in maniera differenziata e in ambiti materiali molto diversi tra di loro (mare, ambiente, commercio etc.). Vale la pena di indicare subito, comunque, che nella prassi internazionale è il principio di precauzione che ha assunto una certa importanza oscurando l'autonomia e il ruolo del principio di prevenzione.

Per tale motivo nelle pagine che seguono affronteremo, anzitutto, l'analisi dello sviluppo, del contenuto e della natura del principio di precauzione per poi porci il quesito se nel diritto internazionale possa ricostruirsi una dimensione normativa autonoma per il principio di prevenzione.

Da tali analisi cercheremo di trarre indicazioni conclusive circa la possibilità di una trattazione unitaria nel diritto internazionale di tali concetti.

2. *Sviluppo e contenuto del principio precauzionale nel diritto internazionale convenzionale e in alcuni strumenti di soft law*

Esistono molteplici definizioni del principio precauzione nel diritto

internazionale¹. Il problema anzi può essere posto ancora più a monte, chiedendosi se possa parlarsi di un principio di precauzione o più semplicemente di un approccio precauzionale. Ai fini della presente analisi, useremo indistintamente la locuzione “principio”, “norma” o “approccio” precauzionale, tenendo presente come la stessa natura di principio, a livello internazionale, sia ancora controversa².

Partiamo, come sembra logico, dal tratteggiare brevemente l'origine e lo sviluppo dell'approccio precauzionale. È noto che l'origine del principio risiede nell'ordinamento tedesco (*Vorsorgeprinzip*) e che il suo sviluppo all'interno dell'ordinamento comunitario sia avvenuto prima dell'esplicito riconoscimento normativo nei Trattati, per via della giurisprudenza della Corte di giustizia che si trovava a bilanciare la libera circolazione delle merci con i rischi alla salute, dove la valutazione di tali rischi non aveva raggiunto livelli di certezza scientifica³.

Proprio all'inizio degli anni '80 del secolo scorso, a livello internazionale, i riferimenti all'approccio precauzionale iniziano a moltiplicarsi: la prima formulazione compiuta del principio si trova nelle dichiarazioni prodotte dalle conferenze ministeriali sulla protezione del mare del Nord. Come è noto, la preoccupazione tra gli Stati costieri per l'immissione in mare di varie sostanze nocive attraverso fiumi, scarichi diretti e scarico di rifiuti, che possono causare danni irreversibili agli

¹ Tra i tanti studi del principio di precauzione nel diritto internazionale, si segnalano, qui di seguito, per l'essenziale: J. CAMERON, J. ABOUCHAR, *The Precautionary Principle: A Fundamental Principle of Law and Policy for the Protection of the Global Environment*, in *Boston College International and Comparative Law Review*, 1994, 6 ss.; O. MCLNTYRE, T. MOSEDALE, *The Precautionary Principle as a Norm of Customary International Law*, in *Journal of Environmental Law*, 1997, 221 ss.; A. TROUWBORST, *Evolution and Status of Precautionary Principle*, in *American Journal of International Law*, 2002, 1016 ss.; F. BASSAN, *Gli obblighi di precauzione nel diritto internazionale*, Aracne, Roma, 2004; L. MARINI, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario*, Cedam, Padova, 2004; A. BIANCHI, M. GESTRI (a cura di), *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario*, Giuffrè, Milano, 2006; A. TROUWBORST, *Precautionary Rights and Duties of States*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006; C. E. FOSTER, *Science and the Precautionary Principle in International Courts and Tribunals: Expert Evidence, Burden of Proof and Finality*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.

² Sul punto ampiamente J. HICKEY, V. WALKER, *Refining the Precautionary Principle in International Environmental Law*, in *Virginia Environmental Law Journal*, 1995, 424 ss.

³ Si v. C-83/80, *Officier van Justitie/Kaasfabriek Eyssen*, 1981. Sull'evoluzione del principio precauzionale a livello comunitario si v. D. FRANZONE, *Il principio di precauzione in diritto comunitario*, in A. BIANCHI, M. GESTRI (a cura di), cit., 3 ss.

ecosistemi del Mare del Nord, così come l'insoddisfazione per la lentezza dei progressi compiuti dalle organizzazioni internazionali competenti nella protezione dell'ambiente marino, sono le motivazioni principali che hanno portato alla prima Conferenza internazionale sulla protezione del Mare del Nord⁴, tenutasi a Brema nel 1984. La Dichiarazione di Brema affermava: "gli Stati (...) non devono aspettare la prova di effetti dannosi prima di agire" a tutela dell'ambiente marino.

La seconda Conferenza, quella di Londra del 1987, ha avuto il merito di definire e adottare per la prima volta il principio di precauzione. Si legge nella Dichiarazione ministeriale scaturita da questo evento di cooperazione intergovernativa: "una strategia di precauzione si impone al fine di proteggere il Mare del Nord dai potenziali effetti dannosi delle sostanze più pericolose. Tale strategia può richiedere l'adozione di misure di controllo delle emissioni di tali sostanze prima che sia stabilito formalmente un legame di causa e effetto sul piano scientifico"⁵. Successivamente, la terza Conferenza, svoltasi a L'Aia nel 1990, ha formulato una nuova Dichiarazione ministeriale che ha precisato la precedente nei seguenti termini: "I governi firmatari devono applicare il principio di precauzione, vale a dire adottare misure volte ad evitare gli impatti potenzialmente nocivi di sostanze che sono persistenti, tossiche e suscettibili di accumulazione biologica, anche quando non vi sono prove scientifiche dell'esistenza di un nesso causale tra le emissioni e gli effetti".

In definitiva, quindi, l'inquinamento marino è stato il primo fenomeno affrontato attraverso l'azione precauzionale⁶.

Rimanendo nell'ambito del settore marino, già nella metà degli anni '90, veniva applicato il principio alla gestione delle coste e della pesca. Infatti, l'*Accordo sulla conservazione e la gestione degli stock ittici transzonali e degli stock ittici altamente migratori*, adottato il 4 agosto 1995

⁴ Alla Conferenza hanno partecipato i ministri responsabili per la protezione del Mare del Nord dei governi di Belgio, Danimarca, Francia, Repubblica federale di Germania, Paesi Bassi, Norvegia, Svezia, Regno Unito (presente anche un membro della Commissione delle, all'epoca, Comunità europee). Da allora sono state organizzate altre cinque Conferenze del Mare del Nord: Londra 1987, L'Aia 1990, Esbjerg 1995, Bergen 2002 e Göteborg 2006.

⁵ Il *considerando VII* della Dichiarazione finale recita: "Accepting that, in order to protect the North Sea from possibly damaging effects of the most dangerous substances, a precautionary approach is necessary which may require action to control inputs of such substances even before a causal link has been established by absolutely clear scientific evidence".

⁶ Sul punto si v. F. BASSAN, *op. cit.*, 14 ss.; G. ANDREONE, *Il principio precauzionale, nel diritto internazionale del mare*, in A. BIANCHI, M. GESTRI (a cura di), *cit.*, 287 ss.

dall'apposita Conferenza delle Nazioni Unite, stabilisce i principi per la conservazione e la gestione degli *stock* ittici e che le stesse devono essere basate sull'approccio precauzionale e sulle migliori informazioni scientifiche disponibili⁷. L'Accordo sollecita gli Stati a cooperare tra loro per assicurare la conservazione e promuovere un impiego migliore delle risorse della pesca sia all'interno sia all'esterno della zona economica esclusiva. Inoltre, esso stabilisce che gli Stati devono essere "più cauti quando l'informazione è incerta, inaffidabile o inadeguata. L'assenza di informazione scientifica adeguata non deve essere usata come una ragione per posticipare o non adottare misure di conservazione e gestione". È opportuno evidenziare che la formulazione contenuta nell'Accordo è certamente innovativa in quanto pone l'onere della prova in favore della conservazione: in altre parole l'inerzia dello Stato non può fondarsi sull'assenza di prova scientifica.

Un altro settore nel quale l'approccio precauzionale si è affermato è quello della lotta all'inquinamento atmosferico. In proposito, è d'obbligo il riferimento alle "misure precauzionali" contenuto nel Preambolo della Convenzione di Vienna del 22 marzo 1985 per la protezione dello strato di ozono e nel successivo Protocollo di Montreal del 16 settembre 1987 sulle sostanze che impoveriscono lo strato di ozono, entrato in vigore nel 1989 e attuativo della menzionata Convenzione. In particolare, nel Preambolo del Protocollo è espressa la determinazione delle parti contraenti a proteggere l'ozonosfera adottando "misure precauzionali per regolamentare equamente il volume mondiale totale delle emissioni delle sostanze che impoveriscono l'ozonosfera, in vista dell'obiettivo finale della loro eliminazione, secondo gli sviluppi delle conoscenze scientifiche, e tenendo conto di considerazioni tecniche ed economiche" e "notando i provvedimenti precauzionali già adottati a livello nazionale e regionale per controllare le emissioni di alcuni fluoro cloroidrocarburi"⁸. Tale documento stabilisce i termini di scadenza en-

⁷ Tale Accordo è attuativo delle disposizioni in materia della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 1982 ed è stato firmato da 59 Stati ed entità. La prima Conferenza, prevalentemente organizzativa, si è tenuta a New York dal 19 al 23 aprile 1993 ed è stata convocata conformemente al paragrafo 5 della risoluzione dell'Assemblea generale 47/192 del 22 dicembre 1992. I requisiti per l'entrata in vigore dell'Accordo sono stati soddisfatti l'11 novembre 2001, vale a dire 30 giorni dopo la data di deposito del trentesimo strumento di ratifica o di adesione, ai sensi dell'articolo 40 (1), dell'Accordo.

⁸ V. gli alinea 6 e 8 del Preambolo del Protocollo. Ci sembra utile segnalare che le premesse dalle quali parte l'esigenza della Comunità internazionale di dotarsi di uno strumento universale sull'inquinamento atmosferico affondano le proprie radici a metà

tro cui le Parti firmatarie si impegnano a contenere i livelli di produzione e di consumo delle sostanze dannose⁹ e disciplina gli scambi commerciali, la comunicazione dei dati di monitoraggio, l'attività di ricerca, lo scambio di informazioni e l'assistenza tecnica nella materia. La Conferenza delle Parti del Protocollo di Montreal si riunisce ogni anno al fine di valutare la validità e l'efficacia delle misure di controllo imposte dal Protocollo, aggiornare le norme di applicazione e, quindi, dove necessario, apportare modifiche al documento attraverso decisioni, aggiustamenti ed emendamenti¹⁰.

Sempre rispetto al settore della lotta all'inquinamento, va poi menzionata la Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici adottata il 4 giugno 1992 nell'ambito della Conferenza sull'ambiente e sullo sviluppo (il c.d. *Summit della Terra*) svoltosi a Rio de Janeiro. La Convenzione in questione sancisce l'obbligo delle Parti di adottare misure precauzionali per evitare o mitigare gli effetti del cambiamento climatico e la necessità di non posporre misure di tutela dell'ambiente in ragione della mancanza di certezza scientifica¹¹. Vale la pena di ricordare che nell'ambito del *Summit della Terra* fu anche adottata la Dichiarazione sull'ambiente e lo sviluppo che, nell'indicare le regole che dovevano reggere la cooperazione tra gli Stati nella materia, al Principio 15, stabilisce che "gli Stati applicheranno largamente, secondo le loro capacità, il metodo precauzionale. In caso di rischio di danno grave o irreversibile, l'assenza di certezza scientifica assoluta

degli anni '70 quando la *World Meteorological Organization* (WMO) elaborò un rapporto dal titolo "Le modificazioni dello strato di ozono come conseguenza delle attività umane", individuando nei CFC e negli Halon i principali responsabili di una possibile riduzione dello strato di ozono. Nello stesso anno l'UNEP (*United Nations Environment Programme*), in seguito ad un acceso dibattito scientifico, convocò un convegno di esperti designati dai governi e da organizzazioni inter-governative per coordinare una proposta di monitoraggio dei dati internazionali. Nel 1987, dopo che la comunità scientifica riconobbe la correlazione tra assottigliamento dello strato di ozono e clorofluorocarburi, fu elaborato, appunto, il Protocollo di Montreal in attuazione della Convenzione di Vienna del 1985.

⁹ Tali sostanze sono: Clorofluorocarburi, tetracloruro di carbonio, 1,1,1 tricloroetano, Halons, idroclorofluorocarburi, Bromuro di Metile.

¹⁰ Tali lavori vengono svolti dalle due sessioni preparatorie alla Conferenza, chiamate "*Open Ended Working Group*" (OEWG) che si riuniscono generalmente in giugno, a Ginevra, e a ridosso della Conferenza delle Parti stessa generalmente ospitata da un Paese firmatario.

¹¹ Per l'essenziale sul tema v. C. M. PONTECORVO, *Il principio di precauzione e la regolamentazione volta a combattere i cambiamenti climatici e l'inquinamento dell'atmosfera*, in A. BIANCHI, M. GESTRI (a cura di), cit., 221 ss.

non deve servire da pretesto per differire l'adozione di misure adeguate ed effettive, anche in rapporto ai costi, dirette a prevenire il degrado ambientale".

Per riferirci a uno strumento internazionale più recente, si può fare riferimento al Protocollo di Cartagena sulla biosicurezza della Convenzione sulla diversità biologica (1992), adottato il 29 gennaio 2000, in cui il riferimento all'approccio precauzionale è presente non solo nel preambolo, ma soprattutto nell'art. 1 che, nell'indicare l'obiettivo del Protocollo dichiara: "[i]n accordo con l'approccio precauzionale riaffermato dal principio n. 15 della dichiarazione di Rio sull'ambiente e lo sviluppo, l'obiettivo del presente protocollo è di contribuire ad assicurare un adeguato livello di protezione nel campo del trasferimento, della manipolazione e dell'uso sicuri degli organismi viventi modificati ottenuti con la moderna biotecnologia che possono esercitare effetti negativi sulla conservazione e l'uso sostenibile della diversità biologica, tenuto conto anche dei rischi per la salute umana, e con particolare attenzione ai movimenti transfrontalieri".

Altri richiami al principio di precauzione nel settore ambientale possono rinvenirsi anche in alcuni strumenti di carattere regionale. Un sicuro rilievo, in tale contesto, assume la Convenzione di Bamako sul divieto delle importazioni e sul controllo transfrontaliero in Africa di rifiuti pericolosi, adottata su iniziativa dell'allora Organizzazione dell'unità africana nel 1991¹². Detta Convenzione fa riferimento all'approccio precauzionale all'art. 4, par. 3, sollecitando gli Stati parti a sforzarsi di adottare, nella lotta all'inquinamento, "misure di precauzione che comportino, tra l'altro, il divieto di espellere nell'ambiente sostanze che potrebbero presentare dei rischi per la salute dell'uomo e per l'ambiente, senza attendere di avere la prova scientifica di tali rischi"¹³.

Sempre in riferimento agli strumenti regionali si può menzionare anche la Convenzione sulla protezione e l'utilizzazione dei corsi d'acqua transfrontalieri e dei laghi internazionali conclusa a Helsinki il 17 marzo 1992, che stabilisce, all'art. 2, par. 5, lett. a), "un principio cautelativo" sulla scorta del quale "non sarà differita l'attuazione di provvedimenti destinati ad evitare che la discarica di sostanze pericolose possa avere un impatto transfrontaliero, visto e considerato che la ricerca scientifica non

¹² V. la risoluzione dell'OUA CM/res. 1225 (L) del 22 marzo 1989 sul controllo dei movimenti transfrontalieri dei rifiuti pericolosi e il loro smaltimento in Africa.

¹³ Testo in francese della Convenzione reperibile sul sito www.peaceau.org. Anche in generale sul tema dei rifiuti pericolosi v. A. FODELLA, *Il movimento transfrontaliero dei rifiuti pericolosi nel diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2004.

ha dimostrato appieno l'esistenza di un vincolo di causalità tra queste sostanze da una parte ed un eventuale impatto transfrontaliero, d'altra parte".

Diffusissimi sono poi i richiami al principio precauzionale o all'adozione di misure precauzionali nei documenti di *soft law* di cui l'esempio più rilevante, anche perché ha fatto da punto di riferimento per diverse disposizioni citate in precedenza, è costituito dal già richiamato Principio 15 della Dichiarazione di Rio sull'ambiente e lo sviluppo del 1992.

Altro ambito in cui la dottrina ha ravvisato, seppure nelle sue specificità, l'emergere del principio di precauzione è il diritto internazionale umanitario¹⁴. L'affermazione positiva del principio precauzionale in tale ambito è recente, sebbene già in precedenza un'interpretazione estensiva di alcune norme della Convenzione di Ginevra del 1949 e delle Convenzioni dell'Aia del 1899 e del 1907 avesse condotto la dottrina a ritenere sussistenti alcuni obblighi di precauzione nella condotta delle ostilità. Con il Primo Protocollo Aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra (Protocollo I) relativo ai conflitti armati internazionali, adottato nel 1977, gli obblighi precauzionali assumono una più precisa connotazione, attraverso le formulazioni, anche se non esaustive, di cui agli articoli 57 e 58. Le due disposizioni presentano ambiti di operatività diversi in quanto il primo si applica a coloro che preparano o decidono un attacco, mentre il secondo, più generalmente, alle parti in conflitto. Nella formulazione dell'art. 57 spicca in particolare il dovere di chi prepara o decide un attacco di "prendere tutte le precauzioni praticamente possibili nella scelta dei mezzi e metodi di attacco, allo scopo di evitare o, almeno di ridurre al minimo il numero di morti e di feriti tra la popolazione civile, nonché i danni ai beni di carattere civile che potrebbero essere incidentalmente causati". In base all'art. 57, poi, le misure di precauzione nell'attacco vanno attuate "curando costantemente di risparmiare la popolazione civile, le persone civili e i beni di carattere civile". Non è superfluo sottolineare il fatto che molte delle norme contenute nel I Protocollo si ritengono espressive di regole consuetudinarie¹⁵. Riferendosi segnatamente all'art. 57, la dottrina ha rilevato come "*State practice, including that of*

¹⁴ Per tutti v. F. MARTINES, *Il principio precauzionale nel diritto umanitario*, in A. BIANCHI, M. GESTRI, cit., 321 ss.; J-F. QUÉGUINER, *Precautions under the law governing the conduct of hostilities*, in *International Review of the Red Cross*, 2006, 793 ss.

¹⁵ Tale soluzione è stata accolta da J.M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK, *Customary International Humanitarian Law*, ICRC, Cambridge, 2005, Vol. I (*Rules*), 51 ss.

*States not party to Protocol I such as the U.S. and Israel, has confirmed the customary status of these rules*¹⁶.

Infine, per avere un quadro quanto più ampio possibile dello sviluppo del principio di precauzione, occorre quantomeno accennare alla questione del ruolo di detto principio nella regolamentazione degli scambi commerciali internazionali¹⁷. Il richiamo è necessario poiché l'ambito commerciale risulta essere quello nel quale il principio precauzionale è stato oggetto di ampie valutazioni anche in ragioni dell'insorgere di controversie tra importanti attori del sistema del commercio internazionale.

Com'è noto, a seguito della riforma del 1994 (Uruguay Round) che ha istituito l'OMC¹⁸, all'Accordo generale sulle tariffe ed il commercio (GATT) si sono affiancati altri accordi specifici per materia e settore. Il GATT, su cui si fondava l'intero sistema multilaterale, pur rimanendo di fondamentale importanza, poiché delinea i principi e gli obiettivi dell'OMC, ha perso la propria centralità, essendo oggi un documento generale che si applica agli scambi di merci solo se non derogato da disposizioni di carattere speciale.

Nel sistema attuale sono tre le fonti che, ai nostri fini, vengono in rilievo: le eccezioni generali previste dall'art. XX del GATT, l'Accordo sulle barriere tecniche al commercio (TBT); l'Accordo sulle misure sanitarie e fitosanitarie (MSF).

Per quanto riguarda l'art. XX del GATT esso indica una serie di misure restrittive al commercio necessarie, ad esempio, per tutelare la morale pubblica, la salute umana, vegetale o animale, per la protezione del patrimonio culturale, per la conservazione delle risorse naturali eccetera. Le misure non devono però costituire un mezzo di discriminazione arbitraria o ingiustificabile. In sostanza, si tratta di evitare che una misura restrittiva necessaria per uno dei fini indicati dalla norma si trasformi in una misura protezionista. Come si vede, il GATT non dice nulla sul se,

¹⁶ V. M. SASSOLI, A. QUINTIN, *Active and Passive Precautions in Air and Missile Warfare*, in *Israel Yearbook on Human Rights*, 2014, 69 ss.

¹⁷ Si v. *ex multis* L. GRADONI, *Il principio di precauzione nel diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, in A. BIANCHI, M. GESTRI, cit., 147 ss.; A. FABBRICOTTI, *Il principio di precauzione nel diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (WTO)*, in *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 2014, 465 ss.; F. BASSAN, cit., 71 ss.; L. MARINI, cit., 55 ss.

¹⁸ Su tutti gli aspetti sul ruolo e l'operatività del sistema dell'OMC, sia consentito l'esclusivo riferimento a un'opera più che completa, P. PICONE, A. LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Cedam, Padova, 2002.

per portare avanti l'azione restrittiva a tutela, ad esempio, delle risorse naturali, occorra o meno una prova scientifica.

L'Accordo sugli ostacoli tecnici aggiunge qualcosa sul punto. Premettiamo che gli ostacoli tecnici sono quelli derivanti dalla diversità di regolazione dei requisiti di sicurezza dei prodotti e delle procedure per l'immissione in commercio degli stessi. L'art. 2, par. 2 stabilisce che le norme tecniche non devono avere effetti restrittivi sul commercio oltre quelli (gli effetti) necessari per tutelare *obiettivi legittimi* (come la salute, la sicurezza nazionale e l'ambiente), *tenendo conto del rischio che creerebbe l'inadempimento nel tutelare questi beni*. Tale rischio va valutato in base "all'informazione scientifica e tecnica disponibile".

Per quanto riguarda la terza fonte, l'Accordo sulle misure sanitarie e fitosanitarie (MSF) fornisce indicazioni più precise sulle condizioni dell'azione restrittiva. L'art. 2.2 dell'accordo MSF stabilisce, infatti, che le misure necessarie per proteggere la salute umana, animale o vegetale siano *basate su principi scientifici e non siano mantenute senza sufficiente evidenza scientifica*. L'art. 5, par. 1, stabilisce che le misure sanitarie o fitosanitarie dei membri siano basate su una "valutazione, secondo le circostanze, dei rischi per la vita o la salute dell'uomo, degli animali o dei vegetali, tenendo conto delle tecniche di valutazione dei rischi messe a punto dalle competenti organizzazioni internazionali". Il par. 7 dello stesso articolo aggiunge che qualora l'informazione scientifica non sia insufficiente, uno Stato membro può adottare misure provvisorie sulla base delle informazioni disponibili, fermo restando l'obbligo per gli stessi di ricercare informazioni ulteriori per una "più obiettiva" valutazione del rischio, al fine di rivedere la misura restrittiva. È facile intuire che la questione centrale cui dare una risposta è se l'azione precauzionale trovi copertura giuridica dai presupposti delle misure restrittive previste dal GATT, dal TBT e dal MSF. Dal dato testuale emerge la difficoltà di dare una risposta sulla base delle norme del GATT e del TBT, mentre sembrerebbe potersi escludere, alla luce delle norme del MSF, la legittimità di una misura sanitaria o fitosanitaria *permanente* sulla base di prove che non forniscono certezza scientifica.

Le incertezze sulla interpretazione del contenuto e della portata di tali disposizioni hanno fatto emergere, dopo l'istituzione del meccanismo di risoluzione delle controversie nel 1994, il c.d. "contenzioso eurostatunitense" sull'azione precauzionale in ambito commerciale¹⁹. Può citarsi come esempio il caso, affrontato sia dal *Panel* di primo grado sia

¹⁹ Sul sistema di soluzione delle controversie in ambito OMC si rinvia sempre a P. PICONE, A. LIGUSTRO, cit., 575 ss.

dall'Organo di appello, delle misure restrittive adottate dalla Comunità europea sugli ormoni nella carne e sul divieto di importazione di carni ottenute da animali a cui erano stati somministrati ormoni²⁰. La disputa riguardava in particolare se la misura restrittiva fosse basata su una valutazione del rischio ai sensi dell'art. 5, par. 1, dell'Accordo sulle misure sanitarie e fitosanitarie. La Comunità europea richiama studi che legavano l'ingestione di ormoni a patologie tumorali. L'Organo di appello ha, anzitutto, chiarito che non vi deve essere un'evidenza scientifica piena e che basti una "connessione ragionevole" tra la valutazione del rischio e la misura restrittiva (che comunque deve essere esclusivamente provvisoria e mai permanente). Tuttavia, la normativa europea è stata giudicata non conforme all'Accordo sulle misure sanitarie e fitosanitarie. Questo poiché vi erano studi di organizzazioni internazionali, come della *Codex Alimentarius Commission*, che reputavano "sicuro" l'uso di ormoni²¹. Inoltre, la valutazione del rischio condotta dalla Comunità europea teneva in considerazione sì la somministrazione di ormoni ad umani ma non gli effetti degli ormoni per "scopi di promozione della crescita dell'animale". Se è vero che è stato "allentato" il legame diretto tra evidenza scientifica e misura restrittiva, bisogna riconoscere come i casi decisi in sede OMC mostrano le difficoltà di portare avanti misure restrittive provvisorie di natura precauzionale ovvero basate su evidenze contestate all'interno comunità scientifica.

3. Il principio di precauzione nella giurisprudenza internazionale: alcuni esempi

Prima di passare all'esame dello *status* del principio precauzionale occorre fare un breve cenno alle posizioni assunte dalla Corte internazionale di giustizia e dal Tribunale internazionale sul diritto del mare in merito alla suddetta regola. Benché, come si è visto, diversi siano i richiami all'approccio precauzionale nei trattati internazionali, le corti si

²⁰ *European Communities - Measures Concerning Meat and Meat Products (EC - Hormones)*, Report of the Panel: WT/DS26/R/USA of 18 August 1997; *Report of the Appellate Body*: WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R of 18 January 1998.

²¹ La *Codex Alimentarius Commission* è una commissione intergovernativa istituita nel 1963 dalla Organizzazione sull'alimentazione e l'agricoltura e dall'Organizzazione mondiale della sanità a cui partecipano 185 Stati e ha il compito specifico di elaborare e aggiornare il *Codex Alimentarius* un insieme di regole volte a proteggere la salute dei consumatori e facilitare gli scambi internazionali degli alimenti.

sono mostrate assolutamente prudenti nell'interpretazione degli stessi, evitando di proporre l'ampliamento della portata dell'approccio precauzionale. Questo, come vedremo, avviene per un motivo essenzialmente procedurale, ossia la circostanza che l'onere della prova spetta all'attore.

Nel caso *Pulp Mills on the River Uruguay*, riguardante la costruzione di stabilimenti di produzione di cellulosa sul fiume Uruguay da parte dell'Uruguay, l'Argentina contestava la violazione dello "Statuto sul fiume Uruguay", un trattato internazionale firmato nel 1975 contenente obbligazioni procedurali e sostanziali connesse allo sfruttamento razionale della risorsa naturale²². In particolare, l'Argentina riteneva che l'autorizzazione di costruire cartiere sul fiume violasse l'approccio precauzionale insito nei doveri di corretta gestione contenuti nel trattato tra i due Paesi. Entrambi i Paesi avevano fornito alla Corte un'abbondante documentazione contenente risultati diversi sui rischi connessi alla costruzione degli stabilimenti. Per questo motivo, l'Argentina sosteneva che l'onere della prova dovesse essere ribaltato e posto in capo al convenuto. In questo modo, sarebbe stato l'Uruguay a dover dimostrare che la costruzione di cartiere non avrebbe in alcun modo messo a rischio l'ambiente fluviale.

La Corte internazionale di giustizia ha stabilito, sulla base del principio *onus probandi incumbit actori*, che fosse l'Argentina a dover dimostrare che le attività poste in essere dall'Uruguay causassero effetti dannosi sul fiume. In altre parole, benché la Corte ritenga che l'approccio precauzionale sia implicito nello Statuto del fiume Uruguay del 1975 tra i due Paesi, esso può essere utilizzato (solo) come supporto interpretativo ed applicativo delle disposizioni contenute nel trattato e non può in nessun modo comportare un'inversione dell'onere della prova. Per completezza espositiva segnaliamo che la Corte ha deciso in favore dell'Uruguay, poiché l'Argentina non ha fornito prove sufficienti per dimostrare che gli stabilimenti potessero determinare un rischio alle risorse viventi, alla qualità dell'acqua o all'equilibrio ecologico del fiume.

Se dal punto di vista processuale il ragionamento della Corte appare impeccabile, dal punto di vista sostanziale una soluzione come quella elaborata dalla Corte rischia di svuotare il significato dell'approccio precauzionale. Fornire la prova del legame tra una certa attività ed un danno, in assenza di certezza scientifica, diviene evidentemente un'impresa ardua per l'attore. C'è da dire, comunque, che la Corte ha infine stabilito che l'approccio precauzionale imponesse all'Uruguay di cooperare con

²² Corte internazionale di giustizia, *Case concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, sentenza del 20 aprile 2010.

l'Argentina, notificando le attività poste in essere sul fiume all'organo di cooperazione amministrativa istituito tra i due Paesi per la razionale gestione della risorsa.

Proprio il nesso tra onere della prova e approccio precauzionale sembra essere il filo rosso che lega la suddetta decisione della Corte internazionale di giustizia con la decisione del Tribunale internazionale del diritto del mare nel celebre *Mox Plant Case (Ireland v. United Kingdom)* del 2001²³. Anche in questo caso, l'Irlanda riteneva che il principio precauzionale ponesse l'onere di provare la non dannosità delle attività sul convenuto (ossia lo Stato che aveva posto in essere l'attività potenzialmente dannosa), mentre il Regno Unito sosteneva che ricadesse sull'attore l'onere di provare che le attività potessero arrecare danno all'ambiente marino. Sta di fatto che il Tribunale, nel caso di specie, non ha disposto le misure cautelari invocate dal ricorrente nei confronti del Regno Unito, poiché non risultava essere stato dimostrato il *periculum in mora*: questo dimostra come sia davvero difficile che l'approccio precauzionale si affermi in regime di onere della prova in capo a chi reclama l'esigenza di misure cautelative. Il collegio si è limitato quindi a stabilire che non fosse stata provata l'urgenza ed ha affermato che "*prudence and caution*" imponessero ai due Paesi di cooperare scambiando le informazioni relative a rischi ed effetti delle operazioni sull'impianto di rigenerazione di scorie nucleari esauste che si affacciava sul Mare d'Irlanda.

4. *La natura del principio di precauzione e il suo futuro*

Le domande a cui occorrerebbe dare una risposta, a seguito della sommaria panoramica svolta, sono due: può darsi una definizione univoca del principio di precauzione? Può ritenersi che tale principio abbia assunto la natura di consuetudine internazionale?

Riguardo al primo quesito, partendo dal dato testuale delle norme pattizie richiamate si può certo dare una definizione unitaria del principio, pur con una certa approssimazione e con il rischio di semplificare, come '*in dubio pro natura*' o '*better safe than sorry*'²⁴. È evidente, ad ogni

²³ Il testo dell'ordinanza sulle misure cautelari del Tribunale può leggersi al sito www.itlos.org.

²⁴ Così, per primo F. CROSS, *Paradoxical Perils of the Precautionary Principle*, *Washington & Lee Law Review*, 1996, 851 ss. V. anche M. AHTENSU, *In dubio pro natura? A Philosophical Analysis of the Precautionary Principle in Environmental and*

modo, come la portata del principio sia, per così dire, rafforzata laddove si preveda espressamente l'inversione dell'onere della prova in favore dell'azione a tutela del bene giuridico di riferimento (salute, ambiente marino, atmosfera, coste). Si è fatto cenno poi alla peculiarità dell'approccio precauzionale nella materia commerciale dove appunto la misura restrittiva, a tutela della salute o dell'ambiente, assume carattere assolutamente eccezionale rispetto alla regola che rimane quella del libero commercio.

Se si va oltre il dato normativo e si guarda alla giurisprudenza, la ricostruzione del principio di precauzione diviene ben più complessa. Questo poiché, come si è visto, esso è stato ridotto a mero obbligo di cooperazione tra Stati per evitare che si verifichi un danno o a supporto interpretativo di altri obblighi convenzionali come il razionale sfruttamento delle risorse naturali.

Con riguardo al secondo quesito, è più difficile dare una risposta. Una parte della dottrina ha sostenuto che l'approccio precauzionale costituisca una norma consuetudinaria con esclusivo riguardo alla materia ambientale²⁵. In effetti, dall'analisi della giurisprudenza si evince come, in diversi casi, gli Stati abbiano cercato di provare di aver adempiuto agli obblighi derivanti dalla norma precauzionale, ossia che si potesse escludere che dalla propria attività derivasse il rischio di un danno, riconoscendo implicitamente che la norma precauzionale fosse sorretta dall'*opinio juris*. La soluzione è condivisibile solo in parte. Se è vero che la prassi pattizia mostra un richiamo costante alla precauzione, le decisioni della giurisprudenza, pur ritenendola ormai parte dell'ordinamento internazionale, evitano di stabilirne lo *status* e tendono, dove non vi sia un riferimento esplicito negli strumenti convenzionali, a limitarne oltremodo l'operatività. Nel caso *Mox Plant*, esplicitamente il Tribunale internazionale del diritto del mare si è astenuto dal qualificare lo *status* del principio di precauzione nel diritto internazionale, mentre nel caso *Pulp Mills* la Corte internazionale di giustizia ha utilizzato una formula ambi-

Health Risk Governance, in *Reports from the Department of Philosophy*, University of Turku, Vol. 20, 2008.

²⁵ In questo senso sono degne di nota le opinioni espresse dal Giudice Weeramantry nel *Case concerning Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*, deciso dalla Corte internazionale di giustizia con sentenza del 25 settembre 1997 e le opinioni espresse dallo stesso Giudice e dal Giudice Palmer nella richiesta di riesame da parte della Nuova Zelanda della decisione nel *Nuclear Tests Case* del 1974 di cui all'ordinanza del 22 settembre 1995. Entrambi sostengono come il principio precauzionale possa annoverarsi tra le norme di diritto internazionale generale riguardanti l'ambiente.

gua (precauzione come supporto interpretativo ed applicativo) che non ne chiarisce lo *status*.

Aldilà della materia ambientale, l'approccio precauzionale stenta ad affermarsi sia a livello convenzionale che nelle decisioni degli organi di risoluzione delle controversie. Non a caso, nel caso *Biotech*, è stato ribadito che il principio di precauzione trovi applicazione, a livello internazionale ed interno, quasi esclusivamente in materia ambientale²⁶. Tuttavia, proprio nel caso *Ormoni*, dove la CE si è difesa sostenendo la natura di consuetudine internazionale della norma precauzionale (mentre Canada e Stati Uniti si opponevano persino a riconoscere la natura di principio, definendola piuttosto un approccio o un "concetto"), sia il Panel che l'Organo di appello, non hanno voluto pronunciarsi sulla natura del principio di precauzione, stabilendo comunque che esso non possa derogare agli obblighi previsti dall'Accordo sulle misure sanitarie e fitosanitarie.

È nostra opinione che proprio la materia commerciale possa costituire il banco di prova per il principio precauzionale. Non soltanto con riferimento al sistema OMC ed alle future controversie in seno ad esso, quanto rispetto agli accordi commerciali oggi in via di negoziazione tra UE e Canada ed UE e Stati Uniti²⁷. Il contenzioso a livello OMC originava proprio da modelli di protezione diversi sulle due sponde dell'Atlantico: mentre l'UE tende a privilegiare l'azione precauzionale, Stati Uniti e Canada tendono a basare le scelte di politica pubblica sull'evidenza scientifica. Dal ruolo che assumerà l'approccio precauzionale a seguito della conclusione di tali accordi, soprattutto in alcuni settori (chimico, farmaceutico, alimentare, sanitario etc.), potrà dipendere molto della futura posizione di esso nel diritto internazionale al di fuori della sola materia ambientale.

5. *Esiste un principio di prevenzione nel diritto internazionale?*

Si è accennato, nell'introduzione, al fatto che il principio di prevenzione tende a confondersi con il principio di precauzione. La distinzione

²⁶ Si v. *EC – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*, WTO, 2006.

²⁷ Sul principio precauzionale nel negoziato sul TTIP si v. M. BOCCHI, *La dimensione internazionale del principio di precauzione e la sua applicazione nel diritto europeo e statunitense alla prova del negoziato sul TTIP*, in *La Comunità Internazionale*, 2017, 255 ss.

tra i due concetti viene tradizionalmente individuata per il tramite dell'incertezza: se gli effetti di una particolare attività sono conosciuti si parlerà di prevenzione, mentre se tali effetti sono sconosciuti, si parlerà di precauzione. In sostanza, la distinzione si basa sul livello di certezza/incertezza della probabilità che il rischio si verifichi. Tuttavia, la distinzione si assottiglia quando si considera la relazione tra incertezza e rischio. Infatti, ogni rischio incorpora un livello più o meno ampio di incertezza: da questo punto di vista, l'azione preventiva è sempre un'azione precauzionale poiché, un livello di incertezza, seppure minimo, è implicito nella nozione di rischio.

Da una lettura sia pure sommaria dei trattati internazionali e degli strumenti di *soft law* rilevanti²⁸, alcuni dei quali richiamati in precedenza, risulta che o si parla di "principio di precauzione e prevenzione" come "due lati della stessa medaglia", oppure più semplicemente non si menziona affatto la prevenzione. Tale ultima scelta potrebbe essere il riconoscimento del fatto che l'azione preventiva è coperta dal principio precauzionale: in altre parole, poiché questo garantirebbe di poter agire in presenza di incertezza, *a fortiori* potrà agirsi sulla base di dati scientifici certi. Seguendo questa linea interpretativa, il principio di precauzione, nel diritto internazionale, sembrerebbe aver assorbito quello di prevenzione.

Tuttavia, riprendendo il già menzionato caso *Pulp mills*, riguardante la costruzione di stabilimenti industriali sul fiume Uruguay, la Corte internazionale di giustizia afferma, *incidenter tantum*, che il principio di prevenzione possa considerarsi una *customary rule*. Detta così, sembrerebbe che la ricostruzione sopra proposta perderebbe di rilevanza: mentre la precauzione, infatti, stenta ad affermarsi come consuetudine internazionale, il principio preventivo avrebbe guadagnato tale natura. L'argomentazione successiva della Corte, tuttavia, chiarisce che il principio di prevenzione si pone nel contesto del principio di *due diligence*, ossia l'obbligazione di ogni Stato di non permettere consapevolmente che il proprio territorio sia usato per atti contrari ai diritti di altri Stati, per cui uno Stato deve mettere in atto tutti i mezzi a disposizione per impedire attività che danneggino l'ambiente di un altro Stato²⁹.

²⁸ V., ad esempio, la Convenzione sul divieto di importazione e sul controllo dei movimenti transfrontalieri in Africa di rifiuti pericolosi del 1991, art. 3, lett. f; l'Accordo centro-americano sui rifiuti pericolosi del 1992, art. 3; l'Agenda 21 del 1992, par. 17.5 e ss.; la Quarta dichiarazione del Mare del Nord del 1995, par. 17; la Dichiarazione ministeriale sullo sviluppo sostenibile del 1990, par. 7.

²⁹ V. R. PISILLO MAZZESCHI, "Due Diligence" e responsabilità internazionale degli

Come si vede, il vero problema del principio di prevenzione nel diritto internazionale consiste soprattutto nella circostanza che, quando lo si guarda dalla prospettiva delle azioni che lo Stato può porre in essere per tutelare un determinato bene giuridico, esso tende ad essere inglobato dal principio precauzionale; quando lo si guarda sotto il profilo degli obblighi dello Stato nei confronti degli altri Stati, esso tende a sfumare nella *due diligence* nel prevenire pregiudizi transfrontalieri.

Se dal punto di vista definitorio, come abbiamo visto, il principio di prevenzione avrebbe una connotazione ampia diretta a prevenire qualsiasi danno ambientale, dalla giurisprudenza internazionale si evince che esso avrebbe una portata più limitata diretta a impedire attività che creino danni ad altri Stati.

Il paradosso può quindi essere quello di trovarsi di fronte ad uno Stato che al proprio interno compie attività con ricadute negative per l'ambiente ma esso non incorre in una violazione del principio preventivo sul piano internazionale poiché non arreca pregiudizi transfrontalieri.

6. Conclusioni

Alla luce dell'analisi condotta e delle osservazioni già in precedenza svolte, è possibile trarre alcune sintetiche conclusioni sul ruolo e la portata soprattutto del principio di precauzione nel diritto internazionale.

Anzitutto, ci sembra di poter dire che la prassi convenzionale relativa al mare, all'inquinamento atmosferico, alla tutela della diversità biologica e, in generale, alla materia ambientale costituisce una prova sicura che il principio di precauzione sia ampiamente diffuso in diversi ambiti normativi e che si sia oramai affermato nella sua accezione che ingloba anche l'azione preventiva.

Sul piano della sua attuazione, la giurisprudenza internazionale mostra dei limiti che comportano sia un ridimensionamento della portata del principio sia una certa timidezza nell'affermarne la natura di regola generale del diritto internazionale. Quest'ultima considerazione non sembra valere, tuttavia, per il diritto ambientale e per il diritto umanitario.

Ancor più evidenti sono i limiti di attuazione del principio di precauzione nella materia commerciale, dove gli interessi economici che presiedono alla libertà degli scambi comprimono ancor di più la portata del principio.

Queste brevi considerazioni confermano, quindi, quanto si diceva in apertura di questo lavoro circa la complessità e l'incertezza che comporta l'analisi della precauzione e della prevenzione nel diritto internazionale.

FRANCESCO DE LEONARDIS

TRA PRECAUZIONE, PREVENZIONE E PROGRAMMAZIONE

SOMMARIO: 1. La relazione tra precauzione, prevenzione e programmazione. – 2. Differenza tra precauzione e prevenzione. – 3. La progressiva emersione dei principi di prevenzione e precauzione nell'ordinamento europeo. – 4. Il principio di prevenzione nel diritto positivo. – 5. La giurisprudenza europea sulla precauzione. – 6. La necessità di un atto in cui si esprima la valutazione del rischio. – 7. Conclusioni.

1. *La relazione tra precauzione, prevenzione e programmazione*

Il titolo del presente contributo mette in relazione due principi fondanti del diritto ambientale, e segnatamente i “principi di precauzione e di prevenzione”, con il concetto della “programmazione” delle attività amministrative.

Per quel che riguarda i due principi, come vedremo, si tratta di principi “creati” dal diritto internazionale, riempiti di contenuto dal diritto europeo (si pensi alla norma chiave di cui all'art. 191 TFUE) ma soprattutto dalla giurisprudenza europea e, infine, codificati dal diritto nazionale nell'art. 3 *ter* del d.lgs. n. 152/2006.

Il concetto di programmazione è invece un concetto classico del diritto amministrativo su cui si sono versati famosi fiumi di inchiostro¹.

La relazione è intrigante perché affianca due concetti (i due principi) che sono saldamente ancorati nel presente e proiettati nel futuro e un termine (la programmazione) che sembrerebbe guardare al passato.

¹ M. RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 Cost.*, in *Dir. amm.*, 2008, 121; A. POLICE, *Predeterminazione delle decisioni amministrative*, ESI, Napoli, 1997; G. CORSO, *Procedimenti di programmazione e comparazione di interessi*, 207 ss., Varenna, Milano, Giuffrè, 1991, in *La ponderazione degli interessi nell'esercizio dei controlli*, in atti del 34° Convegno di studi di scienza dell'amministrazione; N. RANGONE, *Le programmazioni economiche*, Il Mulino, Bologna, 2007; L. MAZZAROLLI, *I piani regolatori urbanistici nella teoria giuridica della pianificazione*, Cedam, Padova 1962, mette in rilievo come, all'indomani della “*great depression*” del '29, i due modelli imperanti di programmazione economica fossero quello “per incentivo” (esperienza del *new deal* americano) e quello “autoritario” (esperienza sovietica). Sul *new deal* cfr. M. VAUDAGNA, *Il New Deal*, Il Mulino, Bologna, 1981; sulla pianificazione sovietica E.H. CARR, 1917, *Illusioni e realtà della rivoluzione russa*, Einaudi, Torino 1970.

Ed infatti, il concetto di programmazione, in senso generale, rimanda proprio (innanzitutto, ma non solo), a quell'attività di indirizzo, a quei controlli e a quei vincoli sull'iniziativa economica privata che sono proprio quelli che i processi di liberalizzazione – che hanno caratterizzato l'evoluzione del nostro sistema, soprattutto alla fine del secolo scorso – hanno cercato di far saltare ma che invece ritornano, prepotentemente, e non solo quando si tratta di confrontarsi con il rischio.

Il pregiudizio nei confronti della programmazione è così forte che addirittura si ripercuote sul piano semantico: quando proprio non si può fare a meno di parlare di un'attività di indirizzo o di razionalizzazione si usa il termine «strategia» o di «agenda» (si pensi alla Strategia energetica nazionale o all'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile) o, usando un inglesismo, quello di «road map», tutto si potrebbe dire purché non si usi il termine di «programmazione».

Ma – al di là delle questioni terminologiche e delle convinzioni di ciascuno – il punto vero è che ove sia una programmazione vi sono obiettivi il cui conseguimento è considerato necessario dal legislatore e assai spesso, negli ultimi anni, tali obiettivi sono collegati con la tutela ambientale.

E tale programmazione si muove oggi in un contesto in cui l'amministrazione, sempre più spesso, si confronta con il rischio (già il rapporto 2005 del *Conseil d'Etat* era dedicato a *Responsabilité et socialisation du risque*) e, in cui la società moderna che rifiuta sempre di più la fatalità e aspira alla certezza è tesa a prevedere e impedire non solo la produzione di eventi certi ma anche di eventi fortuiti².

Per poter dunque accostare i due principi alla programmazione occorre soffermarsi preliminarmente sul contenuto di tali principi.

2. Differenza tra precauzione e prevenzione

I principi di precauzione e di prevenzione, come si è anticipato, trovano il loro riconoscimento più rilevante nel diritto europeo nell'art. 191, comma 2, TFUE per il quale «*la politica dell'Unione in materia ambientale mira a un elevato livello di tutela, tenendo conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni dell'Unione. Essa è fondata sui principi della precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché sul principio "chi inquina paga"*»³.

² B. DELFINO, *Responsabilità e socializzazione del rischio*, in *Giustamm.it*, 2006.

³ Sul punto si rinvia a F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'ammini-*

Il principio di prevenzione è il primo ad essere stato introdotto nei Trattati europei, a partire dall'Atto Unico del 1986 ed è stato seguito dal principio di precauzione qualche anno più tardi (nel 1992) a seguito del Trattato di Maastricht.

Si tratta di principi diversi non solo perché sono stati introdotti in momenti differenti ma anche perché in tal senso si è pronunciata espressamente la giurisprudenza europea.

Si può al riguardo richiamare il par. 184 della sentenza *Artegodan*⁴ del Tribunale CE per la quale il principio di prevenzione è un principio generale e autonomo da quello di precauzione.

Tale sentenza sembra aver chiarito, almeno in parte, i dubbi espressi dalla dottrina in ordine alla sovrapposibilità dei due principi⁵: e, infatti, da parte di tali dottrine tendenzialmente unificatrici dei due principi, si era ritenuto che il collegamento tra di essi deriverebbe dal fatto che originariamente il termine tedesco *Vorsorgeprinzip* implicava contemporaneamente sia il significato di "prevenzione" sia quello di "precauzione"⁶.

Secondo tali dottrine negazioniste delle differenze tra prevenzione e precauzione, da considerarsi ormai risalenti, tra il principio di precauzione e quello di prevenzione non sarebbe ravvisabile una vera differenziazione non solo perché nei testi internazionali e comunitari spesso veniva fatto uso indifferentemente dei due principi in funzione assai simile⁷, ma soprattutto perché, nel disporre un'azione preventiva, l'agente

strazione di rischio, Giuffré, Milano, 2006 e ID., *Il principio di prevenzione e novità normative in materia di rifiuti*, in *Studi in onore di A. Romano*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, 2079 ss.

⁴ Trib. CE, 26 novembre 2002, T-74/00, *Artegodan* (in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 632, con nota di E. CAVASINO, *Un caso di annullamento di atti comunitari per incompetenza. Stretta applicazione del principio delle competenze enumerate e primazia del principio di tutela della salute*; in *Dir. com. sc. int.*, 2003, 551; *Foro amm.-CDS*, 2002, 2771) e Corte Giust., 24 luglio 2003, C-39/03, *Artegodan*.

⁵ In questo senso L. KRAMER, *Manuale di diritto comunitario per l'ambiente*, Giuffré, Milano, 2002, 83 per il quale se "almeno nella pratica l'inserimento del principio di precauzione nel Trattato non sembra contenere, dal punto di vista giuridico, alcun valore aggiunto", in ogni caso esso "deve comunque essere letto congiuntamente a quello dell'azione preventiva che ne risulta rafforzato". I principi vengono fusi in una sorta di ideale endiadi anche da P. SAVONA, *Dal pericolo al rischio: l'anticipazione dell'intervento pubblico*, in *Dir. amm.*, 2010, 355 ss.

⁶ A. GOSSEMENT, *Le principe de précaution*, L'Harmattan, Paris, 2003, cit., 46. Ritiene che il principio di precauzione costituisca una «mera sub-funzione» del principio di prevenzione P. DELL'ANNO, *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, 2004, cit., 80.

⁷ In questo senso B. CARAVITA DI TORITTO, *Diritto dell'ambiente*, 2001, Il Mulino, Bologna, 2001, 98; A. CROSETTI e altri, *Diritto dell'ambiente*, 2002, Laterza, Roma-Bari,

applicherebbe un criterio precauzionale che gli consentirebbe di prefigurare il danno derivante dalla sua inerzia⁸.

Sempre per tali dottrine la pratica sovrapponibilità dei due principi, affermata talora anche dalla giurisprudenza⁹, sarebbe stata, inoltre, confermata dal fatto che nel (breve) periodo in cui il principio di precauzione non era stato ancora enunciato nel Trattato, e lo era, invece, quello di prevenzione, in base a quest'ultimo erano state risolte questioni alle quali avrebbe potuto essere applicato il principio di precauzione¹⁰.

In sintesi, in base a tali orientamenti, la prevenzione e la precauzione si attergerebbero come due facce di un'unica medaglia¹¹.

La conclusione cui perviene la citata sentenza *Artegodan* che distingue invece nettamente tra i due principi sembra però assai più condivisibile dei ragionamenti sui cui si basano le dottrine negazioniste della differenziazione, se si considera che le valutazioni che giustificano l'applicazione del principio di precauzione sono connotate da rischio e incertezza, mentre quelle che consentono l'applicazione del principio di prevenzione risultano connotate da regole meno elastiche e probabilistiche.

I due principi, in altre parole, benché storicamente sia vero che la precauzione costituisce uno sviluppo o una specificazione della preven-

34; F. SANTONASTASO, *Libertà d'iniziativa economica e tutela dell'ambiente*, Giuffrè, Milano, 1996, 164; M. GESTRI, *La gestione delle risorse naturali d'interesse generale per la Comunità internazionale*, Giappichelli, Torino, 1996, 440; R. GIUFFRIDA, *L'evoluzione della politica ambientale comunitaria*, in G. ALPA (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, I ed., Giappichelli, Torino, 2000, 227; U. LEANZA, *Il diritto internazionale. Da diritto per gli Stati a diritto per gli individui*, Giappichelli, Torino, 2002, 225.

⁸ Cfr. G. CORDINI, *Diritto ambientale comparato*, Cedam, Padova, 2002, 187 ma anche R. FERRARA, *I principi comunitari di tutela dell'ambiente*, Giuffrè, Milano, 530 che però rileva come l'interrogativo se siamo davvero al cospetto di un doppio ordine di principi ha "un rilievo meramente teorico".

⁹ Cfr. TAR Toscana, Firenze, II, 31 agosto 2010, n. 5145, in *Riv. giur. edil.*, 2010, 6, 2054, dove, in tema di rifiuti, i giudici ribadiscono la congiunta operatività dei principi di precauzione e di azione preventiva. In particolare, al p. 4 della parte motiva si legge che i principi di "precauzione e della azione preventiva [trovano] applicazione in tutti quei settori in cui si manifesta la necessità di un elevato livello di protezione, indipendentemente dall'accertamento di un effettivo nesso causale tra il fatto dannoso o potenzialmente tale e gli effetti pregiudizievoli che ne derivano" (così anche in T.A.R. Puglia, Lecce, I, 23 gennaio 2003, n. 260).

¹⁰ Com'è stato riferito innanzi il principio di prevenzione era stato introdotto nel Trattato nel 1987 mentre quello di precauzione è stato riconosciuto solo nel 1993.

¹¹ In questo senso ad es. G. ESPOSITO, *Tutela dell'ambiente e attività dei pubblici poteri*, Giappichelli, Torino, 2008, 133 per il quale "se applicati singolarmente tali principi e i rispettivi modelli di riferimento appaiono insufficienti, risultandone più idonea una combinazione che, tuttavia, tenga conto di ognuno senza sbilanciarsi su nessuno".

zione¹², si fondano su presupposti diversi: mentre il principio di precauzione si applica in situazioni connotate da incertezza, quello di prevenzione trova applicazione in casi ove vi sia una certezza scientifica (o comunque un'incertezza assai minore)¹³.

Sebbene, quindi, non si possa negare che vi sia un pratico collegamento tra i due principi l'auspicabile differenziazione concettuale discende dal fatto che il principio di prevenzione agisce nell'ipotesi in cui i danni temuti sono certi, mentre quello di precauzione è chiamato ad operare in presenza di danni temuti, sostanzialmente potenziali.

Ne deriva che il principio di precauzione, per cui la soglia di intervento dell'azione preventiva viene ulteriormente anticipata, e in misura tendenzialmente illimitata¹⁴, s'iscrive in una logica nettamente diversa da quella della prevenzione¹⁵: la logica della precauzione è quella dell'amministrazione di rischio¹⁶.

E a tale valutazione del rischio non a caso si riferisce l'art. 301 del

¹² R. FERRARA, *Valutazione d'impatto ambientale e organismi geneticamente modificati: alle origini del problema*, in *Gli organismi geneticamente modificati. Sicurezza alimentare e tutela dell'ambiente* (a cura di R. FERRARA - I. M. MARINO), Cedam, Padova, 2003, 313; D. AMIRANTE, *Il principio precauzionale tra scienza e diritto. Profili introduttivi*, 2001, in *Dir. gest. amb.*, 21; S. GRASSI, *Prime osservazioni sul principio di precauzione come norma di diritto positivo*, 2001, cit., 51 e J. F. COLSON, *Il principio di precauzione nell'ordinamento francese*, in *Dir. gest. amb.*, 2001, 75.

¹³ In questo senso G. MANFREDI, *Note sull'attuazione del principio di precauzione in diritto pubblico*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 1086. M. CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Giuffrè, Milano, 2000, 174 per il quale "il principio dell'azione preventiva e gli strumenti che lo realizzano trovano supporto e potenziamento grazie a un altro principio direttamente connesso con il concetto di prevenzione, ma che, per gli specifici caratteri che lo connotano, assume una propria autonoma configurazione: il principio di precauzione o del cosiddetto "approccio precauzionale". Nello stesso senso anche P. THIEFFRY, *Le contentieux naissant des organismes génétiquement modifiés: précaution et mesures de sauvegarde*, in *Rev. trim. droit europ.*, 1999, cit., 83 e T. MAROCCO, *Il principio di precauzione e la sua applicazione in Italia e in altri Stati membri della Comunità europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2003, 1233 per i quali il principio di precauzione anticiperebbe le misure cautelative al momento in cui le conoscenze scientifiche non sono ancora certe. In generale v. sul tema N. DE SADELEER, *Environmental Principles. From Political Slogans to Legal Rules*, Oxford, Oxford University Press, 2002, spec. 74-75, 117 ss., 156 ss.

¹⁴ M. CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Luiss, Roma, 2000, 177.

¹⁵ Sottolinea, condivisibilmente, G. MANFREDI (*Note sull'attuazione del principio di precauzione in diritto pubblico*, 2004, cit., 1086) che "il principio di precauzione si differenzia da quello di prevenzione non solo quantitativamente, perché anticipa la soglia al di là della quale scattano le misure preventive, ma soprattutto, qualitativamente, perché è basato su un modo nuovo di percepire i pericoli derivanti dal progresso".

¹⁶ Si consenta di rinviare a F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2005.

cod. ambiente che contiene una definizione normativa del contenuto del principio di precauzione (mentre manca nel cd. codice dell'ambiente una definizione del principio di prevenzione che pur viene citato largamente in una pluralità di articoli).

3. *La progressiva emersione dei principi di prevenzione e precauzione nell'ordinamento europeo*

Nella sua *Introduzione al Diritto amministrativo*, Alberto Romano affermava, qualche anno fa, che “la disciplina dell'amministrazione è sì affidata alla legislazione ordinaria, ma le sue disposizioni derivano largamente già da norme e da principi costituzionali. Non solo: anche, e soprattutto per l'essenziale, direttamente da principi istituzionali; ossia, perfino da un livello più elevato di quello della Costituzione: che i suoi primi articoli solo riproducono”¹⁷.

L'illustre Autore faceva propria, in tal modo, quella lezione di metodo impartita dai classici del diritto amministrativo, per cui le soluzioni di teoria generale sono tutte accomunate dal fatto di costituire una riflessione su problemi intuiti o emersi dall'analisi di vicende concrete¹⁸.

Tentando di applicare questa lezione di metodo all'analisi dei principi che regolano l'azione amministrativa, la ricostruzione sistematica non può non prendere le mosse, infatti, da specifici settori dell'ordinamento vivente, per riflettere sui dati di fatto che emergono fondamentalmente dal diritto positivo e dalla giurisprudenza¹⁹.

¹⁷ A. ROMANO in MAZZAROLLI ed altri, *Diritto amministrativo, Introduzione*, 3 ed., vol. I, Monduzzi, Bologna, 2009, 33. La prospettiva istituzionale dell'ordinamento è ben delineata, con riferimento questa volta al settore della giustizia amministrativa, in *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Cedam, Padova 2009, 1116 ss.

¹⁸ Per G. MIELE “i principi non splendono di luce propria, la loro luce essendo quella dei mille e mille casi della vita quotidiana”, con la conseguenza che le istituzioni giuridiche e le relative costruzioni dottrinali vanno intese in funzione strumentale degli interessi umani da riconoscere ed ordinare (prefazione a F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, 1911-14, rist. Cedam, Padova 1960) e per G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, Giuffrè, Milano 1958, 114 “il diritto non è, in tutte le sue manifestazioni, che assunzione dei dati della realtà entro un ordinamento”.

¹⁹ Per la “concretezza” come carattere essenziale ed imprescindibile dell'esperienza giuridica cfr. S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Spoerri, Pisa, 1917; ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, voci *Giurisprudenza scolastica*, *Giuristi*, *Glissez, mortels, n'appuyez pas*, Cedam Padova, 1947; ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Annuario Regia Univ. di Pisa, Pisa 1909; P. PIOVANI, *Il significato del principio di effettività*, Giuffrè, Milano, 1953; G. GROSSO, *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*, Giappi-

Orbene, non si può negare che negli ultimi anni il diritto amministrativo generale abbia registrato una vera e propria “proliferazione” dei principi: in una sorta di continua osmosi tra livello dei principi istituzionali, livello dei principi generali desumibili dalla Costituzione e livello dei principi generali che discendono dalla legislazione ordinaria, dal piano del “fatto” emergono continuamente alla superficie nuovi principi di diritto positivo²⁰.

Se si guarda, infatti, al diritto positivo, non si può non notare che sempre più spesso veri e propri principi istituzionali, come per esempio quello di imparzialità, richiamato dall’art. 97 della Costituzione, trovano collocazione accanto ad altri principi generali di livello ordinario, come i quattro (economicità, efficacia, pubblicità e trasparenza²¹) espressamente riconosciuti dalla legge generale sull’azione amministrativa.

La grande famiglia dei principi, che trova il suo capostipite nel principio di ragionevolezza²², trova progressivo riconoscimento nel diritto positivo e comprende, di volta in volta, nuovi principi che attirano

chelli, Torino, 1948; R. ORESTANO, *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, Giappichelli, Torino, 1967; G. CAPOGRASSI, *Opere; Su alcuni bisogni dell'individuo contemporaneo*, in *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, I, Cedam, Padova, 1957; S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Giuffrè, Milano, 1954, *passim* ma spec. 146 ss.; R. NICOLÒ, *Istituzioni di diritto privato*, Dispense, Giuffrè, Milano, 1962, 9 ss.

²⁰ A. ROMANO in MAZZAROLLI ed altri, *Diritto amministrativo*, cit., 31.

²¹ Art. 1 l. 241/90 come modificata dalla l. n. 80/2005.

²² Sul carattere emergente del principio di ragionevolezza con riferimento all’azione amministrativa fino al riconoscimento della sua precedenza logica anche rispetto alla funzione legislativa v. A. ROMANO, *Commento all'art. 26 t.u. Cons. Stato*, 2009, in *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, III ed., Giappichelli, Torino, 2009, 843 ss.; G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in L. MAZZAROLLI ed altri, *Diritto amministrativo*, III ed., Monduzzi, Bologna, 2001, 1251, 1253; ID., *Il principio di ragionevolezza nel procedimento amministrativo*, 1998, in *Scritti in onore di G. Guarino*, vol. III, Padova, 95; F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, Milano, 2001, *passim* ma spec. 4, 9, 221, 231 ss., ID., *Sull'equità della pubblica amministrazione e del giudice amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1974, 359 ss.; G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amm.*, 1987, 3165 ss.; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, II, Giuffrè, Milano, 1987, 245; E. CAPACCIOLI, *Pagine scelte dal manuale di diritto amministrativo*, (a cura di F. MERUSI e D. SORACE), Padova, Cedam, 1995, 29; F. CAMMEO, *L'equità nel diritto amministrativo*, in *Annuario della Regia Università di Bologna*, 1924, 16 ss.; G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1960, 255 ss.; C. MORTATI, voce *Discrezionalità*, in *Nov. dig. it.*, vol. V, Torino, Utet, 1960, 1103; L. PALADIN, voce *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir.*, Agg.to, I, 1997, 899.

l'interesse della dottrina e della giurisprudenza, come i principi dell'ordinamento europeo²³.

Anche nei settori (e sottosettori) di cui si compone la vasta materia del diritto della pubblica amministrazione si riscontra il medesimo *trend*: il processo di osmosi più o meno accelerato tra piano dei principi istituzionali e piano dei principi generali desumibili dalla legislazione ordinaria ha comportato l'emersione nel settore del diritto ambientale²⁴ dei principi affermati dall'art. 174 (ora 191) del Trattato sul Funzionamento dell'Unione, ossia quello di precauzione e dell'azione preventiva, di correzione in via prioritaria alla fonte dei danni causati all'ambiente, nonché il principio chi inquina paga, ormai recepiti dall'art. 3 *ter* del d.lgs. n. 152/2006²⁵.

Il processo di emersione dei singoli principi può essere sintetizzato in tre tappe fondamentali: in una prima fase il legislatore enuncia il principio senza definirne il contenuto e la giurisprudenza ritiene la relativa norma come programmatica; in una seconda fase la giurisprudenza ne dà concreta applicazione e la dottrina lo sistematizza; nella terza, infine, il legislatore ne definisce il contenuto e la giurisprudenza lo ritiene cogente.

Così è avvenuto per il principio di precauzione che, come si è detto, è stato enunciato in un primo momento dal diritto dei trattati e dal diritto europeo derivato come norma programmatica e successivamente applicato dalla giurisprudenza e che viene oggi definito nei suoi contenuti, a livello nazionale, dall'art. 301 cod. amb. e pacificamente ritenuto cogente²⁶.

Lo stesso *iter* sembra seguire il principio di azione preventiva o di prevenzione, – uno di quelli che efficacemente sono stati definiti come

²³ Tra di essi una particolare attenzione ha ricevuto negli ultimi anni il principio di precauzione soprattutto per la sua trasversalità e le implicazioni sistematiche che esso comporta: sul punto si consenta di rinviare a F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Giuffrè, Milano, 2005.

²⁴ Si intitola significativamente "Storicità e gradualità dell'emersione dell'interesse ambientale nella sfera giuridica" il primo capitolo del manuale di G. ROSSI, *Diritto dell'ambiente*, Giappichelli, Torino, 2008, 3.

²⁵ Sulle perplessità della correttezza della qualificazione in termini di codice del decreto v. G. ROSSI, *Diritto dell'ambiente*, cit., 47; G. FONDERICO, *La codificazione del diritto dell'ambiente in Italia: modelli e questioni*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2006, 632; A. CELOTTO, *Il codice che non c'è: il diritto ambientale tra codificazione e semplificazione*, in *www.giustamm.it*; F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010, 18.

²⁶ Si veda, a proposito della cogenza del principio di precauzione, da ultimo T.A.R. Trentino Alto Adige, Trento, Sez. I, 25 marzo 2010, n. 93 in *Ragiusan*, 2011, 321, 109.

“principi forti” dell’ordinamento europeo²⁷ o “chiave di volta del sistema” o, ancora, “principio-guida al quale gli altri si riportano e rapportano”²⁸ – che, come si è anticipato, viene enunciato e richiamato tra i principi europei di azione ambientale, che viene costantemente applicato dalla giurisprudenza ma del quale manca (ancora) un’enunciazione positiva di contenuti.

Su tale principio sono ancora rari i contributi specifici della dottrina²⁹, limitandosi essa piuttosto a rilevare che, in base al detto principio, occorre intervenire in via anticipata in modo da evitare la produzione di eventi dannosi³⁰, considerandosi inoltre tale principio come motivo ispiratore della disciplina della valutazione di impatto ambientale³¹, della valutazione ambientale strategica³² o di quella sugli incidenti rilevanti³³.

²⁷ R. FERRARA, *I principi comunitari di tutela dell'ambiente*, in *Dir. amm.*, 2005, 509 per il quale “l’ordinazione dei principi forti dell’ordinamento comunitario fa (anche) leva sulla minore importanza e, quasi sulla residualità. Di ogni misura di tutela risolvendosi nella mera soddisfazione *ex post* degli interessi ambientali” (510).

²⁸ R. FERRARA, *I principi comunitari di tutela dell'ambiente*, cit., 531.

²⁹ Tra le eccezioni possono essere citati: D. AMIRANTE, *I principi comunitari di gestione dell'ambiente e il diritto italiano: prime note per un dibattito*, in *Dir. gest. amb.*, 2001, 7 ss.; M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, Giappichelli, Torino, 2007, 247 ss.; ID., *commento all'art. 3 ter*, in *Codice dell'ambiente*, Giuffrè, Milano, 2008, 82 ss.; P. DELL'ANNO, *Prevenzione dell'inquinamento ambientale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1986, 206-231; ID., *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, Giuffrè, Milano, 2004, 79; ID., *Il ruolo dei principi del diritto ambientale europeo: norme di azione o norme di relazione?*, in *Gazzettaambiente*, 2004, 131 ss.; N. DE SADELEER, *Environmental Principles. From Political Slogans to Legal Rules*, Oxford University Press, Oxford, 2002; ID., *Les principes du polluer-payeur, de prévention et de précaution*, Bruylant, Bruxelles, 1999; R. FERRARA, *I principi comunitari di tutela dell'ambiente*, in *Dir. amm.*, 2005, 509. Sul punto v. anche A. ASTAZI, *Il principio di prevenzione nell'ambito della politica comunitaria e la necessità di garantirne l'effettività*, in *Dir. gest. amb.*, 2001, 127 ss.; F. GIAMPIETRO, *Prevenzione, ripristino, risarcimento dei danni all'ambiente nel d.lgs. n. 152/2006*, in AA.VV., *La responsabilità per danno all'ambiente*, a cura di F. Giampietro, Giuffrè, Milano, 2006, 289 e M. LOTTINI, *Bonifica di siti inquinati da fanghi di risulta della depurazione delle acque reflue urbane: tra potere di ordinanza extra ordinem e principio di prevenzione*, in *Foro amm.-TAR*, 2007, 4, 1444.

³⁰ A. CROSETTI - R. FERRARA - F. FRACCHIA - N. OLIVETTI RASON, *Diritto dell'ambiente*, Laterza, Bari-Roma, 2002, 36; A. DOYLE, T. CARNEY, *Precaution and Prevention: Giving effect to Article 130r without Direct Effect*, in *European Law Review*, vol. 8, 1999, 44.

³¹ Afferma espressamente il collegamento tra principio di prevenzione e valutazione d'impatto ambientale TAR Toscana, Firenze, II, 25 maggio 2009, n. 888, in *Riv. giur. edil.*, 2010, 4, 1624.

³² G. CORDINI, *Diritto ambientale comparato*, Cedam, Padova, III ed., 2002, 187; F. SANTONASTASO, *Libertà di iniziativa economica e tutela dell'ambiente*, Giuffrè, Milano, 1996, 144.

La mancata riflessione sul contenuto del principio è oggi tanto più rilevante se si pensa che la prevenzione costituisce *ex professo* il principio ispiratore della disciplina comunitaria dei rifiuti contenuta nelle direttive generali sui rifiuti (e in particolare dalla direttiva 98/2008 come modificata dal pacchetto sull'economia circolare e in particolare dalla direttiva 851/2018).

4. Il principio di prevenzione nel diritto positivo

Il principio di azione preventiva o di prevenzione viene richiamato ora da atti di diritto internazionale³⁴, ora dalle Costituzioni³⁵ ma soprattutto dal diritto europeo e dalla legislazione di vari paesi³⁶.

Il principio ottavo della dichiarazione di Rio prevede espressamente che “al fine di pervenire ad uno sviluppo sostenibile e ad una qualità di vita migliore per tutti i popoli, gli Stati dovranno ridurre ed eliminare i

A questa *ratio* sembrano ispirarsi in giurisprudenza: TAR Toscana, Firenze, Sez. II, 25 maggio 2009, n. 888 con riferimento all'istituto della VIA; nonché TAR Piemonte, Torino, II, 1 dicembre 2007, n. 3607 in *Riv. giur. edil.*, 2008, I, 637, che giustifica la scelta di realizzare impianti in eccedenza per lo smaltimento di rifiuti al fine di scongiurare il rischio di un deficit operativo.

³³ Si tratta della direttiva 96/82 del Consiglio del 9 dicembre 1986: sul collegamento tra tale atto normativo e il principio di prevenzione cfr. A. CROSETTI - R. FERRARA - F. FRACCHIA - N. OLIVETTI RASON, *Diritto dell'ambiente*, cit., 36.

³⁴ Cfr. considerando 5 della decisione del Consiglio del 25 giugno 2002 relativa alla conclusione, a nome della Comunità europea, del protocollo di Cartagena annesso alla Convenzione sulla diversità biologica del 1992, relativo alla prevenzione dei rischi biotecnologici, adottato a Montreal il 29 gennaio 2000. Per la dichiarazione di Bergen del 1990 gli Stati devono adottare misure al fine di “*anticipate, prevent and attack the causes of environmental degradation*”.

³⁵ Tra le Costituzioni che sanciscono il principio della tutela preventiva si veda: l'art. 45, comma 2, della Costituzione spagnola per cui “*i poteri pubblici veglieranno sulla razionale utilizzazione di tutte le risorse naturali, al fine di proteggere e migliorare la qualità della vita nonché di difendere e ripristinare l'ambiente, contando sull'indispensabile solidarietà collettiva*” e l'art. 66, comma 2 lett. a) della Costituzione portoghese che sancisce, in modo ancor più esplicito, che spetta allo Stato “*prevenire e controllare l'inquinamento ed i suoi effetti nonché le forme dannose di erosione*”. Il comma successivo attribuisce a chiunque “*il diritto di promuovere, ai sensi di legge, la prevenzione o l'eliminazione dei fattori che degradano l'ambiente*”.

³⁶ L'art. 2, comma 1 della legge 7 aprile 1987, n. 11 (legge di base sull'ambiente francese) stabilisce che “le azioni aventi effetti immediati o futuri sull'ambiente devono essere considerate in via preventiva, riducendo o eliminando le cause prima di correggere gli effetti di tali azioni o di attività suscettibili di modificare la qualità dell'ambiente” (il testo della legge è riportato in *Revue juridique de l'Environnement*, 1988, 2, 189 ss.).

modi di produzione e di consumo insostenibili e promuovere politiche demografiche adeguate”.

La prevenzione costituisce uno dei punti fondamentali del sesto programma di azione comunitaria in materia ambientale per il quale “è necessario rivolgere maggiore attenzione alla prevenzione (...) nell’elaborazione di una strategia per la protezione della salute umana e dell’ambiente”³⁷.

Per quel che riguarda il diritto dei trattati il principio di prevenzione, pur inserito nell’art. 174 (ora 191) del Trattato Ce a partire dal 1986³⁸, non trova in esso una definizione del contenuto, come avviene anche per gli altri principi di azione ambientale.

Il principio viene, al contrario, diffusamente menzionato dagli atti comunitari di normazione derivata³⁹ non solo, o non esclusivamente, con riferimento all’ambiente *tout court* inteso, ma anche con riguardo a quei settori che con esso maggiormente si interfacciano, quali, *in primis*, quello della salute (umana ed animale) e quello dell’alimentazione⁴⁰.

Il contenuto del principio in esame non viene definito, comunque, neppure nelle direttive che a tale norma del trattato si richiamano, come la direttiva 96/91 sul controllo preventivo e integrato dell’inquinamento s.m.i.: questa, semmai, sollecitando l’adozione di interventi alla fonte per il contenimento dell’inquinamento potrebbe essere utilizzata per indaga-

³⁷ Considerando 5.

³⁸ Sul processo di inserimento dei principi nei trattati europei si veda G. CORDINI, *Diritto ambientale comparato*, Cedam, Padova, III ed., 2002, 177 e F. SANTONASTASO, *Libertà di iniziativa economica e tutela dell’ambiente*, Giuffrè, Milano, 1996, 133.

³⁹ Con riferimento all’acqua e all’ambiente marino in generale si rammentano la direttiva 60/2000/CE, che istituisce un quadro per l’azione comunitaria in materia di acque, e la direttiva 56/2008/CE, che istituisce un quadro per l’azione comunitaria nel campo della politica per l’ambiente marino.

⁴⁰ A titolo esemplificativo si possono ricordare: il regolamento 1107/2009/CE relativo alla immissione sul mercato di prodotti fito-sanitari (“in taluni Stati membri sono stati stabiliti, e generalmente applicati per taluni impieghi, metodi non chimici di controllo o di prevenzione, significativamente più sicuri per la salute umana e degli animali e per l’ambiente”); la direttiva 2006/88/CE del Consiglio, del 24 ottobre 2006, relativa alle condizioni di polizia sanitaria applicabili alle specie animali d’acquacoltura e ai relativi prodotti, nonché alla prevenzione di talune malattie degli animali acquatici e alle misure di lotta contro tali malattie; il regolamento (CE) n. 1881/2006, che definisce i tenori massimi di alcuni contaminanti nei prodotti alimentari; i regolamenti (CE) n. 852/2004, n. 853/2004 e n. 854/2004, che stabiliscono obiettivi ambientali per l’acqua e mirano a garantire una qualità elevata degli alimenti.

re i contenuti del principio gemello della correzione in via prioritaria alla fonte o, più brevemente, di intervento alla fonte⁴¹.

Neppure la Corte di Giustizia ha fornito una interpretazione ricostruttiva del principio di prevenzione⁴², a differenza di quanto avvenuto per il principio di precauzione.

Nella stessa giurisprudenza della CEDU, in cui pure esso viene spesso menzionato, non se ne trova una definizione espressa⁴³.

Nell'ordinamento nazionale si riscontra una situazione analoga: la prevenzione, pur richiamata tra i principi (art. 3 *ter* inserito nel codice dell'ambiente in occasione del secondo correttivo con il parere favorevole del Consiglio di Stato⁴⁴) e in circa quaranta articoli del d.lgs. 152/2006

⁴¹ L'art. 1 d.lgs. 18 febbraio 2005, n. 59 prevede misure "intese ad evitare oppure, qualora non sia possibile, ridurre le emissioni delle suddette attività nell'aria, nell'acqua e nel suolo, comprese le misure relative ai rifiuti e per conseguire un livello elevato di protezione dell'ambiente nel suo complesso".

⁴² P. DELL'ANNO, *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, Giuffrè, Milano, 2004, 80.

⁴³ Com'è noto, nonostante la Convenzione europea dei diritti dell'uomo non sancisca espressamente il diritto, collettivo o individuale, ad un ambiente salubre, ciò non di meno la Corte EDU a partire dal caso *Lopez Ostra c. Spagna* (CEDU, 9 dicembre 1994, ric. 16798/90), ha ritenuto che il diritto di ciascuno alla vita privata, sancito ex art. 8 della Convenzione, possa dirsi inciso da situazioni di degrado ambientale (nella fattispecie la ricorrente si era trovata nella condizione di dover abbandonare, assieme alla sua famiglia, la propria abitazione a causa dei fumi tossici che esalavano da un impianto, situato a soli 12 metri di distanza dal luogo di privata dimora, destinato al trattamento dei rifiuti liquidi e solidi derivanti dalla lavorazione di pellami). In proposito, la Corte ha ritenuto che "severe environmental pollution may affect individuals' well-being and prevent them from enjoying their homes in such a way as to affect their private and family life adversely, however, seriously endangering their health". Sulla scia di questa pronuncia, la Corte di Strasburgo ha dato vita ad un nutrito filone giurisprudenziale che comprende *Guerra e a. c. Italia*, 19 febbraio 1998, ric. 14967/89; *Hatton c. Regno Unito*, 8 luglio 2003, ric. 36022/97; *Kyrtatos c. Grecia*, 22 maggio 2003, ric. 41666/98; *Fadeyeva c. Russia*, 9 giugno 2005, ric. 55723/00.

Per un commento sul punto si rinvia, senza pretesa di esaustività, a BARTOLE - CONFORTI - RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2006; M. DE SALVIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006; J. FAWCETT, *The application of the European Convention on human rights*, Oxford University Press, Oxford, 1987; JACOBS & WHITE, *European Convention on human rights*, Oxford University Press, Oxford, 2002; VAN DIJK - VAN HOOFF, *Theory and practice of the european convention on human rights*, Intersentia, Cambridge, 2006.

⁴⁴ Cons. Stato, Ad. Gen., 5 novembre 2007, n. 3838 in *Foro amm.-CDS*, 2007, 11, 3225. Si ricordi che nella versione originaria del d.lgs. n. 152/2006 non vi era alcuna disciplina sui principi (tant'è che anche in base a ciò alcuni avevano rilevato che non si potesse parlare di vero e proprio Codice) e che il Consiglio di Stato nel parere innanzi cita-

(più della metà dei quali in materia di rifiuti e bonifiche ma anche con riferimento alla tutela del suolo, dell'acqua e dell'aria nonché al danno ambientale⁴⁵), non viene definita specificamente nei suoi contenuti.

Vi sono, però, norme nazionali dalle quali si può dedurre qualche utile indicazione: tra queste vanno innanzitutto, richiamate la legge sulla protezione civile (l. 225/1992) e quella sulla prevenzione degli incendi nei boschi (l. 353/2000). Per la prima, la prevenzione consiste nell'insieme delle "attività volte ad evitare o ridurre al minimo le possibilità che si verifichino danni conseguenti agli eventi calamitosi sulla base delle conoscenze acquisite per effetto delle attività di previsione"⁴⁶; per la seconda, la prevenzione consiste nell'adozione delle "azioni per ridurre le cause degli incendi nonché degli interventi finalizzati alla mitigazione dei danni compreso l'utilizzo dei mezzi"⁴⁷.

Il principio di prevenzione viene poi menzionato, sempre in tema di ambiente, nel d.lgs. 29 giugno 2010 n. 128 che introduce modifiche al d. lgs. n. 152/2006 e trova ulteriori campi di applicazione nell'ambito medico sanitario⁴⁸ e in quello relativo agli infortuni sui luoghi di lavoro⁴⁹.

to ha stimato l'inserimento dei principi "quanto mai opportuno (...) non essendo più sufficiente il pur creativo ruolo svolto dalla nostra Corte Costituzionale che, alla luce dei principi comunitari, ha saputo interpretare in chiave ambientalistica molte norme della nostra Costituzione". Sul punto si veda M. CAFAGNO, *Commento all'art. 3* ter, in Codice dell'Ambiente, Giuffrè, Milano, 2008, 82 ss. e in particolare 85.

⁴⁵ Come si vedrà, la parte in cui più ricorre l'impiego del predetto termine (20 articoli) è sicuramente la Parte IV recante norme in materia di gestione dei rifiuti di bonifica dei siti inquinati sia nel Titolo I sulla gestione dei rifiuti (art. 178 ss.) sia nel Titolo II sulla gestione degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio (cfr. in particolare art. 219, comma 1, lett. a). Di prevenzione si parla anche nella Parte III del Codice recante norme in materia di difesa del suolo e di tutela delle acque: tra i 10 articoli in cui si parla di "prevenzione" si possono segnalare l'art. 53 che, nell'indicare le finalità delle disposizioni dettate con riguardo alla difesa del suolo, parla di "prevenzione dei fenomeni di dissesto", e l'art. 73 che, nell'indicare a sua volta le finalità perseguite dalle disposizioni in materia di tutela delle acque, parla al comma 2, lett. e) di "individuazione di misure per la prevenzione e la riduzione dell'inquinamento nelle zone vulnerabili e nelle aree sensibili". Nella parte V in cui si dettano le norme in materia di tutela dell'aria e di riduzione delle emissioni in atmosfera il principio di prevenzione viene menzionato in 4 articoli collocati nei tre titoli recanti disposizioni volte a prevenire e limitare l'inquinamento atmosferico (il Titolo I dedicato ad impianti e attività che producono emissioni in atmosfera, il Titolo II dedicato agli impianti termici civili, il Titolo III dedicato ai combustibili).

Nella parte VI contenente norme in materia di tutela risarcitoria contro i danni all'ambiente il principio di prevenzione viene menzionato in 8 articoli.

⁴⁶ Art. 3, comma 3.

⁴⁷ Art. 4, comma 2.

⁴⁸ Si vedano da ultimo i d.lgs. n. 25 gennaio 2010, n. 37 e 27 gennaio 2010, n. 17.

In generale, il principio di prevenzione postula l'anticipazione della soglia di tutela al fine di scongiurare perdite irreversibili: ad esso s'ispira tutta la sottoposizione a regime autorizzatorio delle principali attività a rilevanza ambientale⁵⁰.

5. La giurisprudenza europea sulla precauzione

La definizione del principio di precauzione contiene, proprio, quel riferimento espresso al "rischio che possa essere individuato a seguito di una preliminare valutazione scientifica obiettiva" (art. 301 cod. amb.) che lo distingue dal principio di prevenzione (che invece postula un intervento anticipato finalizzato ad evitare la produzione di eventi sicuramente dannosi).

Dando per assodato l'iter che ha condotto il principio di precauzione dall'essere menzionato esclusivamente nell'ambito di legislazioni set-

⁴⁹ Cfr. d.lgs. 3 agosto 2006, n. 106 a commento del quale si rinvia a V. PASQUARELLA, *La valorizzazione della dimensione prevenzionistica degli appalti pubblici tra vecchie e nuove fonti normative*, in *Lav. nelle P.A.*, 2009.

⁵⁰ Sul punto significativamente: M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, Giappichelli, Torino, 2007, 250 ss.; P. DELL'ANNO, *Le autorizzazioni ambientali tra disciplina generale del procedimento amministrativo e normative speciali di settore*, in *Ambiente e diritto* (a cura di S. Grassi), 283; R. FERRARA, *I principi comunitari di tutela dell'ambiente, cit.*, 528 nonché A. GANDINO - S. GRASSI, *Le figure autorizzatorie volte alla tutela dell'ambiente: procedimenti e provvedimenti*, in AA. VV., *Il diritto all'ambiente salubre*, a cura di M.P. Vipiana, Cedam, Padova, 2005, 153 ss. L'esplicitazione della funzione di prevenzione delle autorizzazioni si trova anche in O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Concetto e natura*, in *Giur.it.*, IV, 1894, 25. In giurisprudenza cfr. Cons. Stato, 27 novembre 2010, n. 8269, ove si afferma che la concessione edilizia deve essere subordinata al rispetto di determinati standard, anche ambientali, al fine di garantire la sicurezza del manufatto e, quindi, di prevenire i rischi di frane, crolli ecc. connessi, ad esempio, alla realizzazione di un edificio su un terreno eccessivamente in declivio e Cons. Stato, 20 ottobre 2010, n. 7574 dove i giudici di palazzo Spada osservano che l'immissione in commercio di determinati prodotti non può prescindere dalla valutazione dell'impatto che questi hanno sull'ambiente.

L'applicazione del principio di prevenzione alle autorizzazioni comporta la durata limitata degli atti amministrativi: il provvedimento con il quale si autorizza, ad esempio, una discarica è "a tempo", dura solo 10 anni anche se è rinnovabile (art. 208, comma 12, d.lgs. 152/2006). Il legislatore ha poi previsto anche se una volta rilasciata l'autorizzazione dovessero svilupparsi nuove tecniche o emergere criticità di carattere ambientale che l'autorizzazione possa essere sottoposta a revisione e conseguentemente possano essere modificate le prescrizioni.

toriali al diventare una vera e propria norma generale; l'evoluzione della giurisprudenza che da principio programmatico lo ha poi ritenuto principio cogente⁵¹; il passaggio dalla concezione paralizzante (o verde)⁵² di tale principio a quella che si è definita come permissiva⁵³; l'ampliamento dei settori nei quali il principio ha trovato applicazione⁵⁴ si può passare al nodo centrale del problema ossia come si fa a valutare la "probabilità" del rischio.

A tal riguardo il diritto europeo stabilisce innanzitutto che la decisione precauzionale deve sempre e comunque basarsi sui dati tecnici disponibili (art. 191 TFUE comma 3) e pertanto gli organi tecnici devono essere sempre consultati: un'amministrazione che, ad esempio, disponesse in ordine alla quantità di coloranti da inserire negli alimenti senza aver consultato il comitato scientifico comunitario per l'alimentazione umana porrebbe in essere un atto illegittimo.

Un primo elemento è dunque che la valutazione del rischio deve essere operata da organi con competenza tecnica e sulla base di dati tecnici, non può essere quindi affidata a suggestioni o a ipotesi non suffragate da dati concreti.

La determinazione delle azioni adeguate dovrebbe sempre iniziare "con la decisione di affidare ad un gruppo di esperti la realizzazione di una valutazione scientifica quanto più possibile oggettiva e completa". In concreto potrà essere redatta una relazione comprendente una valutazione delle conoscenze esistenti e delle informazioni disponibili, oltre ai pareri degli scienziati sull'affidabilità della valutazione e un'indicazione

⁵¹ V., *ex multis*, T.A.R. Lazio, III *quater*, 20 marzo 2006, n. 2001 in *Foro amm. T.A.R.*, 2006; T.A.R. Lazio, II *bis*, 23 giugno 2006, n. 2056.

⁵² Su cui si v. Corte di Giustizia, 14 luglio 1983, C-174/82, *Sandoz*.

⁵³ Su cui si v. Corte EFTA, 5 aprile 2001, *Efta Surveillance Authority/Norvegia*.

⁵⁴ V., *ex multis*, sent. Corte di Giustizia 26/11/2002, causa T-132; Consiglio Stato, sez. VI - 5/12/2002 n. 6657; T.A.R. Lombardia, Brescia, 11 aprile 2005, n. 304, secondo il quale "nonostante sia menzionato nel Trattato solamente in relazione alla politica ambientale, il principio di precauzione ha una sfera di applicazione più ampia, estendendo la propria portata a tutti gli ambiti di azione della Comunità, al fine di assicurare un livello elevato di protezione della salute: (...) Ne consegue che il principio di precauzione può essere definito come un principio generale del diritto comunitario che fa obbligo alle autorità competenti di adottare provvedimenti appropriati al fine di prevenire taluni rischi potenziali per la sanità pubblica, per la sicurezza e per l'ambiente, facendo prevalere le esigenze connesse alla protezione di tali valori sugli interessi economici; (...) la regola della precauzione può essere considerata come un principio autonomo che discende dalle menzionate disposizioni del Trattato"; v. anche sent. T.A.R. Trentino Alto Adige, Trento, 8 luglio 2010, n. 171, secondo il quale deve riconoscersi "la validità del principio di precauzione come criterio interpretativo del sistema giuridico unitariamente considerato".

sulle persistenti incertezze. La relazione potrà anche contenere l'identificazione delle linee di sviluppo delle ricerche scientifiche successive.

Se non fosse disponibile alcun dato attendibile l'amministrazione in linea generale non potrebbe quindi adottare la misura precauzionale: come estrema *ratio* in tale ipotesi la misura precauzionale potrebbe essere adottata solo a condizione che l'efficacia della misura sia limitata nel tempo e che si dia al contempo inizio a studi scientifici.

Tale *modus procedendi* è stato applicato nel noto caso conosciuto dall'opinione pubblica come della mucca pazza (*National Farmers Union*⁵⁵) che può considerarsi il *leading case* in materia di precauzione: in questo caso le misure precauzionali adottate dalla Commissione di divieto di esportazione delle carni bovine dall'Inghilterra sono state ritenute legittime dal momento che la Commissione aveva svolto accertamenti tecnici seri avendo consultato prima di adottare la misura precauzionale i propri organi tecnici (comitato scientifico veterinario e comitato veterinario permanente)

Nella fattispecie il giudice comunitario ha riconosciuto la legittimità della misura precauzionale avendo ravvisato specifici riscontri positivi (o indizi precisi e concordanti) in ordine al nesso di causalità.

Nella valutazione del rischio, dunque, come del resto avviene per l'attività amministrativa ordinaria, l'istruttoria appare come il "cuore" dell'attività: e infatti dopo una serie di sentenze del giudice comunitario (*Sandoz* del 1983⁵⁶, *Hejn* del 1984⁵⁷ e *Fedesa* del 1990⁵⁸) che avevano costruito la decisione precauzionale come una decisione "politica" e quindi del tutto sganciata dagli accertamenti tecnici; passando per altre sentenze nelle quali si inizia ad accennare al ruolo dell'istruttoria (*Motte* del 1985⁵⁹ e *Muller* del 1986⁶⁰) si arriva alla sentenza *National Farmers Union* del 1998 in cui si afferma chiaramente che il rischio che giustifica la misura precauzionale deve essere ragionevole e accertato da apposita istruttoria.

Se da una parte si deve ricorrere ai dati tecnico-scientifici disponibili dal momento che "*a purely hipotetical or academic consideration will not suffice*"⁶¹ (in questa linea la giurisprudenza ha parlato pure di "*apprecia-*

⁵⁵ Corte Giust., 5 maggio 1998, C-157/96, *National Farmers Union*, in *Racc.*, I-2211.

⁵⁶ Corte Giust., 14 luglio 1983, C-174/82, *Sandoz*, in *Racc.*, 1983, 2445.

⁵⁷ Corte Giust., 19 settembre 1984, C-94/83, *Hejin* in *Racc.*, 1984, 3263.

⁵⁸ Corte Giust., 13 novembre 1990, C-331/88, *Fedesa*.

⁵⁹ Corte Giust., 10 dicembre 1985, C-247/84, *Motte*, in *Racc.*, 1985, 3887.

⁶⁰ Corte Giust., 6 maggio 1986, C-304/84, *Muller*.

⁶¹ Corte EFTA, 5 aprile 2001, *Efta Surveillance Authority/Norvegia*.

tion raisonnée” del rischio ritenendo che ogni decisione precauzionale deve essere fondata su indizi seri di rischio “*Begrundeter verdacht*”), dall’altra la decisione precauzionale deve essere proporzionata⁶².

Secondo il giudice comunitario è ben possibile adottare misure di cautela quando vi siano pericoli per la salute, per l’ambiente o per la sicurezza dei consumatori, ma tali misure devono essere le meno restrittive possibili⁶³.

La misura non solo deve essere necessaria, ma anche adeguata al fine che essa intende perseguire, in modo da ottenere il minor sacrificio dei vari interessi coinvolti.

Nell’ipotesi in cui, ad esempio, si sospetti la pericolosità di un prodotto o di un’attività, prima di vietarne del tutto lo svolgimento si dovrà valutare se non possano adottarsi misure meno restrittive (ad esempio un trattamento adeguato, una riduzione dell’esposizione, un potenziamento dei controlli, l’introduzione di limiti provvisori, le raccomandazioni alle popolazioni a rischio, l’etichettatura dei prodotti etc.).

In qualche caso, al fine di valutare la misura da adottarsi si dovrà espressamente tener conto della possibilità di sostituire prodotti o procedimenti con sucedanei che presentino rischi minori; in altri casi la proporzionalità della misura potrà consistere ad esempio nella previsione di un regime di aiuti per le imprese che siano state danneggiate.

Nello stesso tempo l’amministrazione dovrà svolgere un’attenta analisi dei costi/benefici dell’azione attraverso la considerazione e il bilanciamento dei potenziali vantaggi e svantaggi dell’azione/inazione.

L’amministrazione che si trovi a adottare una misura precauzionale avrà lo specifico obbligo di esaminare specificamente non solo i possibili danni ma anche in vantaggi attesi e tale analisi dovrà prendere in esame elementi economici e non dovrà essere calibrata non solo sul breve ma anche sul medio e lungo periodo.

Si potranno accettare rischi elevati solo nell’ipotesi in cui essi siano compensati da benefici altrettanto elevati (ad esempio si potrà vietare la commercializzazione di prodotti dimagranti se vi è anche una minima probabilità di effetti mortali mentre non potrà farsi un analogo discorso per i medicinali anti-tumore).

In ogni caso si richiede all’amministrazione di prefigurare attentamente le conseguenze dell’azione formulando di volta in volta una sorta

⁶² N. DE SADELEER, *Les principes du polluer-payeur, de prévention et de précaution*, Bruxelles, Bruylant, 1999.

⁶³ Corte Giust., 23 settembre 2003, C-192/01, *Commissione/Regno di Danimarca*.

di modello ipotetico di come si svilupperebbero gli eventi a fronte, ad esempio, dell'emanazione o del diniego di una misura precauzionale.

La motivazione appare come il luogo in cui la considerazione dei vari elementi citati deve collocarsi: in essa l'amministrazione deve indicare le varie alternative prese in considerazione, i vantaggi e gli svantaggi di ciascuna, le conseguenze possibili delle varie ipotesi e, soprattutto, l'iter logico-argomentativo che ha seguito per la scelta dell'una o dell'altra alternativa.

Non si può non accennare a un altro interrogativo, relativamente all'individuazione del soggetto su cui incombe l'onere della prova della pericolosità dell'attività, dal momento che anche in esso il principio di precauzione/ragionevolezza gioca un ruolo rilevante

In particolare, per quel che riguarda i provvedimenti favorevoli: si può ritenere vigente il principio per cui si deve autorizzare la commercializzazione di un qualcosa fino a quando qualcuno non ne provi la pericolosità come vorrebbero i produttori (sentenza *EFTA/Regno di Norvegia* del 2001) o, viceversa, si deve negare sempre la commercializzazione fino a quando il produttore non ne provi l'innocuità come vorrebbero le associazioni di consumatori (sentenza *Commissione/Danimarca* del 2003)?

E, allo stesso modo, per quel che attiene ai provvedimenti sfavorevoli: si può ritenere che l'amministrazione debba vietare attività solo nel caso in cui la pericolosità di esse sia stata provata come vorrebbero i produttori; o, viceversa, l'amministrazione deve paralizzare l'attività anche se vi sia una mera possibilità di pericolosità?

La logica binaria tradizionale resta muta di fronte a tali interrogativi: appare infatti praticamente impossibile che il produttore di un bene o di un servizio possa dare la prova d'innocuità dello stesso (possono essere necessari anni di esperimenti per arrivare a conclusioni meno incerte) e, allo stesso tempo, appare altrettanto impossibile che si possa provare completamente la pericolosità di quella attività o di quel prodotto.

Se una prova completa, secondo i canoni tradizionali, non può essere imposta né all'una né all'altra parte, ciò non significa che non si possa richiedere a ognuno una certa parte di prova.

Non si può certamente richiedere la prova d'innocuità dal momento che un livello di rischio zero non esiste e che il rischio non può mai del tutto essere eliminato (sentenza *Solvay* del 2003), ma non si può neppure autorizzare la commercializzazione di qualunque prodotto o la produzione di emissioni etc. senza aver svolto un congruo numero di accertamenti tecnici perché altrimenti verrebbero violati i fondamentali diritti di tutela della salute e dell'ambiente.

Dato dunque che la prova negativa è impossibile, generalmente l'onere della prova incomberà su chi afferma la pericolosità di quella determinata attività.

In altri casi, però, qualora il rischio fosse valutato positivamente da autorità indipendenti (e sulla base di indizi di ragionevolezza) potrà essere imposta una sorta di inversione dell'onere della prova: in questi casi l'onere non sarà più in capo a coloro che vogliono limitare o vietare una determinata attività, quanto invece in capo al produttore che dovrà dimostrare la non pericolosità.

Ancora una volta sarà un'analisi condotta caso per caso a stabilire se sono stati svolti gli opportuni accertamenti, se tali accertamenti sono stati condotti da organi tecnici indipendenti o, comunque, degni di affidamento.

Quando dunque l'art. 301 cod. amb. prevede espressamente che il rischio probabile è quello accertato come tale a seguito di una "valutazione scientifica obiettiva" si può dire che tale norma codifichi gli esiti di una copiosa giurisprudenza europea che si potrebbe sintetizzare in una sorta di "decalogo" della precauzione: 1) si deve sempre partire dai dati tecnico-scientifici disponibili⁶⁴; 2) i risultati da cui si parte devono essere recenti⁶⁵ e devono essere rivisti assai spesso; 3) gli organi che si pronunciano sul rischio devono essere tecnicamente competenti (eccellenza dell'organo tecnico)⁶⁶; 4) gli organi tecnici devono essere indipendenti⁶⁷

⁶⁴ V. Corte EFTA, 5 aprile 2001, *Efta Surveillance Authority/Norvegia*. In tema di rilascio di titoli abilitativi all'edificazione, ove su un'area edificabile sia accertato il rischio di alta pericolosità idraulica, in base ad uno studio scientifico approvato dal Consiglio comunale, il competente organo comunale non potrà rilasciare la concessione edilizia richiesta dal proprietario, ancorché la procedura di variante al PAI, per l'inserimento dell'area fra le zone ad alta pericolosità idraulica, non sia stata conclusa dal competente organo, dovendosi applicarsi il principio generale di precauzione che impone di dare assoluta prevalenza, nel bilanciamento degli interessi coinvolti, alla protezione della salute e dell'ambiente, anche nelle ipotesi in cui il pericolo di rischio idraulico sia solo potenziale (T.A.R. Sardegna, II, 2 settembre 2011 n. 912) in *Foro amm. T.A.R.*, 2011, 2, 899.

⁶⁵ Si v. in giurisprudenza T.A.R., Firenze, Toscana, sez. I, 20 ottobre 2004, n. 5002: "è illegittimo il regolamento urbanistico laddove questo non sia stato corredato da una adeguata indagine geologica (fattispecie nella quale il comune si è avvalso di uno studio ormai obsoleto eseguito nel 1995 e concernente uno strumento urbanistico mai approvato).

⁶⁶ V., *ex multis*, Trib. CE, Sez. III, 11 settembre 2002, T-13/99, *Pfizer Animal Health SA/Consiglio*.

⁶⁷ V., ancora, Trib. CE, Sez. III, 11 settembre 2002, T-13/99, *Pfizer Animal Health SA/Consiglio*; in materia di pianificazione territoriale e V.A.S., v. T.A.R. Lombardia, sent. n. 15269/2010, secondo la quale "dall'esame della disciplina legislativa di recepimento della direttiva 2001/42/Ce si deve ritenere che nel procedimento della VAS relativo al

(indipendenza dell'organo tecnico); 5) vi deve essere un numero ragionevole di pareri tecnico-scientifici⁶⁸; 6) per la decisione dell'organo tecnico collegiale non vale il principio della maggioranza⁶⁹; 7) l'onere della prova in ordine al rischio spetta alla p.a.⁷⁰; 8) occorre svolgere un'analisi costi benefici⁷¹; 9) la misura deve essere proporzionata⁷²; 10) la motivazione deve dare ampio conto di quanto innanzi espresso⁷³.

Tale decalogo costituisce una sorta di test a cui devono essere sottoposti tutti gli atti di valutazione del rischio.

6. *La necessità di un atto in cui si esprima la valutazione del rischio*

Dopo aver delineato i caratteri della precauzione e della prevenzione, si può ora provare ad esaminare le loro relazioni con la programmazione.

Se, come si è visto, la precauzione involge il rapporto con il rischio, si deve, innanzitutto, precisare che la programmazione (si pensi alla pianificazione territoriale) da sempre si confronta (o si dovrebbe confrontare) con i rischi di origine naturale⁷⁴, mentre solo più di recente è stata

PGT nella scelta dell'autorità competente l'autorità procedente deve individuare soggetti pubblici che offrano idonee garanzie non solo di competenza tecnica e di specializzazione in materia di tutela ambientale, ma anche di imparzialità e di indipendenza rispetto all'autorità procedente, allo scopo di assolvere la funzione di valutazione ambientale nella maniera più obiettiva possibile, senza condizionamenti – anche indiretti – da parte dell'autorità procedente. Qualora quest'ultima, infatti, individuasse l'autorità competente esclusivamente fra soggetti collocati al proprio interno, legati magari da vincoli di subordinazione gerarchica rispetto agli organi politici o amministrativi di governo dell'Amministrazione, il ruolo di verifica ambientale finirebbe per perdere ogni efficacia, risolvendosi in un semplice passaggio burocratico interno, con il rischio tutt'altro che remoto di vanificare la finalità della disciplina sulla VAS e di conseguenza di pregiudicare la corretta applicazione delle norme comunitarie, frustrando così gli scopi perseguiti dalla Comunità europea con la direttiva 2001/42/Ce, come quello di salvaguardia e promozione dello "sviluppo sostenibile", espressamente enunciato all'art. 1 della direttiva".

⁶⁸ Corte Giustizia, 21 marzo 2000, C-6/99, *Greenpeace France*.

⁶⁹ Corte Giustizia, 13 dicembre 2001, C-1/00, *Commissione/Francia*.

⁷⁰ V., *ex multis*, Corte Giustizia, 1 aprile 2004, C-286/02, *Bellio*; Corte Giustizia, 23 settembre 2003, C-192/01, *Commissione/Regno di Danimarca*.

⁷¹ Tribunale CE, 26 novembre 2002, T-74/00, *Artegoda*.

⁷² Corte Giustizia, 23 settembre 2003, C-192/01, *Commissione/Regno di Danimarca*.

⁷³ Corte giustizia, Grande Sez., 9 marzo 2010, *ERG e a.*, C-379/08; Cons. di Stato, VI, 12 gennaio 2011, n. 98.

⁷⁴ Peraltro, "la mancanza di un piano di tutela delle acque non costituisce ragione ostativa alla valutazione del rischio idrogeologico e quindi all'eventuale autorizzazione della

chiamata a confrontarsi anche con quelli artificiali, cagionati dalle attività umane e dai progressi tecnologici.

Vi sono, dunque, due principali categorie di rischio con cui la programmazione deve misurarsi: i rischi naturali e i rischi tecnologici. I primi sono quelli con cui classicamente e tradizionalmente si è confrontata la pianificazione: idrogeologico, sismico, vulcanico, incendi, moto ondoso (si tratta di quelli che potrebbe essere definiti come i “vecchi rischi” ma non per questo meno importanti); i secondi sono quelli legati all’attività dell’uomo che appaiono sempre crescenti nella società tecnologica attuale: impianti pericolosi, emissioni elettromagnetiche, organismi geneticamente modificati etc. (nuovi rischi).

Ebbene in tutte le ipotesi di rischio, naturale o tecnologico, che si sono citate, una corretta applicazione dei principi di precauzione e prevenzione vorrebbe che vi fosse sempre un atto in cui si riassume la valutazione scientifica obiettiva.

Di tale atto bisognerebbe poi tener sempre conto in sede di pianificazione, soprattutto ove esso non costituisca un allegato tecnico al piano. Di conseguenza, ne dovrebbe sempre derivare l’illegittimità della pianificazione/programmazione che non abbia considerato e non si sia fondata su tale atto.

È necessario poi che gli atti di valutazione scientifica obiettiva del rischio vengano, non soltanto resi pubblici e messi a disposizione dei privati, bensì redatti in modo trasparente, chiaro, e comprensibile, in modo da poter essere eventualmente compresi anche dal pubblico e sindacati, anche in sede giudiziaria (tale trasparenza è richiesta soprattutto in materie ad elevata tecnicità, altrimenti si finisce per dar vita a zone di insindacabilità).

Ovviamente, affinché risultino pienamente legittimi, è necessario che gli atti di valutazione scientifica obiettiva con cui l’amministrazione gestisce – facendo applicazione dei principi di precauzione e prevenzione – il rischio, vengano sottoposti al test di cui al decalogo precauzionale sopra esposto.

E così, ad esempio, applicando tale test al rischio idrogeologico, dal momento che i piani di bacino vengono adottati dalla Conferenza istituzionale permanente, organo dell’Autorità di bacino, che ha una composizione politica (Ministro ambiente, Infrastrutture e trasporti, sviluppo economico, Presidenti Regioni e Province) e che il piano viene poi ap-

realizzazione di una centrale, ma determina che il rischio debba essere in concreto valutato in relazione allo specifico intervento da assentire”; Consiglio Stato, Sez. VI, 04 giugno 2004, n. 35059.

provato dal Presidente del Consiglio dei Ministri il test di cui al decalogo non potrebbe essere superato dal momento che manca l'eccellenza e l'indipendenza dell'organo che compie la valutazione precauzionale.

7. Conclusioni

Si era aperta la presente trattazione con alcuni interrogativi sulle relazioni tra precauzione, prevenzione e programmazione.

Alla luce di quanto detto la risposta è chiara e confermata dalla stessa giurisprudenza: *“la portata del principio in esame (di precauzione, n.d.r.) può riguardare la produzione normativa in materia ambientale o l'adozione di atti generali ovvero, ancora, l'adozione di misure cautelari (T.A.R. Piemonte, sent. n. 2294/2010).*

Qualsiasi attività amministrativa, sia che si sostanzi in atti generali (come quelli di programmazione), sia che si sostanzi in atti puntuali deve “passare” attraverso le forche caudine della valutazione del rischio, anzi tale valutazione deve tendenzialmente essere anticipata al momento della programmazione e solo nel caso in cui non sia stata posta in essere deve essere contenuta nel singolo atto di amministrazione.

Il luogo per eccellenza della valutazione del rischio, il luogo di applicazione prioritaria del principio di precauzione (ma anche di quello di prevenzione) è proprio l'attività di programmazione e di pianificazione.

La valutazione del rischio nel singolo atto è solo un rimedio. La giurisprudenza lo ha chiarito bene: se il rischio non viene valutato dal piano deve essere valutato in concreto da un singolo atto di autorizzazione: *“la mancanza di un piano di tutela delle acque non costituisce ragione ostativa alla valutazione del rischio idrogeologico e quindi all'eventuale autorizzazione della realizzazione di una centrale, ma determina che il rischio debba essere in concreto valutato in relazione allo specifico intervento da assentire”* (Cons. Stato sez. VI, 04 giugno 2004, n. 35059).

È chiaro dunque che la valutazione tecnico scientifica obiettiva è elemento imprescindibile di qualsiasi azione dell'amministrazione⁷⁵, un

⁷⁵ V. sul punto sent. T.A.R. Trentino Alto Adige n. 171, 2010, cit., secondo il quale *“secondo il parere dello stesso ISS e pur non essendo prevista dalla normativa introdotta dal D.lgs. 152/2006 la concentrazione di riferimento per l'MTBE, essa altererebbe dal punto di vista organolettico la proprietà dell'acqua, non dovrebbe comunque superare nelle falde acquifere sotterranee il valore di 10 microgrammi/litro (...) A tale conclusione la difesa della ricorrente oppone che l'MTBE non è una sostanza inclusa nelle tabelle allegate al citato D.Lgs. 152/2006, per cui tale lacuna non potrebbe essere colmata con un'operazione di in-*

passaggio procedimentale obbligato, e che essa trovi la sua sede ideale nella programmazione, dal momento che in essa è più facile dare applicazione a quello che si è denominato il “decalogo della precauzione”.

Si era iniziato questo contributo richiamando la relazione tra i due principi che si muovono tra presente e futuro, mentre si diceva che la programmazione è un concetto che viene dal passato: ebbene grazie soprattutto al diritto ambientale si può dire che anche la programmazione sia tornata oggi di estrema attualità.

Dopo la fase risarcitoria/riparatoria/reattiva (espressa dal principio chi inquina paga), dopo quella preventiva/anticipatoria (espressa dal principio di prevenzione), dopo quella precauzionale (espressa dal principio di precauzione) forse dobbiamo prendere consapevolezza che l'ordinamento europeo *in primis* (e al suo seguito quello nazionale) ci stanno conducendo per mano nella fase del futuro, quella dell'approccio integrato in cui campeggia il principio di integrazione richiamato dall'art. 11 TFUE e che emerge in controluce nel recente pacchetto sull'economia circolare.

È una fase totalmente nuova in cui si tratterà di ricostruire il sistema con paradigmi diversi e ciò rappresenterà una fortuna per coloro che si cimenteranno in tale ardito compito dal momento che, con parole di Pugliatti⁷⁶, “è fortunata la generazione che non è condannata alla condizione del giardiniere che ritocca per la millesima volta le aiuole ma piuttosto ha il privilegio di dover trasformare in giardino una sterpaglia; anche se dovrà sconvolgere la terra e duramente lavorare e faticare prima di vedere la propria opera compiuta”.

tegrazione svolta dall'amministrazione, anziché dal Legislatore. Tuttavia tale rilievo non tiene, a parere del Collegio, in adeguato conto il principio di precauzione, di genesi comunitaria e vigente nell'ordinamento, che ben torna invocabile ogni volta che, pur a fronte di una carente base normativa e dunque di un possibile ritardo da parte del Legislatore nel prendere atto del costante progresso della scienza, sia ragionevolmente ipotizzabile l'esistenza di un rischio non tollerabile”.

⁷⁶ S. PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici*, in *Riv. dir. comm.*, 1941, 1, 197 ss.

ANTONIO BARONE

THE “RISK SOCIETY”:
A NEW CONCEPT FOR THE PRINCIPLE OF LEGAL
CERTAINTY?

SUMMARY: 1. The risks “from scientific uncertainty”. – 2. The “reserve of Administration”. – 3. The “reflexive” Administration. – 4. A new concept of the principle of legal certainty?

1. *The risks deriving from “scientific uncertainty”*

The theory of the “risk society” has its core in the dangers to health and environment deriving from the relationship among: firms, competition, market and production. It shifts the attention from firms’ entrepreneurial choices to the creation of “social exposures to risk”¹.

There, indeed, exists an unbreakable correlation between enterprise risks, based on techno-economic choices², and citizens and consumers’ unaware and accidental exposure to new risks³. Such risks, often called “glocals” and “deriving from technological unknowns”, concern men, animals, plants, health and even the wellbeing and balance of the environment; they go beyond national borders but have local effects⁴. These are risks stemming

¹ See U. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp Verlag AG, Frankfurt, 1986.

² U. BECK, *From Industrial Society to the Risk Society: Questions of Survival, Social structure and Ecological Enlightenment*, in M. Featherstone (e.b.), *Cultural Theory and Cultural Change*, SAGE Publications, London, 1992, 98 (arguing that «risks presume industrial, that is, techno-economic decisions and considerations of utility»).

³ Beck does not precisely distinguish between “danger” and “risk”, as have done other prominent sociologists: N. LUHMANN, *Soziologie des Risikos*, Walter de Gruyter Eds., Berlin, 1991. Also legal scholarship gives particular attention to the distinction between risk and danger, sometimes without converging reasons: J. ESTEVE PARDO, *Privileged Domain in risk treatment: Risk and Health*, in *Revue Europeenne de Droit Public*, Vol. 15, n. 1, 2003, 110; M. BRENNER, A. NEHRIG, *Public Law and Risk in Germany*, in *Revue Europeenne de Droit Public*, Vol. 15, n. 1, 2003, 306-309; M. BRENNER, *The risk in Administrative Law*, Annual Meeting of the “San Giustino” Association, European Research Doctorate in Administrative Law, Catania, 24/6/2005. Being aware of the many distinctions between risk and danger, this essay uses the two terms interchangeably.

⁴ On the relation between the global dimension and the local one, see R. ROBERTSON, *Globalization: Social Theory and Global Culture*, Sage, London, 1992.

from modernization, produced by an industrial system strongly based on applied scientific research⁵.

Nowadays, science tends to lose its autonomy, blending itself into technique⁶ and, in the meantime, fails to deliver “certainties” on how to best face and neutralize the risks it (more or less directly) creates itself⁷. Therefore, risk calculation, as defined so far by science and legal systems, is likely to crumble⁸.

In modern and complex techno-industrial systems, the risk (likelihood) of accident is not only unavoidable; it even becomes “normal”⁹.

Examples of fields requiring trade-offs between demands of economic production and the need to guarantee the safety and freedom of individuals and communities are many, e.g.: air and electromagnetic pollution, water safeguard, waste management, risky industrial activities, Genetically Modified Organisms and Micro-Organisms, food safeguards, drugs for human consumption, and so on¹⁰.

In this context, European legal scholarship has already

⁵ M. CINI, *Un paradiso perduto. Dall'universo delle leggi naturali al mondo dei processi evolutivi*, Feltrinelli, Milan, 1994, 265. For a legal assessment, see F. SALVIA, *Considerazioni su tecnica e interessi*, in *Diritto Pubblico*, 2002, 603-605.

Risks from scientific uncertainty can also affect economic freedom. Economic freedom, in fact, is not exclusively “positive” (freedom “of”), but also has some typical features of “negative” freedoms (freedom “from”). For example, the freedom to grow biological or conventional agriculture also affects the freedom to grow transgenic agriculture (GMO) that can contaminate and even destroy the typical features of biological and conventional crops.

⁶ S. AMSTERDAMSKI, *Scienza*, in *Enciclopedia Einaudi*, Vol. 12, Einaudi, Turin, 1981, 550-551; M. CINI, *Un paradiso perduto*, cit., 265.

⁷ F. FUKUYAMA, *Our Posthuman Future*, Profile Books Eds, London, 2002.

⁸ On these aspects see P.L. BERNSTEIN, *Plus forts que les Dieux – La remarquable histoire du risque*, Flammarion, Paris, 1998.

⁹ C. PERROW, *Normal Accidents*, Paperback Eds, Princeton, 1993.

¹⁰ Some examples of the wide range of the phenomena at issue is provided by: C. HOOD, H. ROTHSTEIN, R. BALDWIN, *The Government of risk. Understanding Risk Regulation Regimes*, Oxford Scholarships, Oxford, 2001; AA.VV., *Lessons from early warnings: the precautionary principle 1896-2000*, Environmental issue report no. 22, European Environmental Agency, Copenhagen, 2001; D. LUPTON, *Risk*, Routledge, London, 1999. Such risks for human health and the environment are in addition to other risks typical of the modern era. The “globalized” economy, in fact, suffers from a “financialization” process, which draws a great zone of transfer risks as it is true that “the main aspect of finance is the management of risk”: see R.J. SHILLER, *The new financial order*, Paperback, Princeton, 2003; I.M. MARINO, *Diritto amministrativo e globalizzazione*, in *Dir. econ.*, 2005, 25 et seq.

acknowledged the need to address (and assess) these "new" dangers facing society as a whole, leaving aside traditional thinking on risks deriving from natural phenomena (for example, seismic risk) or that are willingly taken (e.g., contractual risk, enterprise risks). The latter also encompass the risks inherently coming from the market system and unwillingly taken by consumer-citizens¹¹.

As is well known, the precautionary principle is the basic principle of action by public powers in cases of scientific uncertainty¹². This essay

¹¹ The *Revue Européenne de Droit Public* devoted its Vol. 15, n. 1, 2003, on the point, *Droit Public et risque*, with sages of M. FRANC, H.H. TRUTE, J. ESTEVE PARDO, G. SIOUTIS, A. BIANCHI, J.B. AUBY, M. STELZER, A. HAUSER-C. RASCHHOFFER, C. THIEBAUT, M. GÖTZE-J.E. RYTTER, P. GONOD, M. BRENNER-A. NEHRIG, C.A. PÉTROU, T.J. O'DOWD, A. TRAVI, T. ZWART-F. GOUDAPPEL, C. AMDO GOMES-A.M. GUERRA MARTINS, L. MORAL SORIANO, G. EDELSTAM, G. ANTHONY, G. DELLIS, E. FISHER. The 2005 "Rapport public" of the French Conseil d'État is titled "Responsabilité et socialisation du risque"; it also contains the notes of J.B. AUBY, F. EWALD, D. FAIRGRIEVE, O. GODARD (http://www.conseil-etat.fr/ce/rapport/index_ra_li0502.shtml). For Italian legal doctrine, see R. FERRARA, I.M. MARINO, *Gli organismi geneticamente modificati. Sicurezza alimentare e tutela dell'ambiente*, Cedam, Padua, 2003; A. BARONE, *Il diritto del rischio*, II ed., Giuffrè, Milan, 2006; F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Giuffrè, Milan, 2005; A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Il Mulino, Bologna, 2008.

Facing the "recent" interest of European legal doctrine on the issue of the risk coming from the technological unknown, the US legal system has been one of the first systems to consider the consequences of economic development. From the 60s, when industrial capitalism has become ready, the northern American experience has been characterized by the adoption of new and original solutions concerning security, public health and the environment. On the point see D. VOGEL, *The politics of Risk regulation in Europe and the United States*, in <http://faculty.baas.berkeley.edu/vogel/uk%20oct.pdf>; C.R. SUNSTEIN, *Risk and Reason: Safety, Law and the Environment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004; ID., *Laws of fear*, New York, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

¹² German legal doctrine has dedicated considerable attention to the study of this principle. Among others, see T. DARNSTÄDT, *Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge: eine Untersuchung über Struktur und Bedeutung der Prognosestatbestände im Recht der öffentlichen Sicherheit und Ordnung*, Metzner, Frankfurt, 1983; H.W. RENGELING, *Der Stand der Technik bei der Genehmigung umweltgefährdender Anlagen*, Heymans, Köln, 1985; A. REICH, *Gefahr, Risiko, Restrisiko: das Vorsorgeprinzip am Beispiel des Immissionsschutzrechts*, Scherben Sie Eds, Düsseldorf, 1989; E. REHBINDER, *Vorsorgeprinzip im Umweltrecht und präventive Umweltpolitik*, in U.E. SIMONIS (e.b.), *Präventive Umweltpolitik*, Springer, Frankfurt am Main – New York, 1988, 129 et seq. E. REHBINDER, *Prinzipien des Umweltrechts in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts: das Vorsorgeprinzip als Beispiel*, in *Festschrift für Horst Sendler, Siebeck Eds*, München, 1991, 269 et seq.; K.H. LADEUR, *Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft: von der Gefahrenabwehr zum Risikomanagement*, Springer, Berlin, 1995; C. CALLIES, *Rechtsstaat und Umweltstaat*, Siebeck Eds, Tübingen, 2001.

analyses aims to emphasise the “procedural” character precautionary principle, which is strictly linked with the concept of the “reflexive” Administration. The research will be conducted through the analysis of the EU law. Moreover, inside the “Administrative law Community”¹³, I will try to point out some major consequences of European Administrative law on the Italian Administrative law system.

2. The “reserve of Administration”

Facing the turbulent evolution of techno-scientific knowledge, the need has been acknowledged to set aside the several traditional methods of scientific risk evaluation as well as social value considerations¹⁴. EU law has already applied this kind of reasoning for example in the fields of biotechnologies and food safeguards; indeed, both regulations explicitly state the need to also take into account ethical considerations¹⁵.

For French doctrine see N. DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution*, Creative Commons Eds, Paris, 1999; G. CANS, *Le principe de précaution, nouvel élément du contrôle de légalité*, in *RFD adm.* 1999, 750 et seq.; K. FOUCHER, *Principe de précaution et risque sanitaire: recherche sur l'encadrement juridique de l'incertitude scientifique*, *Revue Juridique de l'Environnement*, 1, 2004, 116 et seq.; C. NOIVILLE, *Du bon gouvernement des risques. Le droit et la question du “risque acceptable”*, Presses univ. de France, 2003; A. GOSSEMENT, *Le principe de précaution: essai sur l'incidence de l'incertitude scientifique sur la décision et la responsabilité publique*, *Logiques Juridiques*, Paris 2003; F. EWALD, C. COLLIER, N. DE SADELEER, *Le principe de précaution*, *Logiques Publ.* ed, Paris, 2003.

For British doctrine, see T. O'RIORDAN, J. CAMERON (e.b.), *Interpreting the Precautionary Principle*, London, 1994; T. O'RIORDAN, J. CAMERON, A. JORDAN (e.b.), *Reinterpreting the Precautionary Principle*, Cameron Eds., London, 2001; E. FISHER, *Risk regulation and Administrative Constitutionalism*, London, Hart Publishing, 2007.

¹³ This definition is by J. SCHWARZE, *European Administrative Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 42, No. 2 (Spring, 1994) 449-452, London, 1992, 3 et seq. According to M.P. CHITI, *Monismo o dualismo in diritto amministrativo: vero o falso dilemma?*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2001, 301 et seq., Community law is “mainly administrative law”.

¹⁴ Cfr. E. FISHER, *Drowning by Numbers: Standard Setting in risk Regulation and the Pursuit of Accountable Public Administration*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 20, n. 1 (2000), 123-124 e 129-130.

¹⁵ On this point, see the “whereas” no. 9 of EC Directive 2001/18, on the wilful emission in the environment of Genetically Modified Organisms, “the respect of ethical principles recognised in a Member State is particularly important. Member States may take into consideration ethical aspects when GMOs are deliberately released or placed into the market as or in products”.

Indeed, the EU legal system stresses the importance of legal values (human security, health, environment) and principles (precaution, subsidiarity, proportionality, preventive actions, "polluter-pays", good faith, etc.) over precise legislative provisions, typical of the Continental legal system (Administrative law systems). This also affects the traditional centrality of the law in Continental legal systems; with this centrality tending to flow backwards as much as values and principles grow important. The latter are recognised by Constitutional rules and EU laws¹⁶ and nowadays find concrete fulfilment through the action of all social actors¹⁷.

The crisis of the traditional principle of lawfulness, exacerbated by the ever-greater obsolescence of legal rules also due to techno-scientific evolution, increases the need for a "reserve of Public Administration"¹⁸.

According to the "whereas" n. 19 of EC Regulation n. 178/2002 (laying down the general principles and requirements of food law, establishing the European Food Safety Authority and laying down procedures in matters of food safety): "It is recognised that scientific risk assessment alone cannot, in some cases, provide all the information on which a risk management decision should be based, and that other factors relevant to the matter under consideration should legitimately be taken into account including societal, economic, traditional, ethical and environmental factors and the feasibility of controls".

¹⁶ Principles must really develop in the action of public and private subjects and must be affirmed by judicial interpretation: see I.M. MARINO, A. BARONE, *The responsible governance of risk in the European Union*, IIAS Conference, Public Administration and Private Enterprise Co-operation and Regulation, Berlin, 20-23 September 2005. The issue of the relationship between judges and science presents several interesting profiles and deserves to be expanded beyond the borders of the investigation of this essay. On this matter, referring to the American experience, see S. JASANOFF, *Science at the bar: law, science, and technology in America*, Harvard University Press, Harvard, 1995.

¹⁷ Concerning effect of the precautionary principle on the firms, see *infra* par. 4. On these matters, see in general K.H. LADEUR, *The changing role of the Private in Public Governance. The erosion of Hierarchy and the rise of a New Administrative Law of Cooperation. A comparative Approach*, European University Institute, Working Paper, LAW, n. 2002/9, www.iue.it; ID., *The theory of Autopoiesis as an Approach to a Better Understanding of Postmodern Law. From the Hierarchy of Norms to the Heterarchy of Changing Patterns of Legal Inter-relationships*, European University Institute, Department of Law, Working paper n. 99/3, www.iue.it.

¹⁸ In the Italian legal doctrine, the crisis of the traditional principle of lawfulness is pointed out by: F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enciclopedia del Diritto*, Aggiornamento, Vol. VI, Giuffrè, Milano, 2002, 82-85; I.M. MARINO, *Profili interpretativi dell'autonomia comunale*, in *Nuove Autonomie*, 2000, 891 et seq.; ID., *Giurisdizione esclusiva e Costituzione*, in V. PARISIO, A. PERINI (Ed.), *Le nuove frontiere della giurisdizione esclusiva. Una riflessione a più voci*, Giuffrè, Milano, 2002, 15. E.

Indeed, administrative activity contributes primarily to the formation (“development”) of “risk law”, as the continuous balance of private and public interests within administrative proceedings increases the effectiveness of values and principles¹⁹. Not only is such “reserve of administration” one way the legal system easily adapts legal *datum* to techno-scientific developments; it also creates a “new democracy” within the administrative system, as it opens its proceedings to the contributions of private individuals, even in the fields traditionally considered the *dominium* of technique²⁰.

Moreover, the “reserve of administration”, is the most appropriate way to effectively apply a “case by case” approach (*i.e.*, the mainstay of precautionary strategies according to EU law²¹) to risks stemming from scientific uncertainty.

EU law, through the different models of European administrative integration (e.g., “indirect execution” and “co-administration”²²), gives a

GARCÍA DE ENTERRÍA, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas Ediciones, Madrid, 1999.

¹⁹ On the relationship between law and administration in “risk law”, see H.H. TRUTE, *From Past to Future Risk – From Private to Public Law*, in *Revue Européenne de Droit Public*, Vol. 15, n. 1, 2003, 98-101.

²⁰ Sociological literature has pointed out the importance of public participation in decision making of high technical complexity; see A. IRWIN, *Citizen Science. A Study of People, Expertise and Sustainable Development*, in *Science, Technology & Human Values*, Vol. 22, No. 4, Autumn, 1995, 525-527.

²¹ For example, according to art 4, 3rd par. of Directive 2001/18, on the intentional issue in the environment of GMO, «Member States and, where appropriate, the Commission shall ensure that potential adverse effects on human health and the environment, which may occur directly or indirectly through gene transfer from GMOs to other organisms, are accurately assessed on a case-by-case basis».

²² Regarding “indirect fulfilment”, the “sincere cooperation” foreseen by art 4(3) TEU mandates Member States to adopt all suitable administrative measures to allow the fulfilment of EU rules. On the contrary, “co-administration” is characterized by the attribution of the “legal ownership” of the function to two different levels, EU and national, that are strictly linked together. EU and national authorities, in fact, work closely together (as though they shared a sole function) and according to a relationship of “necessity” (such as the activity of one subject being necessary for the activities of the other ones). In this way, co-administration is made through procedures that have national and EU phases, allowing each subject to be entitled to evaluate all the interests at stake. On these aspects, see E. CHITI, C. FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa europea*, Il Mulino, Bologna, 2003. Moreover, as we have already highlighted, the difference between the several ways to fulfil EU law cannot be overstressed, as even when fulfilment is implemented by national authorities, they are deeply conditioned by EU law and work as “common organisms” of European legal system. See M.P. CHITI, *Diritto Amministrativo Europeo*, Giuffrè, Milan, 1999, 176-177.

central role to the administrative power in the assessment and regulation of new risks deriving from scientific uncertainty. Specifically, EU regulations on risks from technological unknowns establish that administrative authorization proceedings must apply a “case by case” approach, thereby taking into account not only the specific peculiarities of each industrial activity and their related risks, but also the development of “best available technologies” or the possible consideration of “new scientific information”.

3. *The “reflexive” Administration*

The precautionary approach does not prevent the re-evaluation of risk-management measures in light of the evolution of the scientific *datum*²³. Indeed, the procedures for re-assessing precautionary measures occur in a *continuum* that escapes traditional differences between proceedings of “first” and “second” degree. Therefore, a peculiar aspect of the “procedural” character of the precautionary principle lays specifically in the re-assessment and renewal of authorization provisions.

Precautionary measures are, indeed, provisional²⁴ and subject to review upon acquisition of “new scientific information” or the development of “best available technologies”²⁵.

These profiles can be found in cases of both co-administration and “indirect” execution of EU law. In both cases, the evolution of the techno-scientific *datum* throws the attention to the moment, following the end of the administrative proceeding, implementing the authorization provision.

Regarding the co-administration process, after the granting of

²³ On this point, see R. FERRARA, *La protezione dell'ambiente e il procedimento amministrativo nella “società del rischio”*, in D. DE CAROLIS, E. FERRARI, A. POLICE (curated by), *Ambiente, attività amministrativa e codificazione*, Giuffrè, Milan, 2005, 763.

²⁴ For example, the authorization to commerce of a medicine for human use lasts 5 years (art. 24 of EC Directive 2001/83), the approval of a GMO or a progeny of that GMO intended only for the marketing of their seeds or GM foods cannot last more than 10 years (respectively art. 15, par. 4, of EC Directive 2001/18 and art. 7, par. 5 of EC Regulation n. 1829/03). Italian Legislative Decree n. 372, 4 August 1999, enforcing EC Directive 96/61, states that the temporal effectiveness of the Integrated Pollution Prevention and Control is of 5 years (art. 7). The latter is confirmed by Legislative Decree n. 59, 18 February 2005 (art. 9) repealing Legislative Decree n. 372, 4 August 1999.

²⁵ European Commission, *Communication on the precautionary principle*, available on the website www.eur-lex.europa.eu, 21-22.

authorization, new information on potential dangers for human health and the environment can lead to the establishment of a complex risk-management procedure, culminating in a decision by the European Commission. This happens in the case a Member State demands to re-examine an authorization provision having effects at EU level²⁶, including national “safeguard” measures.

In this regard, for example, art. 23 of EC Directive 2001/18, on the “commerce of GMO or of products containing GMO” allows, according to art. 114, par. 10, of TFEU, to implement national provisions forbidding or limiting temporarily the use or sale of a particular genetically modified product on national territory²⁷. As the Directive clarifies, this happens when: “a Member State, as a result of new or additional information made available since the date of the consent and affecting the environmental risk assessment or reassessment of existing information on the basis of new or additional scientific knowledge, has detailed grounds for considering that a GMO as or in a product which has been properly notified and has received written consent under this Directive constitutes a risk to human health or the environment, that Member State may provisionally restrict or prohibit the use and/or sale of that GMO as or in a product on its territory”²⁸.

Moreover, in case of a “severe risk” the Member State can pass emergency measures such as suspension or termination of the placing on the market, including informing the public²⁹. Once the safeguard clause is adopted, the Member State informs the Commission and the other Member States, justifying its decision and providing a new evaluation judgment on the environmental risks. The decision to either maintain or withdraw the national precautionary measure will be taken at EU level, through a special “committee procedure”³⁰.

²⁶ For example, EC Directive 2001/83 on “a community code for medicines for human use”, allows every Member State to activate a procedure to modify, suspend or withdraw the “decentralized” authorization to commerce a medicine.

²⁷ Safeguard provisions are also available for pharmaceutical products. See art. 18 of the EC Regulation n. 2309/93, and art. 36, par. 2, of EC Directive 2001/83.

²⁸ Art. 23, par. 1, of EC Directive 2001/18.

²⁹ Art. 23, par. 1, of EC Directive 2001/18.

³⁰ Art. 30 of EC Directive 2001/18. European Court of Justice case law has progressively elaborated the requirement of admissibility for national precautionary provisions. The Court of Justice, in a sentence on food safety, stated that “the safeguard measure taken in force of the safeguard clause cannot be validly alleged only with a hypothetical approach to the risk, based on simple suppositions which are not yet scientifically verified.” The examined precautionary provisions, in fact, suggest “that the evaluation of the risks at the disposal of national authorities has specific evidence that,

Initiating a re-examination procedure and applying a safeguard provision must be based both on new scientific information on potential risks for health and the environment. In any case, the European Administration has a duty to evaluate any such new information though the procedure laid out in art. 265 of TFEU³¹.

As far as indirect execution of the EU law is concerned, art. 8 of EC Directive 2001/18, imposes a duty on administrations to evaluate new information on new or graver risks for human and animal health and for the environment.

Moreover, this requirement is also found in EC Directive 2004/35, on the prevention and remedying of environmental damage. In particular, art. 12 of the Directive entitles several parties facing the threat of an "environmental damage" to request the competent authority to take action. Relevant administrations are, therefore, bound to evaluate the data they receive and to take precautionary measures whenever necessary.

Nevertheless in Italian law, the duty to evaluate information coming from "third" (public or private) actors who were not parties to already-adjudicated administrative proceedings, clashes with the consolidated restrictive case law of the *Consiglio di Stato*, which denies, in the lack of specific legal provisions, the existence of an obligation upon public powers to decide on requests to re-examine administrative provisions.

This kind of interpretation has its *ratio* in the rule of the incontestability of provisions once the terms have expired³². Besides, in the Italian legal system, temporary character of administrative decisions' is traditionally determined through administrative "*autotutela*"³³, i.e.

without excluding scientific uncertainty, allow them to reasonably conclude, according to the most reliable available scientific data coming from the recent results out of international research, that the fulfilment of these measures is necessary to avoid to commerce new foods which are potentially dangerous for human health". See European Court of Justice, case C-236/01 (judgment of 9 September 2003) in *Foro italiano*, 2003, V, 245-251, with critical remarks by A. BARONE (*Organismi geneticamente modificati, e precauzione: il «rischio» alimentare tra diritto comunitario e diritto interno*). On these matters, see also C. MACMAOLÁIN, *Using the precautionary principle to protect human health: Pfizer v Council*, in *European Law Review*, 2003, 723 et seq.; P. DĄBROWSKA, *Risk, precaution and the internal market: Who won the day in the recent Monsanto judgement of European Court of Justice on GM foods?*, in *German Law Journal*, 2003, www.germanlawjournal.com.

³¹ M.P. CHITI, *Diritto Amministrativo Europeo*, cit., 387-390.

³² For a critical analysis of this case-law see M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Giappichelli, Turin, 1999, 173-179.

³³ See A. BARONE, *Il diritto del rischio*, cit., 166 et seq.

discretionary powers exercisable only *ex officio*, hence never through other parties' initiative.

EU law also affects the Italian legal system with respect to the obligation to evaluate new scientific information³⁴, a requirement that is today justiciable through the new procedures available against the "silence/inaction" of the Administration³⁵.

In the European administrative integration process, the re-examination of public decisions adopted in situations of scientific uncertainty reflects the idea of a permanent correspondence between the administrative function and the public interest (in cases of human and environmental safety). Because of such on-going correspondence, the administrative function cannot be fossilized in one single administrative provision (e.g., the authorization), but rather must adapt to the (ever-changing) need of the public interest. Such an idea also shows the need to reconsider the principle of continuity: from an organization-based moment to a functional one.

The authorization of an industrial activity potentially harmful to human and animal health or the environment initiates an administrative relationship that is "unstable" *ab origine*. Such a relationship with the Administration has a "procedural" character (maintained even after the granting of the), which is characterized by a permanent modification of the administrative function. Therefore in a risk-based logic, all procedures of authorization, renewal and re-examination cannot be strictly separated one from the other and take the shape of an administrative function that gradually and permanently creates the features of the very administrative relationship itself³⁶. This happens along a *continuum* that seems not to distinguish between procedures of "first" or "second" degree.

³⁴ The impact of the European Administrative law on the Italian legal system goes beyond the acknowledgment of the EU rules. See in particular: art. 11 of legislative decree of 8 July 2003, n. 224 (which acknowledges art. 8 of the EC Directive 2001/18); art. 9 of legislative Decree of 18 February 2005 n. 59 (which acknowledges art. 11 and 13 of the EC Directive 96/61); art. 309 of legislative Decree of 3 April 2006, n. 152 (which acknowledges art. 12 of the EC Directive 2004/35).

³⁵ Not by chance, art. 310 of Italian legislative decree of 3 April 2006, n. 152, explicitly calls "*silenzio-inadempimento*" the *inertia* of the Minister of the Environment and of the Territory Safeguard in front of a "claim for a State intervention". According to art. 2, 4th par., of the law n. 241 of 1990, as modified by law n. 80 of 2005, the administrative judge, in a trial on the silence of the authority, can know the merits of the case.

³⁶ These arguments are based on the study of F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118 et seq.

Similarly, risk management too cannot be exhausted in the single authorization procedure. Risk management sets itself aside from the single administrative procedure and performs its many potentialities before, during and after the of the authorization renewal and re-examination. Moreover, the Aarhus Convention and EC Directive 2003/35 expressly bestow the participation of those interested in the of the authorization renewal or update (in the environmental field)³⁷. This shows the unbreakable link between the two distinctive profiles of the "procedural" character of the precautionary principle: on the one hand the democratic participation in the risk-management processes, on the other the on-going temporary character of the decisions based on precaution.

Precaution, as a principle of administrative action, calls for the duty to evaluate thereby enhancing or (arguably) exacerbating the duty to pursue the public interest. In "risk law", the action of public authorities cannot exhaust itself in one single administrative provision. The global relevance of the administrative function finds its expression in the continuous re-examination of the decisions taken in light of the evolution of the scientific and technological *datum*. And it is precisely in the duty to evaluate and re-assess the scientific *datum* that the sociological concept of "reflexive" Administration becomes legally relevant³⁸.

4. *A new concept of the principle of legal certainty?*

The "reflexive" character of public administrations, obliged to continuously review their provisions, does not violate the principles of legal certainty and of protection of legitimate expectations. On the

³⁷ See art. 6, par. 10 of the Aarhus Convention. Art. 4 of the EC Directive 2003/35, modifying art. 15, par. 1, of EC Directive 96/61, on Integrated Pollution Prevention and Control, in the following way: "Member States shall ensure that the public concerned are given early and effective opportunities to participate in the procedure for: issuing a permit for new installations, issuing a permit for any substantial change in the operation of an installation, updating of a permit or permit conditions for an installation in accordance with Article 13, paragraph 2, first indent. The procedure set out in Annex V shall apply for the purposes of such participation".

³⁸ "Reflexivity" as awareness of the nature of expert knowledge and of the chance that the decision based on them could be revised and rectified. A. GIDDENS, *Modernity and Self-Identity*, Cambridge Polity Publ., Cambridge, 1991, 20; U. BECK, A. GIDDENS, S. LASH, *Reflexive Modernization*, Stanford Univ. Press, 1994.

contrary, risk law obliges businesses to base their activities on the precautionary principle and moreover, to foresee and to consider in advance the impact that precautionary measures likely to be issued by public authorities will have on their activities.

Indeed, as stated by the European Court of First Instance, any vigilant and cautious economic operator cannot appeal to the principle of the protection of legitimate expectations when they are able to foresee that the adoption of a [EU] precautionary provision is fit to be prejudicial to its own interests, especially in the case of the review of the given and released licences³⁹.

Moreover, EU law on the risk “from technological unknown” obliges economic players to behave in a way that deeply affects the firm’s activity. Indeed it demands that, in cases of potential health and environmental risk, private actors intervene *ex ante*, anticipating and spurring the decision of public administrations.

The precautionary principle also expands its long-lasting effects on firms through the time limits of the obtained authorization. It is arguable that the relativity and flexibility of the risk-management process also applies to firms, which are obliged to constantly verify the safety of their activities potentially producing risks for health and the environment.

EC Directive 2001/18 tasks economic operators with several behavioural duties in cases of (deliberate or non-intentional) modification of a previously-authorized GMO that may carry risks for human and animal health or the environment, as well as when new scientific information become available. In particular, in these cases the firm must: make a new evaluation of the risk; re-examine the terms of the authorisation; adopt urgent measures necessary to safeguard human, animal and environmental health and inform the

³⁹ EC Court of First Instance, case T-13/99, par. 492 (judgement of the 11 of September 2002); EC Court of First Instance, case T-70/99, par. 370-383 (judgement of the 11th of September 2002), *www.curia.eu.int*. According to the European Court of First Instance, case T-74/00, T-76/00, from T-83/00 to T-85/00, T-132/00, T-137/00 e T-141/00, par. 177 (judgement of the 26th of November 2002), «In particular, in view of the precedence thereby accorded to the protection of public health, where, on the basis of the progress of scientific knowledge and new data collected in particular in the context of pharmaceutical vigilance, the competent authority proves to the requisite legal standard that a medicinal product no longer meets one of the criteria set out in Article 11 of the directive, the holder of the marketing authorisation of that medicinal product, which is valid for five years and renewable for five-year periods pursuant to Article 10 of Directive 65/65, may not claim that he is entitled, by virtue of the principle of legal certainty, to specific protection of his interests during the period of the authorisation's validity».

competent public authorities⁴⁰. EU law also establishes similar obligations on Food Security⁴¹.

Any violation of the obligation to take preventive and precautionary action will lead to sanctions, the imposition of which EU law refers to the legal systems of Member States⁴². Such sanctions can be either penal or administrative in nature; however they cannot be imposed together with civil sanctions.

In this regard, EC Directive 2004/35 states: “Where environmental damage has not yet occurred but there is an imminent threat of such damage occurring, the operator shall, without delay, take the necessary preventive measures”⁴³. The importance of this provision cannot be overstated as it shifts the requirement for judicial safeguards from “real damage” to “dangerous behaviour”. In this way, the “polluter-pays” principle extends to preventive actions (*ex ante*) and beyond reparative ones (*ex post*), with the all-encompassing evaluation of the firm’s role.

Therefore, it seems possible to point to a general trend of EU law making preventive and precautionary actions applicable to private enterprises. Indeed, potential risks for human and environmental wellbeing demand that private economic subjects take all necessary measures to avoid the creation of the risk.

In this regard then, the “reflexive” character of public authorities symmetrically coincides with the “reflexive” character of firms. In fact,

⁴⁰ Art. 8 and art. 20 of EC Directive 2001/18.

⁴¹ See for example, art. 19 of EC Regulation n. 178/2002.

⁴² As regards the Italian legal system, see articles 34 e 35 of Legislative Decree n. 224, 8 July 2003, implementing EC Directive 2001/18, and also art. 27 of Legislative Decree n. 334, 17 August 1999, implementing EC Directive 96/82.

⁴³ Art. 5, 1° par. of EC directive 2004/35. The quoted article also states that «2. Member States shall provide that, where appropriate, and in any case whenever an imminent threat of environmental damage is not dispelled despite the preventive measures taken by the operator, operators are to inform the competent authority of all relevant aspects of the situation, as soon as possible. 3. The competent authority may, at any time: (a) require the operator to provide information on any imminent threat of environmental damage or in suspected cases of such an imminent threat; (b) require the operator to take the necessary preventive measures; (c) give instructions to the operator to be followed on the necessary preventive measures to be taken; or (d) itself take the necessary preventive measures. 4. The competent authority shall require that the preventive measures are taken by the operator. If the operator fails to comply with the obligations laid down in paragraph 1 or 3(b) or (c), cannot be identified or is not required to bear the costs under this Directive, the competent authority may take these measures itself».

all precautionary measures *tout court*, including those that must be taken by private subjects, demonstrates a temporary character⁴⁴.

Therefore in “risk law”, legal certainty can be connected to the “certainty of the action”⁴⁵, seen as the duty to adopt preventive and precautionary measures as well as the duty to re-evaluate and intervene whenever new scientific information become available. The certainty of action falls both on public authorities and private firms. Such “certainty of the action” gives more insight into the precautionary principle and is also the element that can best be described as the “responsible governance of risk”⁴⁶.

⁴⁴ On the correlation between reflexive law and risk, cfr. J. ESTEVE PARDO, *Privileged Domain in risk treatment*, cit., 113-115. The concept of “reflexive” belongs to G. TEUBNER. Among Teubner’s works we have to remember: *Substantive and reflexive elements in modern law*, in *Law and society review*, 1983, 239 et seq.; ID. (e.b.), *Dilemmas of law in the welfare state*, De Groyter European University Institute - Series, Berlin, 1986.

⁴⁵ F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Giuffrè, Milano 1968, 160. The volume also contains the essays of P. CALAMANDREI, F. CARNELUTTI, P. FEDELE, G. CAPOGRASSI and M. CORSALE.

⁴⁶ On the concept of “responsible governance” of risk see I.M. MARINO, A. BARONE, *The responsible governance of risk in the European Union*, cit.

ARISTIDE POLICE

L'EMERGENZA COME FIGURA SINTOMATICA DI SVIAMENTO DALLA FUNZIONE PUBBLICA

SOMMARIO: 1. Una necessaria premessa sulle cause del problema. – 2. “Emergenza”, “urgenza” e “rischio”; situazioni di fatto da non confondere. L'utilità di uno sforzo definitorio. – 3. La trasformazione di “rischio” e di “urgenza” in “emergenza”: un classico esempio di sviamento di potere. – 4. Alla ricerca di indici rivelatori nella delimitazione di un concetto giuridico indeterminato. – 5. I principi di prevenzione e precauzione quale argine alla “prevedibile” emergenza. – 6. Le garanzie dell'emergenza: ovvero l'ossimoro di una legittimità *extra ordinem*. – 7. Conclusioni.

1. *Una necessaria premessa sulle cause del problema*

Questo breve intervento, nel più ampio contesto di una riflessione condivisa, si propone di segnalare la persistente prassi delle Amministrazioni pubbliche italiane del ricorso alla emergenza (o allo stato di emergenza) come giustificazione per lo stato di eccezione e quindi per la deroga all'applicazione dei vincoli legislativi di ordine sostanziale e procedimentale all'esercizio della funzione amministrativa¹.

Questo fenomeno, da lungo tempo lamentato dagli studiosi del diritto pubblico, si ripropone in termini così ampi da diventare una delle fi-

¹ Questo lavoro è una sintesi dell'intervento tenuto al Convegno i cui atti sono raccolti in questo volume; se ne è conservato il taglio e si è limitato al massimo l'appesantimento con note bibliografiche.

Per i primi riferimenti bibliografici, attenti anche agli studi di matrice europea ed anglosassone, si segnala l'Annuario A.I.P.D.A. 2005, *Il Diritto Amministrativo dell'emergenza*, Giuffrè, Milano, 2006, e le monografie di V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1986 e di A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Il Mulino, Bologna, 2008.

Si vedano anche i lavori di M. ABBRUZZESE, *Interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dal sisma abruzzese ed espropriazione d'emergenza*, in *www.diritto.it*, 2009; N. ASSINI *et al.*, *Il diritto pubblico dell'emergenza e della ricostruzione in Abruzzo*, Cedam, Padova, 2010; G. ROLLA, *Profili costituzionali dell'emergenza*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2015, 2, 18; S. STAIANO, *Brevi note su un ossimoro: l'emergenza stabilizzata*, in *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali*, a cura di S. Staiano, Torino, 2006, 659 ss.; F. TEDESCHINI e N. FERRELLI, *Il governo dell'emergenza*, Jovene, Napoli, 2010.

gure più sintomatiche di sviamento della (e dalla) funzione pubblica. E se ai garanti ultimi della legittimità costituzionale ed amministrativa, la Corte Costituzionale ed i Giudici amministrativi, spetta il compito di discernere fra le diverse ipotesi di lamentata emergenza, alla dottrina spetta il non meno rilevante obbligo di segnalare la cedevolezza dell'argine e (talvolta) dei suoi guardiani².

La ragione di questo intervento, pertanto, è assai circoscritta e si limita a condividere l'insoddisfazione per il modo in cui Istituzioni pubbliche, pur autorevoli, non prestino sufficiente resistenza a vere e proprie forme di "abuso" dell'emergenza. E questo, si badi non certo (o forse non solo) per la differente solidità ordinamentale e dell'assetto costituzionale rispetto a quella di altri Paesi, e neppure per l'autorevolezza di cui queste Istituzioni godono.

Nella occasione congressuale che ha occasionato questa riflessione si è parlato dell'esperienza Francese, ma si potrebbero fare molti altri esempi. In Italia, a differenza di quanto accade Oltralpe, Istituzioni pure autorevoli non riescono con pari autorevolezza a gestire i processi decisionali e ciò, come accennato, non (sol)tanto per i limiti complessivi dell'assetto costituzionale del nostro Paese e delle norme costituzionali che lo regolano.

Non è questa la sede per soffermarci sul tema dei processi decisionali pubblici e della loro crisi, il discorso sarebbe troppo complesso e ci porterebbe fuori traccia³. Nel dare avvio a questa riflessione, tuttavia, pare utile segnalare che questo "abuso" della *Emergenza* come giustificazione dello stato di eccezione ha come sua principale ragione la crisi dei processi di decisione pubblica e la instabilità delle decisioni pubbliche una volta assunte.

2. "Emergenza", "urgenza" e "rischio": situazioni di fatto da non confondere. L'utilità di uno sforzo definitorio

Se dalla indagine sulle cause remote si passa ai possibili e più imme-

² E non solo quello di dare sistemazione alla organizzazione ed alle forme della Amministrazione dell'emergenza; profilo su cui si veda F. GIGLIONI, *Amministrazione dell'emergenza*, voce in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 2013.

³ Sul punto sia consentito il rinvio al mio *Cooperazione pubblico-privato, realizzazione e gestione di grandi infrastrutture, instabilità delle decisioni pubbliche*, in corso di pubblicazione negli Atti delle II Giornate di Studio Italo-Latinoamericane e delle III Giornate Italo-Argentine di Diritto Pubblico celebrate congiuntamente sul tema "La cooperazione pubblico privato per lo sviluppo economico. Realizzazione e gestione di infrastrutture".

diati rimedi per porre argine a questo abuso, si crede che ci si possa limitare ad un'analisi empirica e, rispetto ad essa, che si debba occupare di un'attività definitoria.

Si ritiene infatti che sarebbe assai utile, per rafforzare la solidità degli argini al ricorso allo stato di emergenza, distinguere tre situazioni di fatto diverse rispetto alle quali i poteri delle Amministrazioni pubbliche (e anche quindi la straordinarietà di loro eventuali interventi) si possano o meno giustificare.

Le tre situazioni di fatto che vanno distinte si crede che siano quelle del rischio, dell'urgenza e dell'emergenza.

Molto spesso infatti, come emerge anche nell'illustrazione anche molto puntuale della disciplina di settore raccolta nel presente volume, si determina una evidente sovrapposizione tra le situazioni che vengono qualificate come situazioni di rischio, o situazioni di urgenza, o ancora situazioni di emergenza. Questa sovrapposizione dei concetti determina da un lato un'incertezza nello stesso quadro dei poteri amministrativi di reazione rispetto a queste tre distinte situazioni di fatto⁴ e, d'altro canto, viene utilizzata in modo strumentale e quindi dà luogo ad un uso sviato dei poteri (o di procedimenti) *extra ordinem* per circostanze che non hanno i caratteri della reale emergenza e che soli potrebbero giustificare lo stato di eccezione⁵.

3. La trasformazione di "rischio" e di "urgenza" in "emergenza": un classico esempio di sviamento di potere

Il titolo sicuramente polemico di questo intervento vuole segnalare esattamente questo è cioè l'utilizzazione di fenomeni o di situazioni di mero rischio o di mera urgenza come egualmente idonei a giustificare l'esercizio di poteri o di procedure dettate dal legislatore esclusivamente per situazioni di grave emergenza.

La trasformazione dell'urgenza o del rischio in emergenza, o meglio la rappresentazione di situazioni di rischio o di urgenza in termini emergenziali è vicenda ricorrente al fine di giustificare l'esercizio di poteri *ex-*

⁴ Come nota molto opportunamente F. GIGLIONI, *Funzione di emergenza e modelli amministrativi alla prova dello stress test degli eventi sismici nell'Italia centrale*, in *Dir. Econ.*, 2018, 499 ss.

⁵ Nella portata limitata di uno studio di diritto amministrativo. Per un approfondimento della nozione e per i necessari riferimenti bibliografici si rinvia a M.A. CABIDDU, *Stato di eccezione*, in *Amministrazione in cammino*, 2010.

tra ordinem ovvero la sottrazione a poteri di revisione e di riesame (ed *in primis* al controllo giurisdizionale).

Non si vuole indugiare su vicende troppo tristi e dolorose che hanno afflitto la Regione e la Città che hanno ospitato i lavori congressuali, dove peraltro la forzatura del dato emergenziale sia stata molto più ridotta che altrove, si vuole viceversa fare riferimento ad una serie di vicende che negli anni recenti hanno caratterizzato l'intervento straordinario che si è detto emergenziale e che sicuramente sono emblematiche dello stravolgimento se si vuole della forzatura della nozione di emergenza, riconducendo ad essa anche le ipotesi di urgenza (reale o procurata) e le ipotesi diverse proprie della materia della gestione del rischio⁶.

Si tratta di un *escamotage* cui è sottesa la più classica delle figure dell'eccesso di potere, quello per sviamento dalla causa tipica.

4. Alla ricerca di indici rivelatori nella delimitazione di un concetto giuridico indeterminato

A questa critica si può replicare che, in realtà, la nozione di emergenza è un tipico concetto giuridico indeterminato ed è quindi compito dell'interprete prospettare caso per caso la portata del concetto ai fini dell'applicazione della regola (o come nel caso di specie della deroga alla regola).

Non pare necessario soffermarsi sul delicato tema dei concetti giuridici indeterminati nella scienza del diritto amministrativo, né sul delicato equilibrio tra l'opera dell'interprete e la scelta discrezionale dell'Amministrazione⁷.

Per distinguere tra una situazione di fatto qualificabile come emergenza ed una che tale carattere non possiede, infatti, si può procedere molto empiricamente ponendosi un interrogativo. Quello stesso interrogativo che Franco Scoca ha posto nell'introdurre i lavori della Sessione congressuale che ha occasionato questa riflessione. Ci si deve domandare se sia possibile (o meno) prevedere il rischio e quindi prevenire l'emergenza.

È infatti la sola imprevedibilità (e comunque la improbabilità) del verificarsi di un determinato rischio a poter qualificare una situazione di

⁶ Su cui si vedano per tutti i lavori di A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Giuffrè, Milano, 2006.

⁷ Sul punto si rinvia alle riflessioni di L. BENVENUTI, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2002.

fatto come emergenza, o meglio come emergenza che giustifica l'esercizio di poteri *extra ordinem*.

5. I principi di prevenzione e precauzione quale argine alla "prevedibile" emergenza

Si ritiene che l'utilizzazione dei principi di precauzione e di prevenzione⁸ possa occorrere anche a questo fine, cioè a ridurre e confinare le emergenze nella sfera del non prevedibile e del non prevenibile.

In aggiunta si crede che non soltanto prevenzione e precauzione siano rilevanti ma anche sia rilevante il principio di responsabilità perché è evidente che accanto a obblighi di prevenzione e obblighi di precauzione il mancato esercizio il puntuale esercizio di applicazione di questi principi generi responsabilità quanto alla produzione di urgenze non di emergenze ma sicuramente di urgenze

Il caso, ad esempio, della vicenda milanese di Expo 2015 ne è una rappresentazione molto significativa e quindi la si può apprezzare come esempio sintomatico di una situazione in cui la scelta di realizzare l'evento straordinario in una città per altro piuttosto attrezzata dal punto di vista infrastrutturale era una situazione in cui sicuramente non vi era alcun profilo di rischio o alcun profilo di emergenza; vi era semplicemente la necessità di gestire correttamente un evento complesso⁹.

La *Maladministration*¹⁰ ha fatto sì che una situazione di ordinaria (per quanto complessa) gestione si sia trasformata in una realtà *extra ordinem*, in una attività urgente, fino a che il grado di urgenza diventasse tale da trasformarsi in emergenza.

Questo si crede concreti un grave sviamento, laddove per sviamento non si intende soltanto un vizio di atti¹¹. In questo caso, accanto allo

⁸ Su cui da tempo indaga la dottrina amministrativistica, si vedano per tutti i lavori di F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Giuffrè, Milano, 2005.

⁹ Su cui si veda il volume di *Approfondimenti* della Rivista *Dir. Econ.*, 2015, a cura di M. ALLENA e M. CAPANTINI, *I grandi eventi: la parola al giurista. Dentro ed oltre la esperienza di Expo 2015*.

¹⁰ Su cui da tempo indaga la dottrina amministrativistica, si veda per tutti il saggio di S. CASSESE, "Maladministration" e rimedi, in *Foro italiano*, 1992, V, 243, cc. 2-15.

¹¹ Certo anche un vizio di atti perché le scelte, gli affidamenti diretti o le procedure *extra ordinem* poste in essere da Expo 2015 s.p.a. in favore di determinati imprenditori in violazione manifesta delle regole del diritto europeo costituiscono sicuramente uno sviamento rispetto alla sequenza procedimentale dell'evidenza pubblica.

sviamento dalla causa tipica di singoli atti amministrativi (e dell'attività presupposta che ha prodotto questi atti abbiamo), si crede che si possa parlare anche (e più propriamente) di uno sviamento rispetto alla funzione.

In realtà la funzione volta alla realizzazione del grande evento diventa strumento non per la realizzazione dell'evento, il fine pubblico cioè la realizzazione di una esposizione universale volta ad accrescere il profilo internazionale e a sviluppare il peso anche internazionale del nostro Paese anche dal punto di vista commerciale delle relazioni fra Stati, ma è utilizzato come volano di attività imprenditoriali, in particolare attività di genio civile o di edilizia, per rilanciare l'economia nazionale.

Questo vale in generale anche per molti "grandi eventi". Si badi, si cita Expo 2015 solo perché fra i più giovani, più sbiadita è la memoria delle norme in materia di impianti sportivi per i campionati mondiali di calcio (Italia '90). Anche quel tipo di infrastrutture sportive furono realizzate con questa precipua missione, piuttosto che con la funzione di realizzare un grande evento sportivo internazionale.

E non si può viceversa dire lo stesso di altri eventi di eguale portata forse più significativa portata. Chi ricorda le Olimpiadi del 1960 forse lo può ancora testimoniare, per la realizzazione delle Olimpiadi nel 1960 chiaramente questo problema non si è prodotto ed egualmente si sono realizzate infrastrutture meravigliose e significative opere edili peraltro di grandissimi architetti (i due Palazzetti dello sport di Nervi, il Villaggio olimpico, lo Stadio Olimpico e lo Stadio Flaminio e così via), tante se ne potrebbero enumerare che costituiscono ancora pregio architettonico delle nostre Città, mentre salvo qualche rara eccezione i capannoni in via di demolizione nella campagna lombarda non resteranno certo come arricchimento di quel territorio.

Quindi si tratta di emergenze procurate chiaramente e strumentalmente utilizzate per realizzare finalità diverse da quelle volute dalla legge e legittimamente approvate nell'ambito di circuiti decisionali democraticamente comprensibili e sindacabili, e per di più al di fuori anche del circuito della responsabilità¹².

Il fenomeno che qui si è ricordato e criticato è divenuto una inveterata prassi degli ultimi anni, indifferentemente dal tipo di forza politica che sia al governo del Paese. In questi ultimi trent'anni, in sostanza, si è

¹² Sul punto si vedano, anche in una prospettiva comparata, le considerazioni critiche di M. CAPANTINI, *I grandi eventi. Esperienze nazionali e sistemi ultrastatali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010.

registrata una deriva dell'ordinamento verso lo stato di eccezione¹³ che ha prodotto un significativo *vulnus* alla effettività e pienezza del principio di legalità¹⁴. L'inerzia, i ritardi, lo stesso uso strumentale del contenzioso amministrativo, concorrono alla patologica generazione di un'urgenza che, nel suo perdurare ed aggravarsi, si trasforma in vera (o percepita) emergenza e viene assunta come giustificazione di forme e poteri di intervento pubblico *extra ordinem* o eccezionale, sottratto alla disciplina generale, alle ordinarie garanzie amministrative e giurisdizionali, e più in generale all'ordinario circuito dei controlli e delle responsabilità.

6. *Le garanzie dell'emergenza: ovvero l'ossimoro di una legittimità extra ordinem.*

Non si possono mutare le conclusioni critiche sopra illustrate neppure se si considera che l'ordinamento abbia previsto l'introduzione di controlli *extra ordinem*, di tipo speciale, si pensi ad esempio ai poteri attribuiti all'Autorità Nazionale Anti-Corruzione. Questi poteri infatti non possono essere considerati un idoneo rimedio, neanche di tipo palliativo, al problema perché anche l'utilizzo di queste forme straordinarie di controllo o di verifica non sono affatto un presidio sufficiente a garanzia della legalità, non sono affatto una restituzione della gestione delle emergenze al circuito della legalità; al contrario, questi poteri speciali nella gestione delle emergenze sono la semplice conferma dell'impossibilità di riconduzione alla legalità.

Si pensi al commissariamento di imprese, l'impresa che si è procacciata illegittimamente l'affidamento lo realizzerà in ogni caso ed eventualmente godrà dei profitti dello stesso. D'altro canto, questi poteri eccezionali determinano la dequotazione dei poteri ordinari perché certo nessuna disposizione di legge sottrae alla giurisdizione del sindacato di legittimità degli affidamenti o dei commissariamenti, ma quale Tribunale amministrativo della Repubblica è nella realtà dei fatti in grado di poter esercitare i propri poteri ed eventualmente assumere decisioni costitutive di tipo demolitorio rispetto ad eventi emergenziali laddove addirittura nell'ordinamento dei contratti pubblici che si verificano per le grandi

¹³ Una preoccupazione condivisa da STAIANO, *Brevi note su un ossimoro: l'emergenza stabilizzata*, cit., 659 ss.

¹⁴ Una preoccupazione che non è nuova nella riflessione dei cultori del diritto amministrativo, fra tutti piace ricordare G. MIELE, *Le situazioni di necessità dello Stato*, in *Arch. dir. pubbl.*, Padova, 1936.

infrastrutture anche fuori dall'emergenza (ci si riferisce all'art.125 del codice del processo amministrativo) impone al giudice di non esercitare il proprio potere demolitorio sugli atti eventualmente illegittimi.

Questo dimostra come i grandi eventi e tanto più gli eventi di emergenza sono eventi che giustificano la sottrazione anche al sindacato giurisdizionale.

L'ultimo circuito di responsabilità è poi quello della responsabilità amministrativa contabile. Duole che la responsabilità amministrativa contabile sia diventato uno spauracchio, un peso eccessivo (sproporzionato) sulla sfera giuridica degli operatori del settore pubblico, siano essi politici o soprattutto dirigenti, nei tempi recenti del resto la responsabilità è quasi per intero imputata ai dirigenti nella giurisprudenza della Corte dei conti di questa recente stagione.

Tuttavia è comprensibile che sull'unico circuito di responsabilità azionabile si scarichi l'intera reazione dell'ordinamento sulla illiceità delle condotte, quando l'emergenza è oramai finita e non soccorrono più ragioni per giustificare ulteriori deroghe. E quindi il gigantesco peso della responsabilità per i danni erariali e comunque per il pregiudizio arrecato alla collettività per certe scelte straordinarie risulterà solo nella sede della giurisdizione contabile in concreto verificabile e non più "scudato", si scusi il termine del tutto improprio, dalla esigenza giustificata dalla temporanea emergenza del fenomeno.

Una riflessione su questo si rende davvero necessaria.

7. Conclusioni

Nel concludere queste riflessioni si può quindi riproporre l'interrogativo su quale sia il discrimine tra urgenza ed emergenza.

Il discrimine è dato dal fatto che nelle situazioni di urgenza l'ordinamento dovrebbe approntare rimedi che, senza derogare ai cardini delle regole del procedimento e delle regole della giurisdizione, consentano più rapida ed immediata tutela degli interessi pubblici.

Viceversa nella emergenza ci si trova in una situazione di fatto nella quale, per ragioni del tutto impreviste ed imprevedibili, si renda ineludibile provvedere a determinati bisogni ed interessi collettivi o pubblici senza poter rispettare le ordinarie regole del procedimento (e in deroga talvolta anche ai presupposti ed alle condizioni per l'esercizio del potere).

Se tale distinzione trovasse applicazione e fosse rispettata sarebbe

evidente che realizzare degli interventi di manutenzione ordinaria del manto stradale costituisce forse attività urgente, ma non potrà mai essere considerata una situazione di emergenza; se poi situazioni di urgenza, per la colpevole inerzia o incuria delle Amministrazioni competenti, si trasformano in situazioni emergenziali, si crede che questo debba precludere l'esercizio dei poteri *extra ordinem*.

Solo una rigida applicazione di questa chiara linea di confine consentirebbe la fine dell'uso strumentale e sviato del fenomeno del grande evento (e talvolta anche della grande infrastruttura strategica) necessariamente in termini di emergenza e quindi in deroga alla disciplina ordinaria (o anche speciale) che dovrebbe essere applicata.

PARTE II

LA FUNZIONE PUBBLICA DI VALUTAZIONE DEI RISCHI

SALVATORE CIMINI

I SOGGETTI DEL SISTEMA: INTRECCIO DI COMPETENZE E REGOLAZIONE DELLE EMERGENZE

SOMMARIO: 1. Premessa: i limiti dell'indagine – 2. La rete di soggetti per la gestione delle emergenze di protezione civile – 3. Il coordinamento dei soggetti coinvolti nel servizio di protezione civile – 4. Le varie tipologie di emergenze e l'attribuzione delle competenze – 5. L'eccessiva dilatazione delle emergenze nella l. n. 225/1992 e le attività di protezione civile – 6. Il potere di ordinanza (cenni) – 7. L'importanza della fase di prevenzione delle emergenze.

1. *Premessa: i limiti dell'indagine*

Il titolo del presente contributo impone anzitutto una delimitazione del tema di indagine.

Ci sono, com'è noto, diverse tipologie di emergenza: vi possono essere emergenze per calamità naturali, per disastri ambientali, per attacchi armati, per attacchi nei confronti della sicurezza di un Paese, e l'elenco potrebbe continuare¹.

Chiaramente, in questa sede non è possibile affrontare tutte le diverse tipologie di emergenza. Anche perché per ognuna di esse le problematiche sono differenti. È chiaro infatti che una emergenza per attacchi armati o per il rischio connesso ad attacchi terroristici – rischio purtroppo oggi molto alto – è completamente differente da una emergenza per calamità naturali, sia nella sua prevenzione che nella sua gestione. Per tutte le varie tipologie di emergenza possono comunque rinvenirsi alcuni aspetti comuni. In dottrina, infatti, è stato evidenziato che, rispetto all'emergenza, lo Stato di diritto ha raggiunto una serie di conquiste, come quelle di stabilire chi ha il potere di dichiarare l'emergenza, di definire i presupposti dell'esercizio del potere, di stabilire le forme dell'esercizio del potere, di determinare la durata dell'esercizio del pote-

¹ Sull'emergenza come termine comune a una pluralità di istituti si veda R. CAVALLO PERIN, *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori esterni all'amministrazione*, in *Annuario AIPDA 2005, Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Giuffrè, Milano, 2006, 31 e ss.

re e degli effetti che conseguono all'esercizio del potere, di stabilire chi controlla l'esercizio del potere di emergenza, e così via².

Nel presente contributo saranno prese in considerazione le emergenze per così dire civili e amministrative (relative alle calamità naturali, ai disastri ambientali, ecc.) ed il relativo quadro organizzativo. Più precisamente, l'analisi sarà circoscritta alle emergenze di protezione civile, anche perché ciò consentirà di dare conto del recente Codice della protezione civile (d'ora in avanti, anche Codice), approvato con il d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1.

2. La rete di soggetti per la gestione delle emergenze di protezione civile

Con riferimento alla gestione delle emergenze, il primo problema che viene in rilievo, sotto il profilo della organizzazione, è quello relativo alla individuazione delle competenze.

Sono infatti molte le amministrazioni che, a vario titolo, si occupano della gestione delle emergenze, tanto che si può a ragione parlare di intreccio delle competenze.

Il che non deve sorprenderci: l'emergenza, come è stato notato in dottrina, non può e non deve essere affrontata da un unico soggetto che sostituisce tutti i soggetti competenti in via ordinaria. Quello dell'emergenza non è cioè un interesse diverso che spetta alla cura di un soggetto diverso, il sostituto, ma un interesse preesistente che si trova ad aver bisogno di un numero di interventi molto maggiore dell'ordinario per la sua cura. L'emergenza fa quindi aumentare gli intrecci di competenze necessari alla realizzazione di un interesse della collettività, obbligando gli enti interessati ad operare in modo interdipendente con altri enti³.

Questo ingorgo di soggetti coinvolti rende indispensabile la costituzione di strutture *ad hoc*, le quali però non devono essere considerate come strutture che fanno tutto da sole per risolvere l'emergenza, ma come strutture che svolgono un imprescindibile ruolo di coordinamento delle strutture competenti esistenti⁴.

Questo è, come si vedrà, quello che è accaduto in Italia con il Servi-

² S. CASSESE, *I paradossi dell'emergenza*, in *Annuario AIPDA 2005, Il diritto amministrativo dell'emergenza*, cit., 222.

³ Così M. BOMBARDELLI, *Gli interventi sostitutivi nelle situazioni di emergenza*, in *Annuario AIPDA 2005*, cit., 186.

⁴ M. BOMBARDELLI, *Gli interventi sostitutivi nelle situazioni di emergenza*, cit., 186, nota 12.

zio nazionale della protezione civile, com'è noto istituito con la l. 24 febbraio 1992, n. 225, più volte modificata e integrata.

Di recente, tale norma è stata abrogata e sostituita dal già citato d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1, recante il Codice della protezione civile. Il Governo ha dato così attuazione alla delega conferitagli dalla l. 16 marzo 2017, n. 30, preordinata al riordino delle disposizioni legislative in materia di sistema nazionale della protezione civile. Più in particolare, con tale Codice si è provveduto al riordino, coordinamento, modifica e integrazione delle disposizioni legislative vigenti che disciplinano il Servizio nazionale della protezione civile e le relative funzioni. Come evidenziato dal Consiglio di Stato nel parere reso sullo schema di decreto, si tratta di un intervento normativo volto a un miglioramento del servizio di protezione civile attraverso una vera e propria riforma della disciplina, che non ha una mera finalità compilativa, ma contiene numerosi elementi di sviluppo e di evoluzione della normativa scaturiti dall'analisi degli interventi di protezione civile e dall'evoluzione del quadro costituzionale e legislativo⁵. Va tenuto presente, tuttavia, che, dopo la riforma costituzionale del 2001, l'attuale art. 117 Cost. inserisce la "protezione civile" tra le materie oggetto di legislazione concorrente, di conseguenza il Codice fissa il quadro generale dei principi fondamentali e degli indirizzi, che può essere integrato dalla legislazione regionale.

Il Servizio nazionale della protezione civile si compone, sin dalla sua istituzione, di una estesa rete di amministrazioni pubbliche e di soggetti privati: secondo l'art. 6, co. 1, della abrogata l. n. 225/1992, infatti, all'attuazione "delle attività di protezione civile provvedono, secondo i rispettivi ordinamenti e le rispettive competenze, le amministrazioni dello Stato, le regioni, le province, i comuni e le comunità montane, e vi concorrono gli enti pubblici, gli istituti ed i gruppi di ricerca scientifica con finalità di protezione civile, nonché ogni altra istituzione ed organizzazione anche privata"; al co. 2 la predetta norma aggiungeva che "[c]oncorrono, altresì, all'attività di protezione civile i cittadini ed i gruppi associati di volontariato civile, nonché gli ordini ed i collegi professionali".

Come si vede, quindi, già con la riforma del 1992, la protezione civile poteva essere considerata un servizio pubblico che aveva abbandonato "il vecchio assetto ministeriale, abbracciando un sistema di tipo policen-

⁵ Cons. Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, 19 dicembre 2017, n. 2647. Riconosce al Codice "il merito di dare al Paese una disciplina tendenzialmente completa e organica", U. ALLEGRETTI, *Il Codice della protezione civile (d.lg. 2 gennaio 2018, n. 1)*, in *Aedon*, n. 1/2018, 1.

trico”⁶, il cui fine era quello di organizzare e fornire servizi permanenti ai cittadini su tutto il territorio nelle varie fasi di intervento⁷.

In altre parole, con la l. 225 del 1992 si è trasformata la protezione civile in una organizzazione a rete, di tipo policentrico, finalizzata alla erogazione di servizi, che riunisce i differenti soggetti e le strutture interessate facendo in modo che essi conservino la propria autonomia organizzativa, istituzionale ed operativa, senza diventare organi del servizio nazionale⁸.

Questo modulo organizzativo a rete è stato conservato dal d.lgs. n. 1 del 2018. Nella legge delega si è affidato infatti al Governo il compito di provvedere alla “organizzazione di un sistema policentrico” da far operare “a livello centrale, regionale e locale, prevedendo la possibilità di definire livelli di coordinamento intermedi tra la dimensione comunale e quella regionale”, aggiungendo la possibilità di integrare “l’elenco delle strutture operative che concorrono alle finalità di protezione civile, includendovi anche eventuali soggetti organizzati in base a principi innovativi” (art. 1, co. 1, lett. *b*), l. 16 marzo 2017, n. 30). Più in particolare, si è delegato il Governo ad attribuire le funzioni in materia di protezione civile allo Stato, alle regioni, ai comuni, alle unioni dei comuni, alle città metropolitane, agli enti di area vasta, oltre che alle diverse componenti e strutture operative del Servizio nazionale della protezione civile, nonché a disciplinare la partecipazione alle attività di protezione civile delle università, enti e istituti di ricerca e dei cittadini, singoli e associati, anche mediante le formazioni di natura professionale, (art. 1, co. 1, lett. *c*), *d*) e *e*), l. 16 marzo 2017, n. 30).

Tali criteri di delega sono stati recepiti dal d.lgs. n. 1 del 2018, il quale coinvolge nelle attività del Servizio nazionale della protezione civile, sia pure in misura diversa, gli enti e i soggetti predetti.

L’individuazione delle Autorità che costituiscono il Servizio nazionale di protezione civile si trova all’art. 3 del d.lgs. n. 1/2018, ove, al primo comma, si dispone, anzitutto, che fanno parte di tale Servizio le Autorità di protezione civile, vale a dire: a) il Presidente del Consiglio dei ministri (in qualità di autorità nazionale di protezione civile e titolare delle politiche in materia), b) i Presidenti di Regioni e delle province autonome di Trento e Bolzano (in qualità di autorità territoriali di protezione civile e

⁶ A. FIORITTO, *Le forme organizzative dell’amministrazione d’emergenza*, in *Annuario AIPDA* 2005, cit., 169; Corte Cost., 6 ottobre 2006, n. 323.

⁷ C. MEOLI, *La protezione civile*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, *Diritto amministrativo speciale*, tomo II, II ed., Giuffrè, Milano, 2003, 2149.

⁸ C. MEOLI, *La protezione civile*, cit., 2150.

in base alla potestà legislativa attribuita, limitatamente alle articolazioni appartenenti o dipendenti dalle rispettive amministrazioni), c) i Sindaci metropolitani e i Sindaci (in qualità di autorità territoriali di protezione civile limitatamente alle articolazioni appartenenti o dipendenti dalle rispettive amministrazioni).

L'art. 3, al co. 2, articola poi il Servizio nazionale in "componenti", "strutture operative" e "soggetti concorrenti". Si aggiunge che operano – in coerenza con i rispettivi ordinamenti e a quanto stabilito dal Codice – con riferimento agli ambiti di governo delle rispettive autorità di protezione civile, i seguenti soggetti: a) il Dipartimento della protezione civile (di cui si avvale il Presidente del Consiglio nell'esercizio della sua funzione di indirizzo e coordinamento del Servizio nazionale) e le prefetture; b) le Regioni e le province autonome di Trento e Bolzano; c) i comuni, anche in forma associata, le città metropolitane e le province.

Agli articoli successivi il Codice individua dettagliatamente i soggetti e le strutture che fanno parte delle tre articolazioni predette, sancendo che sono "componenti" del Servizio nazionale di protezione civile: lo Stato, le regioni e gli enti locali (art. 4). Per questi ultimi il Codice sancisce che lo svolgimento, in ambito comunale, delle attività di pianificazione di protezione civile e di direzione dei soccorsi è "funzione fondamentale", che può essere svolta anche in forma associata (art. 12). Tra le "strutture operative" il Codice include il Corpo nazionale dei Vigili del Fuoco, il cui ruolo è stato rafforzato (agli art. 10 e 13 viene espressamente riconosciuto che tale Corpo costituisce la "componente fondamentale" del servizio di protezione civile)⁹, le Forze armate, le Forze di polizia, le strutture del Servizio sanitario nazionale, il volontariato organizzato di protezione civile, l'Associazione della Croce rossa italiana, il Corpo nazionale del soccorso alpino e speleologico, le strutture preposte alla gestione dei servizi meteorologici a livello nazionale, ecc. (art. 13, co. 1). Tra i "soggetti concorrenti" alle attività di protezione civile vengono richiamati gli ordini e i collegi professionali e i rispettivi Consigli nazionali (art. 13, co. 2)¹⁰.

⁹ In particolare, il Corpo nazionale dei Vigili del Fuoco assicura, sino al loro compimento, gli interventi di soccorso tecnico indifferibili e urgenti, e di ricerca e salvataggio assumendone la direzione e la responsabilità nell'immediatezza degli eventi, attraverso il coordinamento tecnico-operativo e il raccordo con le altre componenti e strutture coinvolte (art. 10, co. 1, Codice).

¹⁰ Segnatamente, sono "componenti" del Servizio nazionale di protezione civile: lo Stato, le regioni, le province autonome di Trento e Bolzano e gli enti locali (art. 4); sono "strutture operative": il Corpo nazionale dei Vigili del Fuoco, le Forze armate, le Forze di polizia, gli enti e istituti di ricerca di rilievo nazionale con finalità di protezione civile,

Il rapporto tra le varie articolazioni è assicurato dalla possibilità che hanno i “componenti” del Servizio nazionale di stipulare convenzioni con le “strutture operative” e i “soggetti concorrenti”, oltre che con altri soggetti pubblici (art. 4, co. 2, Codice).

In sostanza, sono coinvolti nel Servizio nazionale della protezione civile molti soggetti pubblici e privati e numerosi organi politici, amministrativi e tecnici.

Sul punto, va segnalato che il Consiglio di Stato, esprimendosi sullo schema di Codice, ha chiesto al Governo di chiarire come il Servizio nazionale sia composto da autorità politiche e da strutture tecniche, specificando meglio il principio di separazione tra politica e amministrazione previsto dalla delega¹¹. Uno dei punti cardini della delega consisteva infatti nella separazione della funzione di indirizzo politico dalla gestione operativa e amministrativa con la chiara delimitazione dei rispettivi ambiti di azione e responsabilità, ciò al fine di promuovere l'esercizio coordinato delle attività fra i diversi livelli di governo, secondo il principio di sussidiarietà e garantendo l'unitarietà dell'ordinamento (art. 1, co. 1, lett. c), l. 30/2017).

Infine, giova evidenziare che il legislatore, tenendo conto del fatto che negli eventi calamitosi gli ambiti possono non coincidere con quelli amministrativi, ha previsto l'individuazione di ambiti territoriali ottimali funzionali alla pianificazione regionale. Segnatamente, l'art. 3, co. 3, del Codice, precisa che l'articolazione di base della funzione di protezione civile a livello territoriale va organizzata nell'ambito della pianificazione, che, nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza, definisce gli “ambiti territoriali e organizzativi ottimali”, individuati dalle Regioni sulla base di criteri che, invero, non sono stati chiaramente individuati (vi è solo un generico rinvio all'art. 18, co. 3).

L'Istituto nazionale di geofisica e vulcanologia, il Consiglio nazionale delle ricerche, le strutture del Servizio sanitario nazionale, il volontariato organizzato di protezione civile iscritto nell'elenco nazionale del volontariato di protezione civile, l'Associazione della Croce rossa italiana, il Corpo nazionale del soccorso alpino e speleologico, il Sistema nazionale per la protezione dell'ambiente, nonché le strutture preposte alla gestione dei servizi meteorologici a livello nazionale (art. 13, co. 1); sono “soggetti concorrenti” alle attività di protezione civile: gli ordini e i collegi professionali e i rispettivi Consigli nazionali, anche mediante forme associative o di collaborazione o di cooperazione appositamente definite tra i rispettivi Consigli nazionali nell'ambito di aree omogenee, e gli enti, gli istituti e le agenzie nazionali che svolgono funzioni in materia di protezione civile e aziende, società e altre organizzazioni pubbliche o private che svolgono funzioni utili per le finalità di protezione civile (art. 13, co. 2).

¹¹ Cons. Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, 19 dicembre 2017, n. 2647.

All'art. 11, co. 3, il Codice dispone inoltre che alla regione è attribuito il compito di individuare (sulla base dei criteri generali fissati ai sensi del successivo art. 18, co. 4) il livello di ambito ottimale per l'esercizio delle funzioni di protezione civile a livello comunale, al fine di garantire l'effettività di tale funzioni.

3. Il coordinamento dei soggetti coinvolti nel servizio di protezione civile

Dunque, i soggetti coinvolti nel Servizio nazionale della protezione civile sono assai numerosi.

È stato costruito in sostanza “un unitario e articolato complesso organico comprendente una molteplicità di soggetti, quali i vari livelli dell'organizzazione istituzionale e altri soggetti della società stessa, che incrociano le loro attività, sommandole tra loro in un intreccio inusitato”¹².

Si consideri poi, che la gravità degli eventi calamitosi, nonché l'intrinseca difficoltà delle operazioni di soccorso e l'immediatezza con cui le stesse devono essere poste in atto, può coinvolgere tutte le amministrazioni pubbliche¹³.

Vista la mole di soggetti interessati nel Servizio di protezione civile, il coordinamento delle attività è da ritenersi assolutamente necessario.

Così, già con il d.lgs. n. 225/1992 si è scelta la strada, obbligata, di un coordinamento di competenze, affidando il ruolo di coordinatore delle attività di tutti i soggetti coinvolti al Presidente del Consiglio dei Ministri, ovvero, per sua delega, ad un Ministro con portafoglio o al Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio, i quali si avvalgono del Dipartimento della protezione civile (art. 1-*bis* l. n. 225/1992).

Anche nella vigente normativa il ruolo di coordinamento e di indirizzo è rimasto in capo al Presidente del Consiglio, il quale detiene i poteri di ordinanza e determina le politiche di protezione civile per la promozione e il coordinamento delle attività delle amministrazioni dello Stato, centrali e periferiche, delle regioni, delle città metropolitane, delle province, dei comuni, degli enti pubblici nazionali e territoriali e di ogni altra istituzione e organizzazione pubblica o privata presente sul territorio nazionale (art. 5, co. 1, d.lgs. n. 1/2018). Inoltre, il Presidente del Consiglio dei Ministri, con direttive, predispone gli indirizzi per lo svol-

¹² U. ALLEGRETTI, *Il Codice della protezione civile* (d.lg. 2 gennaio 2018, n. 1), cit., 2.

¹³ Come evidenziato dal Cons. Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, 19 dicembre 2017, n. 2647.

gimento, in forma coordinata, delle attività di protezione civile, al fine di assicurarne l'unitarietà nel rispetto delle peculiarità dei territori (art. 5, co. 2, d.lgs. n. 1/2018)¹⁴.

È del tutto naturale aver affidato il coordinamento ad un organo statale, che possiede la necessaria visione d'insieme, tenuto anche conto, come precisato dalla Corte costituzionale, che sono coinvolte amministrazioni di ogni livello, incluso quello centrale¹⁵.

Ha suscitato tuttavia qualche perplessità la scelta di mantenere il vertice del coordinamento nella sede politica del Governo, considerata la natura squisitamente tecnica della funzione¹⁶.

Sarebbe stato più corretto prevedere un raccordo più stretto tra mondo scientifico e autorità politica.

Va osservato tuttavia che nell'attuale disciplina (così come nella previgente) un raccordo con il mondo tecnico-scientifico sussiste, considerato che il Presidente del consiglio nell'espletamento dei suoi compiti si avvale del Dipartimento della protezione civile (v. art. 5, co. 1, e art. 8 del Codice), il quale ultimo è composto sostanzialmente da tecnici. All'art. 3, co. 2, lett. a), del Codice, si precisa infatti che il Presidente del Consiglio dei Ministri si avvale del Dipartimento della protezione civile nell'esercizio della funzione di indirizzo e coordinamento del Servizio nazionale oltre che per assicurare l'unitaria rappresentanza nazionale presso l'Unione europea e gli organismi internazionali in materia di protezione civile (ferme restando le competenze del Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale).

Si consideri poi che il Dipartimento della protezione civile può contare, a sua volta, come organo di consulenza tecnico-scientifica, della Commissione nazionale per la previsione e la prevenzione dei grandi rischi (art. 20 del Codice).

Inoltre, ai sensi dell'art. 19, co. 1, del Codice, la comunità scientifica partecipa al Servizio nazionale mediante l'integrazione nelle attività di protezione civile di conoscenze e prodotti derivanti da attività di ricerca e innovazione, anche già disponibili, che abbiano raggiunto un livello di maturazione e consenso riconosciuto dalla stessa comunità scientifica secondo le prassi in uso.

Dunque un collegamento con il mondo tecnico-scientifico esiste.

Con riguardo ai Sindaci e ai Presidenti delle Regioni, il Codice asse-

¹⁴ Sull'attività di coordinamento e indirizzo del Presidente del Consiglio v. anche l'art. 8 del d.lgs. n. 1/2018.

¹⁵ Corte cost., 9 novembre 1992, n. 418.

¹⁶ A. FIORITTO, *Le forme organizzative dell'amministrazione d'emergenza*, cit., 176.

gna loro, in qualità di autorità territoriali di protezione civile, il compito di vigilare sullo svolgimento integrato e coordinato delle attività da parte delle strutture afferenti alle rispettive amministrazioni (art. 6, co. 1, del Codice). Più in generale, le autorità territoriali di protezione civile sono responsabili, tra l'altro, del recepimento degli indirizzi nazionali in materia di protezione civile, nonché della promozione, attuazione e coordinamento delle attività di protezione civile esercitate dalle strutture organizzative di propria competenza.

Va segnalato, infine, che al verificarsi delle emergenze di rilievo nazionale (ma anche in occasione di esercitazioni di rilievo nazionale e per la condivisione delle strategie operative nell'ambito delle pianificazioni nazionali di protezione civile o in caso di interventi di emergenza e di primo soccorso all'estero), il coordinamento degli interventi delle componenti e strutture operative del Servizio nazionale è assicurato dal "Comitato operativo nazionale della protezione civile". Questo Comitato viene convocato dal Capo del Dipartimento della protezione civile, che lo presiede, ed è composto da tre rappresentanti del Dipartimento stesso, dai rappresentanti dei "componenti" del Servizio nazionale di protezione civile (Stato, Regione ed Enti locali) e dal capo del Corpo nazionale dei vigili del fuoco (art. 14 del Codice).

4. Le varie tipologie di emergenze e l'attribuzione delle competenze

L'intervento di coordinamento statale sopra visto rappresenta invero un'eventualità residuale.

Com'è noto, infatti, già nel modello delineato dal servizio nazionale di protezione civile del 1992 erano individuate tre tipologie di eventi, per le quali era prevista una diversa attribuzione delle competenze.

In sostanza, a seconda della gravità dell'evento, si passava: a) da eventi naturali o connessi con l'attività dell'uomo che potevano essere fronteggiati con interventi attuabili da parte dei singoli enti e amministrazioni competenti in via ordinaria, b) ad eventi naturali o connessi con l'attività dell'uomo che per la loro natura ed estensione richiedevano l'intervento coordinato di più soggetti competenti sempre in via ordinaria, c) ad eventi naturali o connessi con l'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità ed estensione richiedevano di essere fronteggiati, con immediatezza, con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo straordinari (art. 2, l. n. 225/1992).

L'attuale normativa, ripropone una tripartizione.

L'art. 7 del d.lgs. n. 1/2018 dispone infatti che gli eventi emergenziali si distinguono in: a) emergenze connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che possono essere fronteggiati mediante interventi attuabili dai singoli enti e amministrazioni competenti in via ordinaria; b) emergenze connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che per loro natura o estensione comportano l'intervento coordinato di più enti o amministrazioni, e debbono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo, disciplinati dalle Regioni e dalle Province autonome di Trento e di Bolzano nell'esercizio della rispettiva potestà legislativa; c) emergenze di rilievo nazionale connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità o estensione debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo ai sensi dell'art. 24 del Codice (che disciplina la deliberazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale).

Come si vede, rispetto alla norma del 1992, vi sono alcune differenze.

Anzitutto non si parla più di eventi, ma di "eventi emergenziali" e di "emergenze". Inoltre, non si fa più riferimento a eventi che comportano l'intervento coordinato di più enti e amministrazioni competenti da svolgersi sempre in via ordinaria.

A differenza della disciplina precedente, quindi, che comprendeva due eventi emergenziali da affrontare con i soggetti competenti in via ordinaria (uno dei quali in maniera coordinata) e solo uno da affrontare con poteri straordinari, l'attuale normativa prevede una sola tipologia di emergenza che può essere affrontata dagli enti e le amministrazioni competenti in via ordinaria, disponendo invece l'utilizzo di poteri straordinari nelle altre due ipotesi. Viene tuttavia distinta la fattispecie dell'emergenza avente rilievo regionale, che può essere fronteggiata con poteri straordinari nei limiti stabiliti dalle Regioni, dall'emergenza di rilievo nazionale che va anch'essa fronteggiata con poteri straordinari nei limiti indicati a livello statale.

Il modello di protezione civile si conferma quindi come un sistema sostanzialmente decentrato, che solo nelle emergenze più gravi diventa centralizzato a livello statale.

Tranne infatti le calamità di rilievo nazionale, negli altri due casi un ruolo centrale viene svolto dalle regioni e dagli enti locali. In particolare, anche alla luce della riforma costituzionale del 2001 che ha inserito la

materia “protezione civile” tra le materie oggetto di legislazione concorrente, un ruolo centrale è riservato alle Regioni, che possono oggi definire i limiti e i periodi di tempo delle emergenze (evidentemente di ambito regionale) da fronteggiare con mezzi e poteri straordinari.

Non è stata introdotta nel Codice la distinzione tra emergenze di rilievo locale, regionale e nazionale. Come si è visto, infatti, le competenze si spostano sulla base dell'intensità dell'evento emergenziale. Si tratta di una scelta corretta e condivisibile, atteso che possono accadere eventi di protezione civile che, pur confinati in un territorio ristretto, per la loro gravità rivestono rilievo nazionale¹⁷.

Dunque, il sistema di protezione civile è di tipo piramidale: più aumenta l'intensità dell'evento calamitoso e più la competenza si sposta verso l'alto¹⁸. Il criterio di attribuzione delle competenze si ispira così al principio di sussidiarietà verticale, oltre che a quelli di cooperazione e di adeguatezza.

Va sottolineato anche come nelle emergenze di protezione civile emerga una forte sussidiarietà orizzontale costituita dalla presenza delle organizzazioni di volontari e, più in generale, dal coinvolgimento della società civile nella gestione dell'emergenza¹⁹. Nel nuovo Codice questo aspetto è ben presente: l'art. 18, co. 2, assicura la partecipazione dei cittadini, singoli o associati, al processo di elaborazione della pianificazione di protezione civile. Vi è inoltre un intero Capo (il Capo V, artt. 31 e ss.), molto dettagliato, dedicato alla partecipazione dei cittadini e al volontariato organizzato di protezione civile. Così, ad esempio, l'art. 31 del d.lgs. n. 1/2018, dispone che il Servizio nazionale della protezione civile promuove iniziative volte ad accrescere la resilienza delle comunità, favorendo la partecipazione dei cittadini, singoli e associati, anche mediante formazioni di natura professionale, alla pianificazione di protezione civile e alla diffusione della conoscenza e della cultura di protezione civile. Sempre questa norma, al co. 3, precisa che i cittadini possono concorrere allo svolgimento delle attività di protezione civile aderendo al volon-

¹⁷ Come evidenziato anche da Cons. Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, 19 dicembre 2017, n. 2647.

¹⁸ Come osservato da S. MANGIAMELI, *Lo stato di emergenza e le competenze regionali*, in *Giur. cost.*, 2006, 2926 e ss., spec. par. 3.

¹⁹ A. FIORITTO, *Le forme organizzative dell'amministrazione d'emergenza*, cit., 175; osserva F. DE LEONARDIS, *Coordinamento e sussidiarietà per l'amministrazione dell'emergenza*, in *Foro amm.-CdS*, 2005, 3118 e ss, par. 1, che “mentre un tempo la gestione delle calamità veniva gestita dal potere pubblico di livello più alto, il diritto positivo attuale richiede un sempre più frequente diretto coinvolgimento delle amministrazioni locali, degli organi tecnici e, soprattutto, della società civile”.

tariato organizzato operante nel settore, previa acquisizione delle conoscenze necessarie per poter operare in modo efficace, integrato e consapevole.

Il coinvolgimento dei privati – si badi – è importante non solo nella fase del soccorso dopo la calamità, ma anche nella politica di prevenzione, la quale è destinata a restare lettera morta se non viene preceduta da un'azione di diffusione della cultura della sicurezza all'interno della società civile²⁰.

Nell'emergenza, quindi, il principio di sussidiarietà orizzontale, timidamente richiamato dall'art. 118 Cost., si esalta. Sfuma, quindi, fino ad essere sostanzialmente superata, la contrapposizione pubblico-privato.

Il Codice ha cercato anche di individuare con maggiore chiarezza la catena di comando e di controllo nella fase dell'emergenza in funzione delle diverse tipologie di emergenze.

Così, ad esempio, all'art. 9, co. 1, lett. b), si individua nel Prefetto il soggetto che deve assumere, nell'immediatezza dell'evento, la direzione unitaria di tutti i servizi di emergenza da attivare a livello provinciale. Questa disposizione aggiunge tuttavia che siffatta funzione deve essere svolta in raccordo con il Presidente della giunta regionale e in coordinamento con la struttura regionale di protezione civile. Non è chiaro però in cosa consista il "raccordo" con il Presidente della giunta regionale. Sicuramente non è da intendersi come una "intesa" (inizialmente prevista e poi espunta dal testo). Come ha evidenziato il Consiglio di Stato, è necessario in questi casi, vale a dire nella immediatezza dell'evento emergenziale, avere una linea di comando chiara e univoca, caratterizzata da una celerità delle decisioni che consenta di assumere scelte tempestive²¹, che non possono essere subordinate ad "intese" con altri enti che potrebbero far perdere tempo prezioso o addirittura mancare.

5. L'eccessiva dilatazione delle emergenze nella l. n. 225/1992 e le attività di protezione civile

Un aspetto che lasciava fortemente perplessi nella precedente normativa era l'abuso e la dilatazione dell'emergenza.

In particolare, era criticabile sia la scelta di ampliare le competenze

²⁰ Come notato da F. DE LEONARDIS, *Coordinamento e sussidiarietà per l'amministrazione dell'emergenza*, cit., par. 6.

²¹ Cons. Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, 19 dicembre 2017, n. 2647.

della protezione civile attribuendole nuove funzioni, sia la scelta di ampliare la nozione di emergenza per consentire l'uso di poteri straordinari, ad esempio per la gestione del traffico o dei rifiuti²².

Il problema stava principalmente nel fatto che la l. n. 225 del 1992 (art. 2, co. 1, lett. c) e art. 5) individuava il presupposto legittimante dello stato d'emergenza, non solo in "calamità naturali" e "catastrofi", come è naturale che fosse, ma anche in altri "eventi", il cui unico elemento caratterizzante è "che, per intensità ed estensione, debbono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari": è chiaro che tale formulazione del precetto ha consentito di ampliare a dismisura il catalogo degli eventi che legittimano il ricorso ai poteri d'emergenza, fino a ricomprendervi tipologie di dubbia pertinenza²³.

Il riferimento ad "altri eventi" ha infatti aperto la strada all'utilizzazione del sistema di protezione civile anche ad eventi come ad esempio le missioni internazionali o a ipotesi come quella dei campi nomadi irregolari e sovraffollati, che rappresenterebbero un pericolo per l'ordine pubblico e la sicurezza²⁴. In tal modo peraltro si crea una sovrapposizione di competenze con un altro potere alquanto problematico come quello attribuito nel 2008 ai Sindaci di emanare ordinanze in materia di sicurezza urbana.

Ed ancora – per fare un esempio in tema di trasporti – è stato ricondotto alla nozione di evento eccezionale la congestione del traffico nelle province di Vicenza e Treviso: il Tar Lazio ha infatti osservato che la presenza di situazioni di traffico veicolare su gomma di grave intasamento, persistente e ricorrente nel tempo, abbassando la velocità media di spostamento delle persone e delle merci al di sotto di una soglia di accettabilità parametrata alla rapidità degli attuali mezzi di comunicazione e alle esigenze di rapidità dell'attuale società, appare suscettibile di pregiudicare nella loro concreta attuazione – e quindi di ledere – i fondamentali diritti di libertà e dignità personale, di iniziativa economica e di diritto al lavoro, sanciti dalla Costituzione, oltre a comportare costi economici e sociali inaccettabili anche con riferimento al diritto alla salute e ad un ambiente salubre, non solo consentendo, ma anzi imponendo, in-

²² A. FIORITTO, *Le forme organizzative dell'amministrazione d'emergenza*, cit., 176.

²³ G. MARAZZITA, *Il sindacato sul "giudizio di necessità" dell'emergenza di protezione civile*, in *Giur. cost.*, 2012, 2424 e ss., par. 3.

²⁴ In tal senso G. MARAZZITA, *Il sindacato sul "giudizio di necessità" dell'emergenza di protezione civile*, cit., par. 1.

terventi adeguati, per rapidità ed efficacia, delle competenti Amministrazioni ai sensi dell'art. 97 della Costituzione²⁵.

Del resto il Consiglio di Stato ha riconosciuto che nel deliberare lo stato di emergenza, ai sensi dell'art. 5, 1. n. 225 del 1992, sussiste un'amplissima discrezionalità dell'Autorità amministrativa il cui unico limite va individuato nell'effettiva esistenza di una situazione di fatto da cui derivi, o possa derivare, un pericolo all'integrità delle persone, ai beni, agli insediamenti, all'ambiente, oltre all'impossibilità di poter altrimenti fronteggiare la situazione. In altri termini, ciò che rileva è la sussistenza della necessità e dell'urgenza di intervenire a difesa degli interessi da tutelare, a prescindere sia dalla prevedibilità sia dalla stessa imputabilità all'Amministrazione o a terzi della situazione di pericolo che il provvedimento è rivolto a rimuovere²⁶.

Così, grazie all'ampia formula utilizzata dal legislatore, nel periodo 2002-2009 il Governo ha adottato ben 587 ordinanze di protezione civile: in media un intervento di protezione civile a settimana: è chiaro che tali interventi non hanno avuto origine unicamente dall'esigenza di fronteggiare catastrofi, bensì – in molti casi – sono stati originati da “disfunzioni amministrative” e dalla difficoltà di gestire i c.d. grandi eventi²⁷.

Non è accettabile però che lo stato di emergenza origini da carenze o disfunzioni prodotte da cattiva amministrazione, come è capitato spesso nel settore dei rifiuti²⁸.

Per arginare tali situazioni andrebbero fatte valere le singole responsabilità: si assiste invece all'assoluta irrilevanza del profilo delle colpe e delle responsabilità ai fini della dichiarazione dello stato di emergenza. Accade così spesso – come notato in dottrina – che il commissariamento avvenga con il consenso – o addirittura su sollecitazione – degli stessi organi privati delle funzioni, che non percepiscono la sostituzione come una *diminutio capitis*, ma anzi come una sorta di privilegio²⁹.

²⁵ Così T.a.r. Lazio, 19 agosto 2015, n. 10891.

²⁶ Cons. Stato, Sez. VI, 28 gennaio 2011, n. 654; Id., Sez. V, 4 maggio 2012 n. 2591.

²⁷ Così A. CARAPELUCCI, *Il potere d'ordinanza oltre l'emergenza: i problemi dell'impiego ordinario di uno strumento extra ordinem*, in *Foro amm. – T.a.r.*, 2010, 321 e ss., par. 1.

²⁸ Si veda sul punto C. MARZUOLI, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, in *Annuario AIPDA* 2005, cit., 29.

²⁹ F. SALVIA, *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori interni all'amministrazione*, in *Annuario AIPDA* 2005, cit., 97.

Senza dire poi che l'assenza di controlli efficaci fa sì che l'inefficienza del regime emergenziale, anziché decretarne la fine, si pone come fondamento di una proroga dello stato di emergenza³⁰.

In definitiva, è necessario interpretare con più rigore il presupposto dell'emergenza: per giustificare una disciplina "derogatoria ed eccezionale rispetto all'ordinario assetto delle competenze", è giuridicamente doveroso individuare una altrettanto eccezionale situazione da fronteggiare, che non può essere risolta con l'impiego di strumenti ordinari³¹.

Va detto invero che il d.l. 15 maggio 2012, n. 59 (conv. con modificazioni con l. 12 luglio 2012, n. 100) ha "riordinato" il sistema di protezione civile, tentando di ricondurre l'istituto nel suo alveo naturale. È stata così eliminata – o comunque fortemente ridotta – la possibilità di far ricorso a poteri straordinari per fronteggiare eventi del tutto ordinari, seppur "grandi". Con tale decreto è stata infatti abrogata la norma (il co. 5 dell'art. 5-*bis* del d.l. 343/2001) che prevedeva la possibilità di applicare le disposizioni sul potere di ordinanza della protezione civile anche ai grandi eventi.

Del resto il "grande evento" è un evento voluto, deliberato e programmato, quindi l'ipotesi non può rientrare nell'ambito legittimamente ascrivibile all'emergenza³².

Per arginare questo fenomeno, la legge delega n. 30/2017, all'art. 1, co. 2, lett. *a*), ha individuato tra i criteri direttivi quello di identificare le tipologie di rischi per i quali si esplica l'azione di protezione civile, precisando che, comunque, "non rientrano nell'azione di protezione civile gli interventi per eventi programmati o programmabili in tempo utile che possano determinare criticità organizzative".

Conformemente alla delega, il Codice dispone che non rientrano nell'azione di protezione civile gli interventi e le opere per eventi programmati o programmabili in tempo utile, per i quali tuttavia si aggiunge che il Servizio nazionale della protezione civile può assicurare il proprio supporto, limitatamente però agli aspetti di natura organizzativa e di assistenza alla popolazione su richiesta delle autorità di protezione civile competenti (art. 16, co. 3, d.lgs. n. 1/2018). Il Codice, inoltre, individua un catalogo di rischi – da ritenersi non esaustivo – in relazione ai quali si

³⁰ Come evidenziato da F. SALVIA, *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori interni all'amministrazione*, cit., 98.

³¹ In tal senso G. MARAZZITA, *Il sindacato sul "giudizio di necessità" dell'emergenza di protezione civile*, cit., par. 3.

³² Come notato da C. MARZUOLI, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, cit., 29.

esplica l'azione del Servizio nazionale di protezione civile. Le tipologie di rischio sono le seguenti: sismico, vulcanico, da maremoto, idraulico, idrogeologico, da fenomeni meteorologici avversi, da deficit idrico e da incendi boschivi. A questi rischi si aggiungono, ferme restando le competenze dei soggetti ordinariamente individuati dalla normativa di settore, i rischi: chimico, nucleare, radiologico, tecnologico, industriale, da trasporti, ambientale, igienico-sanitario e da rientro incontrollato di oggetti e detriti spaziali.

Più in generale, il Codice all'art. 1 precisa che la funzione di protezione civile, esercitata dal Servizio nazionale della protezione civile, è "costituita dall'insieme delle competenze e delle attività volte a tutelare la vita, l'integrità fisica, i beni, gli insediamenti, gli animali e l'ambiente dai danni o dal pericolo di danni derivanti da eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo". Va evidenziata la novità rappresentata dall'esplicito richiamo alla tutela degli animali.

All'art. 2, co., 1, il Codice chiarisce poi che sono attività di protezione civile quelle volte alla previsione, prevenzione e mitigazione dei rischi, alla gestione delle emergenze e al loro superamento. Tali attività quindi riguardano sia la fase di gestione e superamento di emergenze già verificatesi, sia la fase che precede l'emergenza, attribuendo compiti di previsione, prevenzione e mitigazione dei rischi.

Correttamente non sono ricompresi tra le attività di protezione civile i compiti di ricostruzione che seguono gli eventi emergenziali. È stato così seguito il suggerimento di chi, dopo il sisma dell'Aquila del 2009, ha evidenziato che "la ricostruzione degli insediamenti non rientra tra gli obiettivi e i compiti del sistema di protezione civile in sé considerato. Esso è invece l'oggetto – e deve restarlo, anche dopo le catastrofi – di una funzione differenziata, alta e responsabile, che trova negli organi, nelle competenze e nelle attività normali della pianificazione territoriale il suo luogo di esercizio"³³.

All'art. 2 il Codice ricomprende tuttavia, come visto, tra le attività di protezione civile il superamento delle situazioni emergenziali, che in qualche modo si avvicina alla ricostruzione. Come precisato dallo stesso art. 2, co. 7, infatti, il superamento delle emergenze "consiste nell'attuazione coordinata delle misure volte a rimuovere gli ostacoli alla ripresa delle normali condizioni di vita e di lavoro, per ripristinare i servizi essenziali e per ridurre il rischio residuo nelle aree colpite dagli eventi calamitosi, oltre che alla ricognizione dei fabbisogni per il ripristi-

³³ Così condivisibilmente U. ALLEGRETTI, *Il Codice della protezione civile (d.lg. 2 gennaio 2018, n. 1)*, cit., 3.

no delle strutture e delle infrastrutture pubbliche e private danneggiate, nonché dei danni subiti dalle attività economiche e produttive, dai beni culturali e dal patrimonio edilizio e all'avvio dell'attuazione delle conseguenti prime misure per fronteggiarli".

6. *Il potere di ordinanza (cenni)*

Esula dal presente lavoro l'approfondimento di tutte le problematiche connesse con il potere di ordinanza³⁴, che sono lo strumento principale con il quale si gestiscono e si regolano³⁵ le emergenze.

Si deve ricordare tuttavia che nel sistema della protezione civile delineato nel 1992 la dichiarazione dello stato di emergenza consentiva al Presidente del Consiglio – direttamente o per il tramite di un suo "commissario delegato" – di emanare ordinanze "in deroga ad ogni disposizione vigente", fatto salvo il "rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico".

Come già accennato nel paragrafo precedente, vi è stato in quel periodo un massiccio utilizzo delle ordinanze "in deroga" per la gestione delle emergenze (reali e non), diventato così potenzialmente concorrenziale – per l'identità dei presupposti – alla decretazione d'urgenza, e questo ha fatto dubitare alla radice della stessa legittimità di tale strumento³⁶.

Va osservato comunque che la qualificazione amministrativa delle ordinanze per un verso porta la loro sottrazione al regime tipico del decreto-legge, ma per un altro si imbatte in maggiori limiti in punto di legittimità e risulta più facilmente aggredibile in sede giurisdizionale, senza bisogno di rivolgersi alla Corte Costituzionale³⁷.

³⁴ Sul potere di ordinanza si veda, per tutti, R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Giuffrè, Milano, 1990.

³⁵ Qui si intende la regolazione in senso ampio e non nel suo significato tecnico di disciplina e controllo di un determinato settore. In quest'ultimo significato, la regolazione presuppone l'esistenza di un mercato che nel caso delle emergenze manca. Sul concetto di regolazione si rinvia, per tutti, al lavoro monografico di L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Giappichelli, Torino, 2002.

³⁶ Come notato da A. CARAPELLECCI, *Il potere d'ordinanza oltre l'emergenza: i problemi dell'impiego ordinario di uno strumento extra ordinem*, cit., par. 6, che richiama il lavoro di G. MARAZZITA *L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, Giuffrè, Milano, 2003, 449 ss.

³⁷ Così C. MARZUOLI, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, cit., 16.

Il recente Codice della protezione civile disciplina il potere di ordinanza all'art. 25. Siffatto potere può essere esercitato solo dopo la deliberazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale assunta dal Consiglio dei ministri su proposta del Presidente del Consiglio (art. 24, d.lgs. n. 1/2018), il quale ultimo esercita il potere di ordinanza per il tramite del Capo Dipartimento della protezione civile.

Il Codice precisa che con le ordinanze di protezione civile si provvede al coordinamento dell'attuazione degli interventi da effettuare durante lo stato di emergenza di rilievo nazionale (art. 25, co. 1).

Come avveniva con la previgente disciplina, anche con l'attuale normativa le ordinanze possono essere adottate in deroga ad ogni disposizione vigente, nei limiti e con le modalità indicati nella deliberazione dello stato di emergenza e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea. Per emanare le ordinanze di protezione civile è necessario però acquisire l'intesa delle Regioni e delle province autonome territorialmente interessate (art. 25, co. 1). Dette ordinanze non sono poi sottoponibili al controllo preventivo di legittimità di cui all'art. 3 della l. n. 20/1994 (art. 25, co. 3).

Il Codice, all'art. 26, disciplina anche le ordinanze volte a favorire il rientro nell'ordinario a seguito di emergenze di rilievo nazionale.

Merita di essere segnalato, infine, l'art. 25, co. 6, del Codice, ove si dispone espressamente che i soggetti attuatori degli interventi previsti dalle ordinanze di protezione civile devono essere, di norma, identificati nei soggetti pubblici ordinariamente competenti allo svolgimento delle predette attività in via prevalente, salvo motivate eccezioni. Si è voluto così contrastare una, invero deprecabile, pratica contraria che tendeva ad attribuire a soggetti diversi da quelli ordinariamente competenti le attività di protezione civile, in particolare quelle più redditizie.

7. L'importanza della fase di prevenzione delle emergenze

Oltre che gestire e regolare le emergenze, è fondamentale prevenirle.

Il legislatore è conscio di questo e già con la precedente normativa sulla protezione civile ha incluso tra le attività di protezione civile quella volta alla prevenzione (oltre che alla previsione) dei rischi³⁸, intendendo per prevenzione quella attività tesa ad evitare o a ridurre al minimo la

³⁸ L'art. 3 della l. n. 225 del 1992 stabiliva infatti che sono attività di protezione civile quelle volte alla previsione e alla prevenzione dei rischi, oltre a quelle del soccorso delle popolazioni sinistrate e al contrasto e al superamento dell'emergenza.

possibilità che si verifichino danni, da esplicarsi attraverso l'allertamento, la pianificazione dell'emergenza, la formazione, la diffusione della conoscenza della protezione civile nonché l'informazione alla popolazione e l'applicazione della normativa tecnica, ove necessarie, e l'attività di esercitazione (art. 3, l. n. 225/1992).

La fase della prevenzione deve naturalmente coordinarsi con la prevenzione generale e coinvolge in modo diretto o indiretto numerose amministrazioni: anzi, a ben vedere, tutte le amministrazioni che hanno competenze sul territorio dovrebbero agire nel senso di evitare qualsiasi situazione di rischio: è questo il loro interesse pubblico primario.

Come è stato notato in dottrina, l'azione pianificatoria delle amministrazioni comunali costituisce parte integrante dell'attività di prevenzione e senza il loro apporto qualsiasi tipo di previsione svolta a livello centrale rischierebbe di restare assolutamente incompleta³⁹.

La fase della prevenzione, peraltro, svolgendosi in un contesto di normalità, a differenza della gestione dell'emergenza, non richiede uno stravolgimento delle competenze.

Dunque, la prevenzione svolge un ruolo fondamentale nel limitare i danni o addirittura nell'evitare l'emergenza.

In questa fase il rispetto del principio di precauzione è fondamentale, sia da parte delle Autorità, che non dovrebbero ad esempio consentire di costruire in zone altamente a rischio (o al di sopra di un rischio tollerabile), sia da parte dei cittadini, che potrebbero decidere di agire in senso maggiormente prudentiale di quanto le stesse autorità abbiano valutato (ad esempio, non costruendo in una zona a rischio ove le autorità abbiano deciso di non intervenire essendo il rischio inferiore a determinati parametri)⁴⁰.

L'importanza della fase di prevenzione e pianificazione è ancora più evidente nel momento in cui aumenta la frequenza di eventi emergenziali.

Se l'emergenza non è più un evento eccezionale ma diventa l'ordinarietà – come sta accadendo purtroppo oggi – è necessario pianificare e porre in essere tutte le misure preventive per evitarla o ridurre i danni. È fondamentale, in altre parole, dare puntuale e concreta attuazione ai principi di prevenzione, precauzione e integrazione, attraverso l'attività di indirizzo e di pianificazione generale.

³⁹ Così F. DE LEONARDIS, *Coordinamento e sussidiarietà per l'amministrazione dell'emergenza*, cit., par. 4.

⁴⁰ In tal senso F. DE LEONARDIS, *Coordinamento e sussidiarietà per l'amministrazione dell'emergenza*, cit., par. 5.

Del resto se l'evento è prevedibile, perché ricorre frequentemente, viene meno anche la stessa situazione di emergenza, intesa per l'appunto come circostanza imprevista.

Se la realizzazione dell'evento avverso diventa sempre più probabile, a volte quasi certo, l'interesse pubblico primario diventa quello di prevenire i danni e non certamente quello soltanto di gestire l'emergenza. E questo anche in attuazione degli artt. 81 e 97 Cost., che richiedono il rispetto dell'equilibrio di bilancio e quindi un efficiente utilizzo delle risorse pubbliche.

In assoluto, infatti, la prevenzione è più economica rispetto alla gestione dell'emergenza, ma essa diventa ancora più indispensabile, si può dire doverosa, nel momento in cui il realizzarsi dell'evento calamitoso è pressoché certo.

La certezza nell'*an* del verificarsi dell'evento deve giocoforza portare ad una valorizzazione del principio di prevenzione, il quale opera proprio nelle situazioni in cui il rischio è certo, a differenza del principio di precauzione che viene in rilievo nelle ipotesi in cui vi sia incertezza sui rischi alla salute o all'ambiente connessi ad una determinata attività.

Sul punto, però, la situazione non è confortante: se negli ultimi anni si sono fatti notevoli passi nella definizione dei modelli amministrativi che si occupano della gestione dell'emergenza⁴¹, il sistema non ha dato affatto buona prova di sé nella fase di pianificazione e prevenzione delle emergenze, così come nella fase di ricostruzione.

Non che non ci si sia occupati dell'argomento: sono numerose le norme che impongono alle autorità competenti, nella loro ordinaria attività di pianificazione, di tener conto dei piani elaborati per prevenire situazioni di pericolo⁴². Ad esempio, nel redigere il piano regolatore, lo strumento principe della pianificazione urbanistica territoriale, occorre valutare l'esposizione sismica della zona, il rischio idrogeologico, ecc. Senza parlare poi degli strumenti di tutela preventiva previsti dal Codice dell'ambiente, come la Via, la Vas, l'Aia, e così via⁴³. Anche nella disciplina relativa ai contratti pubblici, come in quella ambientale, sono numerosi i riferimenti al principio di prevenzione.

⁴¹ Come notato da F. DE LEONARDIS, *Coordinamento e sussidiarietà per l'amministrazione dell'emergenza*, cit., par. 8.

⁴² Sul modello organizzativo volto a prevenire le varie tipologie di emergenza relative ai rischi sanitari e alimentari, sociali, ambientali e tecnologici, si veda A. FIORITTO, *Le forme organizzative dell'amministrazione d'emergenza*, cit., 160 e ss.

⁴³ Su questi temi si veda R. FERRARA, *Emergenza e protezione dell'ambiente nella "società del rischio"*, in *Foro amm.-Tar*, 2005, 3356 e ss.

Il recente Codice della protezione civile si occupa, anch'esso, naturalmente, del profilo relativo alla pianificazione e prevenzione dei rischi, sebbene il Consiglio di Stato abbia evidenziato che dall'esame complessivo del testo non emerge una decisa azione legislativa sulla prevenzione dei rischi e non risulta neppure un sistema di monitoraggio successivo dei risultati⁴⁴.

Ad ogni modo, come già nella legislazione precedente, il Codice, all'art. 2, distingue le attività di prevenzione in "strutturali" e "non strutturali"⁴⁵. Questo articolo definisce anche che cosa si intende per previsione e per prevenzione. Segnatamente, la "previsione consiste nell'insieme delle attività, svolte anche con il concorso di soggetti dotati di competenza scientifica, tecnica e amministrativa, dirette all'identificazione e allo studio, anche dinamico, degli scenari di rischio possibili, per le esigenze di allertamento del Servizio nazionale, ove possibile, e di pianificazione di protezione civile". La "prevenzione consiste nell'insieme delle attività di natura strutturale e non strutturale, svolte anche in forma integrata, dirette a evitare o a ridurre la possibilità che si verifichino danni

⁴⁴ Cons. Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, 19 dicembre 2017, n. 2647.

⁴⁵ Tra le attività di prevenzione non strutturale di protezione civile, il Codice all'art. 2, co. 4, richiama, tra l'altro, quelle concernenti: l'allertamento del Servizio nazionale; la pianificazione di protezione civile (disciplinata dall'art. 18); la formazione e l'acquisizione di ulteriori competenze professionali degli operatori del Servizio nazionale; l'applicazione e l'aggiornamento della normativa tecnica di interesse; la diffusione della conoscenza e della cultura della protezione civile, anche con il coinvolgimento delle istituzioni scolastiche, allo scopo di promuovere la resilienza delle comunità e l'adozione di comportamenti consapevoli e misure di autoprotezione da parte dei cittadini; l'informazione alla popolazione sugli scenari di rischio e le relative norme di comportamento nonché sulla pianificazione di protezione civile; la promozione e l'organizzazione di esercitazioni ed altre attività addestrative e formative, anche con il coinvolgimento delle comunità, sul territorio nazionale al fine di promuovere l'esercizio integrato e partecipato della funzione di protezione civile; le attività volte ad assicurare il raccordo tra la pianificazione di protezione civile e la pianificazione territoriale e le procedure amministrative di gestione del territorio per gli aspetti di competenza delle diverse componenti.

Il successivo comma quinto, dispone che sono attività di prevenzione strutturale di protezione civile quelle concernenti: a) la partecipazione all'elaborazione delle linee di indirizzo nazionali e regionali per la definizione delle politiche di prevenzione strutturale dei rischi naturali o derivanti dalle attività dell'uomo e per la loro attuazione; b) la partecipazione alla programmazione degli interventi finalizzati alla mitigazione dei rischi naturali o derivanti dall'attività dell'uomo e alla relativa attuazione; c) l'esecuzione di interventi strutturali di mitigazione del rischio in occasione di eventi calamitosi, in coerenza con gli strumenti di programmazione e pianificazione esistenti; d) le azioni integrate di prevenzione strutturale e non strutturale per finalità di protezione civile di cui all'art. 22.

conseguenti a eventi calamitosi anche sulla base delle conoscenze acquisite per effetto delle attività di previsione”.

Un ruolo centrale è assegnato all’attività di pianificazione, alla quale il Codice dedica l’intero art. 18⁴⁶.

Tra l’altro, il Codice si preoccupa di creare un collegamento tra la pianificazione territoriale e i piani di protezione civile, sancendo, all’art. 18, co. 3, che i “piani e i programmi di gestione e tutela e risanamento del territorio e gli altri ambiti di pianificazione strategica territoriale devono essere coordinati con i piani di protezione civile al fine di assicurarne la coerenza con gli scenari di rischio e le strategie operative ivi contenuti”.

Il Codice affida altresì alle Regioni e alle province autonome di Trento e di Bolzano il compito di assicurare le modalità di predisposizione ed attuazione delle attività volte alla previsione e prevenzione dei rischi (art. 11, co. 1, lett. a)) e ai comuni il compito di provvedere con continuità all’attuazione, in ambito comunale, delle attività di prevenzione dei rischi sulla base di quanto stabilito dalle regioni (art. 12, co. 2, lett. a)).

Il tempo ci dirà se il sistema di prevenzione introdotto dal Codice della protezione civile funzionerà.

Finora, con la normativa previgente, i risultati sul punto sono stati assai deludenti.

Tutto questo non deve sorprenderci: rispecchia il Paese in cui viviamo.

La società italiana, in generale, ha sempre dato il meglio di sé nelle emergenze, mentre nella gestione della normalità, come la fase della prevenzione e della ricostruzione, spesso ci si adagia, si rimanda l’attivazione delle procedure, si trasferiscono altrove le risorse, in altre parole non si pone in essere un’azione efficiente ed efficace.

Tuttavia, nel momento in cui l’emergenza diviene sempre meno eccezionale⁴⁷, e sempre più ordinaria, è necessaria un’attenzione e un attivismo maggiore nella fase della prevenzione, sia da parte delle istituzioni, che devono con maggior rigore pianificare, controllare e governare il territorio, sia da parte dei cittadini, che devono rispettare le regole evitando quei comportamenti e quelle azioni che aumentano il rischio del verificarsi di eventi pregiudizievoli.

Fondamentale è poi la cooperazione internazionale. A tal proposito,

⁴⁶ Sulla centralità dei procedimenti pianificatori per le funzioni di protezione civile si veda U. ALLEGRETTI, *Il Codice della protezione civile (d.lg. 2 gennaio 2018, n. 1)*, par. 4.

⁴⁷ C. MARZUOLI, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, cit., 11.

un importante passo in avanti, da molti definito storico, è stato fatto con l'accordo sul clima che è stato faticosamente raggiunto a Parigi il 12 dicembre 2015 (*Cop21*). Si tratta di un accordo che va indubitabilmente nella direzione giusta, considerato che i cambiamenti climatici rappresentano una delle più importanti cause di produzione di eventi calamitosi. Tuttavia, il successivo abbandono degli Stati Uniti, che ad oggi rappresentano l'unico paese al mondo a non aderire all'accordo, dimostra che la strada da fare su questo importante e decisivo versante è ancora lunga e incerta.

FEDERICO VALENTINI

NECESSITÀ E URGENZA:
L'EVOLUZIONE STORICA
E GIURIDICA DEI POTERI DELL'AMMINISTRAZIONE
PER FRONTEGGIARE LE EMERGENZE

SOMMARIO: 1. Il quadro costituzionale sulla necessità e urgenza. – 2. La necessità e l'urgenza nel sistema amministrativo. – 3. Cenni ai limiti costituzionali dei poteri emergenziali. – 4. Ipotesi normative di poteri d'ordinanza "forti": le ordinanze prefettizie e sindacali. – 5. *Segue*: I poteri della Protezione Civile e le relative ordinanze. – 6. I commissari straordinari. – 7. Dal diritto positivo dell'emergenza al nuovo codice della Protezione Civile. – 8. La necessità e l'urgenza nel settore dei trasporti: l'art. 57 del Codice del Terzo Settore.

1. *Il quadro costituzionale sulla necessità e urgenza*

Necessitas non habet legem, sed ipsa sibi facit legem. È con tale brocardo che nel diritto romano si giustificavano i poteri straordinari, esercitabili nei casi in cui si doveva far fronte a una situazione imprevista e imprevedibile, che imponeva una decisione nel provvedere immediata, senza possibilità che venisse prorogata.

Anche oggi, l'impostazione *de qua* presenta un ruolo indefettibile nell'ordinamento di ogni Stato ed in qualsiasi ramo dell'ordinamento stesso¹. Le norme che traggono giustificazione dalla necessità disciplinano le ipotesi in cui determinate circostanze, non previste e non prevedibili, impongono l'improcrastinabile adozione di misure straordinarie finalizzate a fronteggiare situazioni di emergenza.

Spesso accanto alla necessità si pone l'urgenza, ulteriore situazione che legittima l'adozione di atti e provvedimenti "*extra ordinem*", consentendo interventi immediati ed efficaci².

¹ Nell'ordinamento italiano la necessità e l'urgenza è materia trasversale investendo oltre l'ambito costituzionale, anche quello penale con lo stato di necessità quale causa di giustificazione (art. 54 c.p.) e quello civile con lo stato di necessità che comporta, in tema di responsabilità aquiliana, un'indennità in luogo del risarcimento del danno (2045 c.c.).

² Sulle ordinanze caratterizzate dalla necessità e urgenza la dottrina è sterminata per cui a titolo meramente semplificativo, cfr. R. GALLI, D. GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 2004, I, 35; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*,

Consapevole di quanto sopra espresso, già l'Assemblea costituente ha previsto sulla base di un fatto emergenziale vari poteri ed istituti: dall'art. 78 Cost., in forza del quale le camere dispongono lo stato di guerra e conferiscono al governo i poteri necessari per l'unica guerra costituzionalmente legittima che è quella volta a fronteggiare l'aggressione bellica straniera al fine di garantire la sopravvivenza dello Stato³, al successivo art. 120 che prevede la possibilità del governo di sostituirsi agli organi degli Enti locali in varie ipotesi, tra cui quella in cui ricorre un pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica. In quest'ultima norma è da ravvedersi la copertura costituzionale alle leggi ordinarie che prevedono l'assetto normativo relativo all'ordinario riparto di competenze tra lo Stato e gli Enti locali (si pensi ad esempio alla legge n. 225/1992 istitutiva della Protezione civile)⁴.

Ancora, dall'art. 126 della Carta fondamentale che prevede la possibilità di scioglimento del Consiglio regionale e la rimozione del Presidente della Giunta (oltre ai casi di compimento di atti contrari alla Costituzione o di gravi violazioni di legge che mettono in pericolo i principi cardini dell'ordinamento, nonché lo stesso ordine democratico) per ragioni di sicurezza nazionale, relative quindi ad eventi attinenti la sicurezza interna ed internazionale, all'art. 77 Cost. che conferisce al governo una competenza straordinaria all'esercizio provvisorio della funzione legislativa nei "casi straordinari di necessità e di urgenza".

Sulla interpretazione di detta locuzione, si sono delineati due orientamenti fondamentali: il primo che offre una lettura in senso restrittivo della stessa a cui viene attribuito essenzialmente un significato oggettivo⁵; un secondo, maggiormente recepito, interpreta la disposizione in

Giuffrè, Milano 2005, 333; S. CASSESE, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano 2004, 247; L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Monduzzi, Bologna, 2002, 57; L. GALATERIA, M. STIPO, *Manuale di diritto amministrativo, Principi generali*, Utet, Torino, 1993, 52.

³ Lo Stato di guerra è presupposto indefettibile del conferimento da parte del parlamento deliberante dei poteri necessari e straordinari al governo che può disporre sospensioni e deroghe del diritto ordinario tali da poter derogare al sistema costituzionalmente garantito della libertà e competenze. Per un approfondimento sui poteri conferiti all'esecutivo in caso di guerra, cfr. R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2014, 393 ss.

⁴ In merito cfr., *amplius*, L. BUFFONI, *La metamorfosi della funzione di controllo nella Repubblica delle Autonomie. Saggio critico sull'art. 120, co. II, della Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2007.

⁵ In questo senso, cfr. C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Utet, Torino, 1985, 292; G. VIESTI, *Il decreto-legge*, Jovene, Napoli, 1967, 118.

senso soggettivo⁶, rimettendo al governo e al parlamento la valutazione circa la loro sussistenza. Ne deriva che i presupposti del decreto legge sono “i casi straordinari” e “la necessità e l’urgenza”, laddove per caso straordinario si deve intendere ogni fatto imprevedibile, naturale o sociale, che mette in pericolo la vita, l’incolumità o i beni della persona; mentre necessità ed urgenza derivano da un giudizio espresso dal governo per cui si rende necessario non affrontare l’*iter* parlamentare⁷.

La necessità di un’effettiva sussistenza dei presupposti così come sopra individuati influenza sia il procedimento legislativo del decreto legge, che nel suo *iter* certamente valorizza il principio di leale collaborazione tra Presidente della Repubblica e Governo⁸, sia il successivo procedimento di conversione che, a norma dei regolamenti parlamentari, prevede l’intervento delle Camere⁹.

Al di là del dettato costituzionale, il decreto legge costituisce altresì oggetto di disciplina legislativa: ed invero, l’art. 15 della legge 23 agosto 1988 n. 400¹⁰ ha disposto – tra le altre cose – che i provvedimenti provvisori con forza di legge devono essere presentati per l’emanazione al Presidente della Repubblica con l’indicazione nel preambolo delle circostanze straordinarie di necessità e urgenza che ne giustificano l’adozione e che i decreti devono contenere misure di immediata applicazione ed il

⁶ In tal senso, su tutti, cfr. C. ESPOSITO, voce *Decreto-legge*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, XI, 1962, 835.

⁷ Per un’analisi esaustiva circa il dibattito sull’interpretazione della formula “casi straordinari di necessità e urgenza”, cfr. C. PINELLI, *Il decreto-legge e la teoria costituzionale: profili introduttivi*, in A. SIMONCINI (a cura di) *L’emergenza infinita. La decretazione d’urgenza in Italia*, Eum diritto costituzionale, Macerata, 2006, 57 ss.; sulla necessaria compresenza di entrambi i presupposti, cfr. M. RAVERAIRA, *Il problema del sindacato di costituzionalità sui presupposti della “necessità ed urgenza” dei decreti-legge*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1982, 117; sulla straordinarietà, cfr. L. CARLASSARE, *Conversazioni sulla Costituzione*, Cedam, Padova, 2002, 121.

⁸ Si ricorda, infatti, come il primo può – in via preventiva – chiedere chiarimenti al Presidente del consiglio e formulare osservazioni al Governo senza richiedere un riesame dell’atto; o può – in via successiva alla propria firma – far presente le proprie osservazioni oralmente o per iscritto sempre tramite richiesta di chiarimenti al Presidente del consiglio dei ministri; può inoltre, reinviare il decreto legge al Governo per un riesame, con propri rilievi che possono assumere la forma più opportuna o, infine, negare l’emanazione esplicitandone i motivi.

⁹ Il regolamento del Senato, nello specifico, prevede il parere obbligatorio preventivo della Commissione affari costituzionali in merito alla sussistenza dei requisiti di necessità e urgenza ed una verifica sugli stessi ad opera dell’assemblea che, qualora li ritenga mancanti, non procede alla conversione.

¹⁰ Sui limiti alla decretazione d’urgenza posti dall’art. 15 della legge 400/1988, cfr. A. PISANESCHI, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2015, 160 ss.

loro contenuto deve essere specifico, omogeneo e corrispondente al titolo. La disciplina relativa a tale legge è stata ritenuta dalla presidenza della Repubblica avente carattere ordinamentale ed è richiamata anche dai regolamenti parlamentari degli articoli citati.

Dunque, sebbene l'intera normativa positiva preveda come doverosa la verifica della necessità e urgenza da parte di vari organi costituzionali (Presidente della Repubblica, Commissioni parlamentari, Camera, Senato) ai fini della sua definitiva applicazione ed efficacia, non sembra che nella prassi ciò avvenga¹¹. Ed invero, il Capo dello Stato ha più volte contestato la mancanza dei requisiti di necessità e urgenza. In tal caso, però, il monito rivolto dal Presidente al Governo si è concretizzato in richiami più o meno espliciti all'Esecutivo, invitato a prestare maggiore attenzione alla sussistenza dei presupposti costituzionali posti a base della decretazione d'urgenza.

Peraltro, più volte si è lamentata la scarsa attenzione mostrata dal Capo dello Stato nel far fronte alla pressoché costante violazione del dettato costituzionale relativo ai presupposti del decreto legge da parte del Governo¹², ciò soprattutto in considerazione delle difficoltà che incontra la Corte Costituzionale, quale organo giurisdizionale posto a garanzia della carta fondamentale. Quest'ultima, non può svolgere alcun controllo a causa della provvisorietà del decreto legge, atteso che la limitata vigenza dello stesso determina che la Consulta sia chiamata ad intervenire quando il decreto legge non esiste più, o perché convertito in legge o perché decaduto. Anche i controlli delle Commissioni¹³, difficilmente

¹¹ Limitandosi ad una bibliografia essenziale, cfr. A. GHIRBELLI, *Necessità ed urgenza del decreto-legge nelle recenti pronunce del giudice costituzionale*, reperibile all'indirizzo www.forumcostituzionale.it, secondo cui il significato della clausola di cui all'art. 77 Cost. è stato – nonostante tutte le previsioni – completamente snaturato; inoltre, sull'ampia discrezionalità politica del governo nell'adozione di decreti legge, cfr. A. CELOTTO, *L'abuso del decreto-legge*, Cedam, Padova, 1997, 408 ss., che definisce il decreto legge “uno strumento prettamente politico” e G. GROTTARELLI DE' SANTI, *Uso e abuso del decreto-legge*, in *Diritto e società* n. 2/1978, 241 e ss.

¹² Per un approfondimento sul ruolo del Presidente della Repubblica sui decreti-legge, cfr. S.M. CICONETTI, *Decreti-legge e Poteri del Presidente della Repubblica*, in *Diritto e società* n. 1/1980; A. BALDASSARRE, *Il Capo dello Stato*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di) *Manuale di diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1997, Vol. II, 240 e F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di) *Manuale di diritto pubblico*, op. cit., 155.

¹³ Sul punto, cfr. C. ALIBERTI, *Il controllo parlamentare sugli atti normativi del governo: spunti ricostruttivi*, in R. SICKMANN, S. STAIANO (a cura di) *Funzioni parlamentari non legislative. L'esperienza italiana*, Giuffrè, Milano, 2008, 313 ss.; P. ILARI, *Il parere*

gestibili dato l'accavallarsi di molti decreti legge e la ristrettezza dei tempi di esame, non hanno determinato l'effetto di coinvolgere le deliberazioni assembleari ad un giudizio di veto.

Ugualmente le verifiche parlamentari, al pari di quanto avviene per le commissioni, risultano appesantite dalla prassi in uso relativa alla continua reiterazione dei decreti legge non convertiti¹⁴, al fenomeno dei decreti legge a catena¹⁵ che si succedono nel giro di poco tempo ridisciplinando la stessa materia anche durante la fase di conversione dei precedenti decreti della catena, al ricorso sempre più frequente all'accorpamento tra decreti legge¹⁶, alla prassi (ormai regola) di introdurre nei decreti discipline del tutto eterogenee, nonché al corposo contenuto degli stessi, che si presenta spesso con pochi articoli, ma con centinaia di commi ciascuno (si pensi ai decreti *omnibus* o ai decreti mille proroghe che sono diventati vere e proprie leggi finanziarie a scadenza semestrale).

Diffusa è anche la pratica dei decreti a perdere¹⁷ per cui – dopo un primo intervento con decreto legge – si opta per l'emanazione di ulteriori decreti i quali sono poi lasciati decadere per mancata conversione del primo decreto legge (ne è un esempio il decreto Alitalia); non è da sotto-cedere, infine, il ricorso (anch'esso frequente) alla questione di fiducia nei casi di corposità e di natura intersettoriale della materia.

Fra Governo e Parlamento si instaura sostanzialmente un rapporto di tipo politico, mentre il controllo sui requisiti di necessità e urgenza è un controllo di tipo giuridico che non viene esercitato dal Parlamento rispetto al decreto legge.

Dunque, il ricorso allo strumento di cui all'art. 77 Cost. è ormai di-

parlamentare in relazione all'attività normativa del Governo, in A. BARBERA, T. GIUPPONI, (a cura di) *La prassi degli organi costituzionali*, Bup, Bologna, 2008, 379 ss.

¹⁴ Sull'argomento, molto trattato in dottrina, cfr. l'esauritivo articolo di A. CELOTTO, *Il controllo della Corte costituzionale sugli abusi del decreto-legge. Un fenomeno tipico degli ordinamenti italiano e brasiliano*, VII Congresso iberoamericano de derecho constitucional, reperibile all'indirizzo www.rivistaaic.it, nel quale l'Autore fa un quadro completo del fenomeno della reiterazione e sull'abuso dello stesso; V. ANGIOLINI, *La reiterazione dei decreti-legge. La Corte censura i vizi del governo e difende la presunta virtù del Parlamento?* in *Dir. pubbl.*, 1997, 114 ss.; V. LIPPOLIS, *La reiterazione dei decreti legge*, in *Diritto e società*, 1981, 245 che rileva come la reiterazione, da fenomeno "raro e straordinario" diventa "normale sorte dei decreti legge accanto alla conversione".

¹⁵ Si rinvia alla lettura dell'articolo di R. ZACCARIA, E. ALBANESI, *Il decreto-legge tra teoria e prassi*, reperibile all'indirizzo www.forumcostituzionale.it.

¹⁶ Cfr., sul punto, G. PICCIRILLI, *Non è incostituzionale l'accorpamento tra decreti-legge, se si mantiene l'omogeneità materiale*, in *Giur. Costituzionale* A 59 (2014) n. 6, 4459 ss.

¹⁷ Al riguardo, cfr. R. ZACCARIA, E. ALBANESI, *Il decreto-legge tra teoria e prassi*, cit.

ventato una regola, con la conseguenza che la necessità e urgenza assumono il valore di una clausola di stile introdotta in qualsiasi atto relativo al procedimento di approvazione, senza che mai se ne sia verificato in concreto il relativo presupposto. In presenza di un vero e proprio abuso della decretazione d'urgenza, è senza dubbio ammirevole lo sforzo perpetrato negli anni dalla Consulta volto a riportare il decreto legge nel suo alveo costituzionale¹⁸. Tuttavia, il diritto vivente dimostra come le seppur autorevoli pronunce del giudice delle leggi non siano sufficienti a far recuperare al decreto legge il suo ruolo naturale derogatorio ed eccezionale; infatti, si dovrebbe incidere maggiormente sulle cause effettive che hanno portato ad abusare dello strumento d'urgenza sulla base di un'asserita situazione emergenziale ormai costante.

Il problema non è di poco conto, perché dalla ordinarietà del decreto legge nell'esperienza attuale deriva una conseguenza anche sugli squilibri complessivi della forma di governo.

2. *La necessità e l'urgenza nel sistema amministrativo*

Oltre alle norme costituzionali attributive di poteri straordinari, la legislazione vigente conferisce ulteriormente poteri ad organi amministrativi volti ad adottare ordinanze in deroga al diritto vigente con il precipuo fine di far fronte a situazioni di emergenza¹⁹.

Storicamente, il potere in esame è stato individuato nel “creare il diritto per il caso singolo, limitatamente a quelle situazioni di necessità e urgenza per le quali nessuna norma può provvedere²⁰”, espressione della più ampia potestà d'imperio della amministrazione volta al soddisfacimento e alla cura di un interesse pubblico tramite l'adozione di un prov-

¹⁸ Al riguardo, cfr. S. BOCCALATTE, *Tra norma e realtà: riflessioni sulla motivazione del decreto-legge alla luce della sentenza n. 171/2007*, 5 Settembre 2007, in www.federalismi.it; A. CELOTTO, *La “seconda rondine”: ormai c'è un giudice per i presupposti del decreto-legge*, in www.giurcost.org; Corte Cost., 15 dicembre, 2010, n. 355 in www.giurcost.org con nota di A. RUGGERI *Ancora in tema di decreti-legge e leggi di conversione, ovvero di taluni usi impropri (e non sanzionanti) degli strumenti di formazione (a margine di Corte cost. nn. 355 e 367 del 2010)*, in www.forumcostituzionale.it; G. MONACO, *“Necessità e urgenza” del decreto-legge: alcune precisazioni della Corte dopo la storica sentenza n. 171/2007*, in www.gruppodipisa.it che rinvia a A. RUGGERI, *Ancora in tema di decreti-legge e leggi di conversione*, cit.

¹⁹ Sul concetto di emergenza cfr. A. SIMONCINI, *L'emergenza infinita*, cit.

²⁰ Così, L. GALATERIA, *I provvedimenti amministrativi di urgenza*, Giuffrè, Milano, 1953, 21.

vedimento amministrativo che impone obblighi di condotta positivi o negativi la cui inosservanza comporta l'irrogazione di sanzioni.

Prescindendo da un'ardua panoramica sulle svariate classificazioni elaborate dalla dottrina²¹, sarà utile al fine del presente studio, distinguere le c.d. ordinanze *ordinarie* (ordinanze amministrative in senso stretto) dalle c.d. ordinanze di necessità, per poi individuare nell'ambito di quest'ultime le c.d. ordinanze contingibili ed urgenti.

Le ordinanze di necessità si traducono in atti straordinari adottati da autorità amministrative in deroga alla normativa vigente in casi impreveduti, eccezionali ed urgenti a fronte dei quali i poteri amministrativi ordinari sarebbero del tutto insoddisfacenti. In questa sede si intende porre l'attenzione su un sottotipo delle ordinanze ultime citate, ossia le c.d. ordinanze contingibili ed urgenti, e ciò in considerazione del fatto che le stesse, alla luce della massiccia prassi attuativa, peraltro spesso incurante dell'effettività dei presupposti legittimanti e a seguito di un intervento normativo teso a sganciare l'esercizio del potere da situazioni emergenziali, hanno creato notevole allarme nel mondo giuridico.

Un aspetto certamente rilevante e prioritario riguarda la legittimazione²² del potere di adottare le ordinanze *de quibus*: al riguardo, viene

²¹ La dottrina distingue tipi e sottotipi di ordinanza in modo diverso a seconda del criterio di riferimento prescelto, per cui non si ha classificazione univoca. A ciò aggiungasi che neanche la terminologia è coincidente essendo utilizzati indifferentemente le denominazioni di: ordinanze di necessità ed urgenza, ordinanze contingibili ed urgenti, provvedimenti urgenti, ordinanze eccezionali di particolare gravità e così via. La *summa divisio* viene individuata tra ordinanze ordinarie e ordinanze di necessità e, nell'ambito di queste ultime, la dottrina maggioritaria distingue tra ordinanze necessitate (a contenuto tipico emesse in caso di necessità) ed ordinanze contingibili ed urgenti (a contenuto non predeterminato emesse in caso di necessità ed urgenza). Così, A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1989, 74; G. MARAZZITA, *Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza*, op. cit., 7; G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, cit., 423; R. CAVALLI PERIN, *Poteri di ordinanza e principio di legalità*, Giuffrè, Milano, 1990, 3. In modo diverso, G.U. RESCIGNO, *Ordinanze e provvedimenti di necessità ed urgenza*, in *Noviss. Digesto*, XII, Utet, Torino, 1965, 90.

²² La teoria giuridica in epoca risalente distingueva tra legalità e legittimazione: la prima era un attributo del potere considerato legale se esercitato in conformità alla legge, la seconda atteneva alla giustificazione etico-politica del potere, considerato legittimo allorché si basava su un titolo considerato giusto. Con l'avvento del costituzionalismo liberale e, quindi dello Stato di diritto, la indicata contrapposizione assume contorni più sfumati e viene intesa in senso meno radicale: invero se il potere deve essere conferito dalla legge, ma dalla legge deve essere disciplinato nel contenuto e nei limiti, l'osservanza del principio di legalità costituisce il titolo giustificativo dello Stato di diritto attribuendo legittimità al suo potere. Al riguardo, cfr. C. RUPERTO, *Legalità costituzionale*, in www.rivistaaic.it.

in considerazione il rapporto tra tale potere e il generale principio di legalità²³, rapporto che non si pone in maniera antinomica per le ordinanze ordinarie e le ordinanze di necessità (non contingibili ed urgenti) sopra individuate: nel primo caso si ha l'esercizio di un potere amministrativo tipico, osservante del principio di legalità, tipicità e nominatività proprio dei provvedimenti amministrativi²⁴; nella seconda ipotesi l'esercizio del potere derogatorio opera altresì nel rispetto di detto principio in quanto il Legislatore non si limita all'indicazione dei presupposti legittimanti, prevedendone espressamente la tipologia e consistenza.

Diversamente, nell'ipotesi di ordinanze contingibili ed urgenti il relativo potere può derogare al diritto vigente al fine di far fronte a situazioni straordinarie, da affrontare e risolvere tempestivamente, tramite ordinanze (atipiche) il cui contenuto è determinato dall'autorità amministrativa in relazione alla situazione emergenziale determinatasi in concreto.

Nulla quaestio – dunque – circa il fondamento necessariamente normativo del potere, ma quel che appare problematico è l'aspetto inerente il contenuto dell'atto, stante il carattere eccezionale delle ordinanze in cui tale potere si esplica che ne impedisce una definizione *ex ante* da parte del Legislatore, così che il successivo ed eventuale controllo giurisdizionale sulla legittimità non potrà usufruire di un preciso parametro

²³ Il principio di legalità è un principio generale del nostro ordinamento giuridico relativo ai rapporti tra la legge e l'azione della pubblica amministrazione e in particolare tra l'attività politica che indica i fini da perseguire e l'attività amministrativa che in concreto mira a perseguirli. La Costituzione non contiene una formulazione espressa del principio in esame per cui il fondamento dello stesso sarebbe da individuare implicitamente nell'art. 97, II comma, Cost. che porta a ritenere che tutte le attività amministrative, non già solo l'organizzazione, deve essere conforme alla legge; Vi è, tuttavia, chi ritiene che detto fondamento va ravvisato, sempre in via implicita, negli artt. 24 e 113 Cost. laddove – prevedendosi un controllo giurisdizionale sull'attività amministrativa – si dispone la non esercitabilità del potere amministrativo *contra legem*. Il principio di legalità è espressamente previsto nell'art. 1 della Legge 241/1990 in forza del quale l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla Legge secondo le modalità fissate dalla stessa, nonché in base ai principi individuati dall'ordinamento comunitario. Il principio di legalità può assumere due diversi significati: quello di legalità formale secondo cui l'amministrazione non ha altri poteri all'infuori di quelli conferiti dalla Legge e quello di legalità sostanziale, per cui l'amministrazione è tenuta ad esercitare il potere riconosciute nelle modalità e con i contenuti previsti nella legge stessa.

²⁴ Cfr. R. NOBILE, *Le ordinanze del sindaco in materia di incolumità pubblica e sicurezza urbana*, in www.lexitalia.it; R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di Diritto amministrativo*, neldirittoeditore, Roma, 2008, 386, in cui gli Autori fanno rilevare che la funzione delle ordinanze ordinarie è quella di individuare in concreto i destinatari di un precetto generale ed astratto già previsto nell'ordinamento e di precisarne il concreto il contenuto.

legislativo. Sotto questo aspetto contenutistico, la dottrina maggioritaria²⁵ ritiene che le ordinanze siano una deroga al principio di legalità e, più precisamente, al principio di tipicità che ne costituisce un corollario. In particolare, tali atti amministrativi non trovano nella previa legge attributiva del potere una definizione del contenuto, né tantomeno degli effetti, che sono infatti individuati liberamente dall'autorità emanante in relazione alla necessità ed urgenza presentatasi in concreto. Ne deriva che le ordinanze contingibili ed urgenti dovrebbero avere un campo di applicazione assai limitato e circoscritto, pur riconoscendosi che trattasi di un "male necessario" data la loro funzione di "valvola di sicurezza"²⁶ del sistema, consentendo per i casi di urgenza di curare il pubblico interesse con le misure che al momento appaiono più opportune secondo le circostanze.

All'interno di tale orientamento dottrinale, nella ricerca della relazione esistente tra principio di legalità e ordinanze contingibili ed urgenti, si è anche assunta una posizione meno rigorosa, ritenendo che l'esercizio del potere d'ordinanza non costituisce un'eccezione, bensì una semplice restrizione del principio di legalità il quale cederebbe solo parzialmente alle esigenze di necessità, consentendo all'autorità amministrativa, all'occorrenza, il potere di determinare *ex se* il contenuto del provvedimento in modo da apprestare un'adeguata tutela degli interessi pubblici in pericolo.

Altra parte della dottrina²⁷, non dando per presupposto il principio di legalità, parte da una diversa prospettiva, chiedendosi quale sia l'effettiva portata di detto principio in un sistema di diritto amministrativo in cui le ordinanze in esame sono previste e quindi ammesse; non condividendo quindi la pretesa assolutezza di tale principio, rinviene la legittimità delle stesse sul diverso principio di necessità; non ci si troverebbe – pertanto – in presenza di una semplice deroga al principio di legalità, ma di un altro modello giuridico dell'attività amministrativa diverso da quello basato sul principio di legalità, nel quale la tipicità non va intesa in senso tradizionale (identico schema per ciascun provvedi-

²⁵ Cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XIV ed., Jovene, Napoli 1984, 73, 596; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II ed., Giuffrè, Milano, 1993, 706; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, IX ed., Giuffrè, Milano, 2007, 339; S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, II ed., Torino, 2010, 299 ss.

²⁶ Così M.S. GIANNINI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit.

²⁷ M. RAMAJOLI, *Potere di ordinanza e Stato di diritto*, saggio destinato agli Scritti in onore del Prof. Alberto Romano, in *www.giustamm.it* 2011 e C. MARZUOLI, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, in *Annuario AIPDA*, Giuffrè, Milano, 2005, 5 ss.

mento e previa determinazione legislativa di tutti gli elementi fondamentali dello stesso), ma in relazione ad ogni tipologia di potere (vincolato o discrezionale) previsto ed esercitato nel caso specifico²⁸.

In altri termini il carattere straordinario e la funzione che le ordinanze assolvono, giustificano la mancanza di predeterminazione legislativa del contenuto; mancanza che consente all'attività amministrativa un certo margine d'azione indispensabile per far fronte ai diversi e spesso imprevedibili fatti emergenziali.

In tale ambito dottrinale si fa rilevare – comunque – che la scelta contenutistica rimessa all'autorità amministrativa non è da considerare “libera” in quanto, in presenza del potere di ordinanza, ciò che rileva e che rende l'atto conforme al principio di legalità è solamente il rispetto del criterio di proporzionalità-congruità, nella specie la proporzione tra due elementi: i presupposti di tale potere (necessità e urgenza) e la deroga più o meno ampia all'ordinario criterio di separazione delle competenze dei diversi pubblici poteri. La relazione tra detti elementi è stretta ed inscindibile: il fatto emergenziale determina e porta alla luce interessi meritevoli di tutela che non possono essere garantiti con l'esercizio dei poteri ordinari e pertanto la *vis* derogatoria, riconosciuta in termini di eccezione, costituisce il mezzo attraverso il quale i citati interessi vengono presi in considerazione dall'ordinamento. E la relazione è tale che giustifica il potere d'ordinanza non solo nella previsione da parte dell'ordinamento, ma anche nell'esercizio in concreto dello stesso che – per l'appunto – deve essere strettamente congruo e adeguato all'evento emergenziale presentatosi in concreto.

Ne deriva che il potere d'ordinanza contingibile ed urgente trova nella congruità non solo fondamento, ma anche limite e parametro del sindacato giurisdizionale²⁹: i provvedimenti amministrativi d'urgenza rimangono sempre sindacabili sotto il profilo della proporzionalità e ragionevolezza tra presupposti e misure adottate e della adeguatezza dell'attività istruttoria³⁰.

²⁸ Cfr. L. PISCITELLI, *Sulla nozione di tipicità dell'atto amministrativo*, Ecig, Genova 2003, 112; M.S. GIANNINI, *Sulla tipicità degli atti amministrativi*, in *Scritti in memoria di Aldo Piras*, Giuffrè, Milano, 1996, 319 ss.; C. MARZUOLI, *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, op. cit..

²⁹ Cfr. V. SARCONI, *Ordinanze e ordinamento giuridico: dal diritto dell'emergenza all'emergenza del diritto*, Nota a Consiglio di Stato, Sez. IV, 16 Novembre 2011 n. 6050, in www.democraziaesicurezza.it.

³⁰ Sul punto, cfr. A. CARDONE, *La normalizzazione dell'emergenza*, Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo, Cedam, Padova, 2011. Nell'ampia monografia sui poteri emergenziali si evidenzia, tra l'altro, che le deroghe alle procedure ordinarie

Il minimo comune denominatore delle citate prospettazioni dottrinarie³¹ sul fondamento e sulla *ratio* del potere d'ordinanza contingibile ed urgente è dato dal necessario suo radicamento su un evento che effettivamente presenti i caratteri della contingibilità, (intesa come esistenza di un fatto non prevedibile di durata limitata), della necessità, (intesa come inefficienza ed inutilità dei mezzi ordinari apprestati dall'ordinamento) e dell'urgenza, (cioè la non rinviabilità dell'azione in relazione alla previsione di danno incombente); radicamento che conferisce al potere in esame una connotazione del tutto eccezionale nell'ordinamento giuridico.

Senonché nella prassi si è assistito ad un continuo e massiccio ricorso alle ordinanze di necessità ed urgenza anche in situazioni che non avevano nulla di imprevedibile ed urgente, così che la dottrina si è espressa in termini di “normalizzazione del potere emergenziale”³², di “emergenza permanente”³³, di passaggio dal “diritto dell'emergenza all'emergenza del diritto”³⁴, sempre mettendo in luce le conseguenze alle quali conduce tale modo di esercizio del potere, incidendo peraltro sulla forma di Governo³⁵.

Rimandando oltre l'individuazione degli interventi legislativi tesi ad una progressiva normalizzazione del potere di ordinanza (cfr. § 4), giova rilevare che anche la giurisprudenza amministrativa ha “remato” in tal senso. Ed invero, da una parte è stato dequotato il carattere dell'imprevedibilità e della contingenza dell'evento ritenendo legittime ordinanze emesse in relazione ad una preesistente situazione di pericolo e quindi tali da non far fronte ad una situazione nuova ed imprevedibile³⁶,

comportano una drastica carenza di forme partecipative di cui alla legge 241/1990 nonché dell'istituto della conferenza di servizi e vengono riportati anche i dati statistici relativi al ricorso dei poteri amministrativi d'ordinanza nel periodo 1992-2010. L. D'ANDREA, *Brevi considerazioni sui limiti dei poteri emergenziali nel sistema costituzionale*, in AA.VV., *Gli atti normativi del Governo tra Corte Costituzionale e giudici* (Atti del Convegno di Milano 10-11 Giugno 2011) a cura di M. CARTABIA, E. LAMARQUE, P. TANZARELLA, Cedam, Padova, 2011, 305.

³¹ A cui si aggiungono quella di L. D'ANDREA, *Brevi considerazioni sui limiti dei poteri emergenziali nel sistema costituzionale*, cit., di F.F. PAGANO, *Dal decreto-legge alle ordinanze di Protezione Civile, ampiezza e limiti costituzionali del sindacato del giudice amministrativo sul potere extra ordinem del Governo*, 2011, in *www.rivistaaic.it*; C. MARZUOLI, *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, op. cit.; L. GIUNNITTI, P. STELLA RICHTER, voce *Urgenza* (diritto pubblico) in Enc. dir., vol. XLV, Giuffrè, Milano 1992, 902.

³² Così A. CARDONE, *La normalizzazione dell'emergenza*, cit.

³³ Cfr. M. RAMAJOLI, *Potere di ordinanza e Stato di diritto*, cit.

³⁴ Cfr. V. SARCONI, *Ordinanze e ordinamento giuridico*, cit.

³⁵ Cfr. V. SARCONI, *Ordinanze e ordinamento giuridico*, cit.

³⁶ Cons. St., Sez. V, 27 ottobre 1986, n. 568, in *Giur. civ.*, 1987 in Cons. St. 1986,

dall'altro si è sfumato il limite della corrispondenza tra presupposti e finalità specifiche cui devono essere preordinate le ordinanze intendendosi le materie di intervento (nella specie tutela dell'igiene e della salute pubblica) in senso del tutto estensivo-evolutivo³⁷. E ancora, si è affermata la ricorrenza della necessità anche in ipotesi nelle quali sarebbe stato sufficiente ricorrere a poteri ordinari tipici³⁸, si è riconosciuta la legittimità delle ordinanze anche in presenza di una normativa speciale a cui si sarebbe dovuto ricorrere³⁹ e si è dato assenso ad ordinanze prive del carattere della temporaneità⁴⁰.

3. *Cenni ai limiti costituzionali dei poteri emergenziali*

La Corte Costituzionale, chiamata ad intervenire più volte sulla legittimità del potere di ordinanza, ha sempre salvaguardato l'esistenza delle norme primarie attributive della competenza affrontando, oltre la questione dell'ammissibilità della deroga alla normativa primaria, anche quella dei limiti al suddetto potere.

Con la sentenza 2 luglio 1956 n. 8, la Corte dichiarava infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 TULPS, istitutivo di un potere di ordinanza prefettizia che aveva vietato la vendita dei giornali politici e lo strillonaggio in strada, per violazione degli artt. 76 e 77 Cost., fissando i seguenti limiti al potere di ordinanza: efficacia temporanea, motivazione adeguata, pubblicazione, conformità dell'ordinanza ai principi dell'ordinamento giuridico. Il limite dei principi generali dell'ordinamento fu individuato di nuovo con la pronuncia del 23/05/1961 n. 26, ritenendo l'art. 2 citato incostituzionale solo nei limiti in cui mancava nella norma un qualsiasi riferimento ad essi: negata la na-

1548; Cons. St., Sez. V, 29 aprile 1991, n. 700, in *Foro. it.*, 1991, in *Cons. St.*, 1991, 741; Cons. St., Sez. IV, 8 ottobre 1996, n. 1100, in *Cons. St.*, 1996, I, 1456; Cons. St., Sez. V, 4 febbraio 2001, n. 1904; Cons. St., Sez. IV, 25 settembre 2006, n. 5639 in *Comuni Italia*, 2006.

³⁷ Cfr. Cons. St., Sez. V, 2 aprile 2001, n. 1904, in *Riv. giut. edil.*, 1998, I, 89.

³⁸ Cons. St., Sez. V, 30 marzo 1998 n. 377 in *Foro amm.-C.d.S.*, 2002; Cons. St., Sez. V, 13 marzo 2002 n. 1490.

³⁹ Cfr. TAR Campania, Sez. I, 27 maggio 2000, n. 813, TAR Puglia, Sez. I, 24 gennaio 2006, n. 488 e TAR Lombardia, Sez. IV, 2 aprile 2008, n. 715 tutte in riferimento alla materia dei rifiuti e, dunque, dell'inquinamento ambientale.

⁴⁰ Cons. St., Sez. V, 9 febbraio 2001, n. 580, in *Urb e app.*, 2001, Cons. St., Sez. IV, 13 ottobre 2003, n. 6168; in *Comuni Italia*, 2003; Cons. St., Sez. IV, 22 giugno 2004, n. 4402; Cons. St., Sez. V, 13 febbraio 2009, n. 828.

tura legislativa delle ordinanze, si fissava un limite invalicabile nella riserva assoluta di legge e non in quella relativa, a condizione che la norma attributiva del potere circoscrivesse adeguatamente la discrezionalità dell'amministrazione.

La natura giuridica delle ordinanze⁴¹ venne affrontata successivamente più volte, dapprima con sentenza del 4 gennaio 1977, n. 4 e, successivamente e in maniera più approfondita, con sentenza del 3 maggio 1987, n. 201: nella prima la Corte ammetteva la natura "normativa" delle ordinanze contingibili ed urgenti pur negando la loro collocazione tra le fonti del diritto; nella seconda se ne affermava la natura amministrativa, ponendosi ulteriori limiti al potere derogatorio quali la necessaria autorizzazione legislativa specifica indicante i presupposti, la materia, la finalità dell'intervento (non necessariamente il contenuto), l'adeguatezza delle ordinanze al fatto emergenziale e la temporaneità delle stesse⁴².

Tali limiti non riuscirono ad arginare adeguatamente l'esercizio del potere eccezionale; in particolare, il riferimento relativo ai principi generali dell'ordinamento appariva evanescente e di assoluta indeterminatezza⁴³.

Dinanzi al fenomeno debordante delle ordinanze in esame, con successiva sentenza del 14 aprile 1995, n. 127, la Corte – ritenuta ancora una volta la legittimità costituzionale della norma attributiva del potere di ordinanza – affermava che il potere derogatorio avesse carattere ecce-

⁴¹ Per una ricognizione delle diverse e numerose posizioni dottrinali in merito, cfr. A. ANDRONIO, *Le ordinanze di necessità ed urgenza per la tutela ambientale*, Giuffrè, Milano, 2004. L'attitudine delle ordinanze contingibili ed urgenti a derogare sia pure provvisoriamente alla disciplina di rango primario, nonché il carattere dell'innovatività, hanno indotto parte della dottrina ad inquadrare dette ordinanze tra le fonti di grado secondario: in quanto atti idonei a trovare applicazione in casi non predeterminati né prevedibili, se ne mette in luce il carattere dell'astrattezza e della generalità. Altra parte della dottrina, al contrario, ne riconosce il carattere amministrativo atteso che hanno efficacia limitata nel tempo e non comportano un'innovazione nell'ordinamento, non avendo forza abrogativa delle norme di rango primario.

⁴² Individuati i principi generali dell'ordinamento quali limite esterno al potere di ordinanza, si è avuta di conseguenza la specificazione normativa che le ordinanze sono emanate sì in deroga ad ogni disposizione vivente, ma nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico (si pensi ad esempio al disposto dell'art. 5 della legge 225/1992).

⁴³ Per un'ampia panoramica della giurisprudenza amministrativa che ha cercato di dare maggior concretezza ai principi generali dell'ordinamento, cfr. A. NEGRELLI, *Il limite dei principi generali al potere d'ordinanza di necessità ed urgenza nella giurisprudenza italiana*, in *Foro amm. TAR*, 9, 2012, 3009 ss.; E. PIANESE, *Limiti al potere d'ordinanza della P.A.*, in *www.justwin.it*.

zionale riconoscendo così la possibilità di deroghe provvisorie e non anche di abrogazione e modificazioni delle norme vigenti. Nella stessa si evidenziava la necessaria ricorrenza di un rapporto di strumentalità tra fatti emergenziali e misure da adottare e – con riguardo alla natura giuridica delle ordinanze – non si parlava (come avvenuto precedentemente) di atti normativi non qualificabili come fonti del diritto, bensì di atti amministrativi e pertanto “la legge della protezione civile deve essere interpretata *sucundum ordinem* in modo da scongiurare qualsiasi pericolo di alterazione del sistema della fonti”.

Dunque, al fine di potere contrastare l’abuso del potere di ordinanza, il limite viene precisato e si fa stringente in quanto “non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell’azione amministrativa”⁴⁴.

Da rilevare che la Consulta ha affrontato altresì il rapporto tra Stato ed enti territoriali minori ritenendo che l’emergenza non può giustificare un sacrificio illimitato dell’autonomia regionale in quanto garantita da un potere di ordinanza – autorizzato in via d’eccezione – ben circoscritto legislativamente (con riferimento alla legge n. 225/1992) attraverso il riconoscimento della sussistenza di un nesso di proporzionalità-adequatezza tra la qualità e natura degli eventi e le misure adottate, la previsione di forme di leale collaborazione e concertazione nelle fasi organizzative ed attuative dei provvedimenti, nonché la fissazione di limiti puntuali, temporali e contenutistici⁴⁵. Dopo la riforma del titolo V della

⁴⁴ Così si esprime la Consulta in un passaggio della sentenza n. 115/2011.

⁴⁵ Cfr. C. Cost. n. 418/1992, n. 127/1995, n. 327/2003, n. 39/2003, n. 284/2006 e, da ultimo, anche n. 222/2006 e n. 196/2009 per un commento alle quali si rinvia a T.F. GIUPPONI, *Sicurezza urbana e ordinanze sindacali: un primo (ed inevitabilmente parziale) vaglio del Giudice delle leggi*, in *Le Regioni*, 2009, 1421 ss.; P. BONETTI, *La prima interpretazione costituzionalmente conforme (e restrittiva) dei provvedimenti (anche ordinari) dei Sindaci in materia di sicurezza urbana e l’opinabile sopravvivenza dei sindaci quali “Ufficiali di Governo”*, in *Le Regioni*, 2009, 1403 ss. Dopo le modifiche apportate al titolo V della Costituzione e alla prassi invalsa nella Protezione civile a netto vantaggio delle prerogative statali, anche la giurisprudenza amministrativa (Cons. St., Sez V, n. 6809/2002) in *Ragiusam*, 2003, 45, ha evidenziato che il potere d’ordinanza in deroga della Protezione Civile deve tener conto della nuova realtà che riconosce allo Stato funzioni di promozione e coordinamento dell’attività e agli enti territoriali la gestione dell’attività sul territorio in ossequio al principio di sussidiarietà verticale. Al riguardo, in dottrina, cfr. F. DI LASCIO, *La Protezione civile nella legislazione successiva alla riforma del Titolo V*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2004, 385 ss.; G. FARES, *Ordinanze statali di necessità ed urgenza e salvaguardia dell’autonomia regionale: limite dei principi fondamentali o*

Costituzione, la Corte Costituzionale evidenzia la necessità che la partecipazione dell'ente Regione all'organizzazione e alle attività di Protezione Civile avvenga in base al principio di concertazione e leale collaborazione tra Stato ed autonomie territoriali, non riconoscendo alla Regione la possibilità di bloccare con legge regionale le disposizioni di necessità ed urgenza del Commissario nominato per far fronte ad un fatto emergenziale verificatosi nel territorio⁴⁶.

Si ritiene altresì evidenziare che l'eccessiva dilatazione del concetto di emergenza ha destato allarme anche a livello sovranazionale, soprattutto in materia di appalti laddove è dato al potere di ordinanza possibilità di deroga alla legislazione vigente. Le procedure di infrazione aperte dalla Commissione europea a carico dello Stato italiano in ipotesi di emergenza⁴⁷, unitamente al rilevante numero di procedimenti penali in merito da parte della magistratura, hanno indotto il Presidente del Consiglio dei Ministri alla adozione della direttiva 22 Ottobre 2004 in materia contrattuale relativa agli appalti di lavori, forniture e servizi di rilievo comunitario, ponendo limiti alla forza derogatoria del potere di ordinanza.

4. *Ipotesi normative di poteri d'ordinanza "forti": le ordinanze prefettizie e sindacali*

Le fattispecie normative relative ai poteri di ordinanza di necessità sono varie, alcune delle quali risalenti e di applicazione pratica abbastanza sporadica. Senonché – per lo più a seguito della legge istitutiva della Protezione Civile quale servizio nazionale ad organizzazione piramidale – si è avuto un progressivo e massiccio aumento delle ordinanze contingibili ed urgenti, soprattutto nell'ultimo decennio.

In questa sede si dedicherà maggior spazio espositivo ai poteri d'ordinanza "forti" previsti attualmente nel nostro ordinamento, ritenuti maggiormente significativi in quanto capaci di incidere concretamente sull'assetto normativo ed istituzionale dello stesso e, quindi, tali da de-

chiamata in sussidiarietà?, in *Giur. Cost.*, 2007, 2937; G.P. DOLSO, *Sul principio cooperativo tra Stato e regioni in situazioni di emergenza*, in *Le Regioni*, 1996, 552.

⁴⁶ Cfr. C. Cost. n. 277/2008 con nota di P. M. VIPIANA, *La Corte boccia nuovamente una legge regionale paralizzatrice di un effetto dell'ordinanza statale di necessità ed urgenza*, in *Giur. Cost.*, 2009, 459 ss.

⁴⁷ Cfr. CGE 18/6/2007, C-382/05; CGE 14/6/2007, C-82/06; CGE 4/03/2010, C-297/08.

stare un serio sospetto di illegittimità costituzionale. Si intende far riferimento a quel potere d'ordinanza denominato in dottrina "libero"⁴⁸, vale a dire il cui presupposto legittimante è definito in termini generici (portata generale), le cui misure da adottare non sono tipizzate nella norma (contenuto libero) e avente la *vis* derogatoria della legge.

"Il capostipite vigente"⁴⁹ di un potere d'ordinanza di tale tipo si rinviene nel R.D. 18/6/1931 n. 773 (ora art. 2 TULPS) in base al quale "Il Prefetto, nel caso di urgenza o per grave necessità pubblica, ha facoltà di adottare i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica"⁵⁰.

Il potere derogatorio non direttamente esplicitato, si è desunto dal riferimento alle misure indispensabili non altrimenti definite e dal carattere straordinario della competenza attribuita all'autorità ed è stato riconosciuto nella prassi d'attuazione non solo in relazione alle norme secondarie, ma anche a quelle di rango superiore; giova sul punto ricordare la pronuncia con cui la Consulta ritenne la prevalenza della tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza su tutte le norme vigenti⁵¹. Trattasi di una competenza generale volta a far fronte sia ad emergenze naturali che pubbliche – così come individuate dal Prefetto – a contenuto assolutamente libero data l'assenza di una sia pur minima indicazione contenutistica e/o teleologica. I poteri legittimanti (necessità ed urgenza) sono gli stessi di quelli posti a base del potere governativo di emettere decreti-legge con il quale condividono la modalità di autoattivazione caratteriz-

⁴⁸ Così G. MARAZZITA, *Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza*, op. cit. nel quale si prendono in particolare considerazione le ordinanze generali a contenuto libero. Infatti, con riferimento al presupposto legittimante previsto dalla norma attributiva del potere, l'Autore distingue tra ordinanze generali (capaci di far fronte a fatti emergenziali innominati) e speciali (previste per emergenze definite); con riferimento alla previa definizione legislativa del contenuto, distingue tra ordinanze a contenuto libero o vincolato avuto riguardo al grado più o meno dettagliato della predeterminazione legislativa. In senso conforme, E. CASETTA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2008, 508.

⁴⁹ G. MARAZZITA, *Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza*, op. cit.

⁵⁰ La disposizione è stata integrata con sentenza additiva della Corte Costituzionale n. 26/1996, prevedendosi il limite dei principi generali dell'ordinamento. Integrazione che si è resa necessaria a seguito della sentenza della stessa Corte n. 8/1956.

⁵¹ C. Cost. 2 Luglio 1956 n. 8 cit., sentenza che fu accusata di mettere in serio pericolo il diritto di libertà di stampa degradandolo ad interesse legittimo. Sul punto, cfr. M. MAZZIOTTI, *Efficacia delle sentenze interpretative di rigetto della Corte Costituzionale in Giur. Cost.* 1960, 110 ss.; F. BILANCIA, *Ordinanze di necessità e potere di deroga al diritto oggettivo*, in *Giur. Cost.* 1992, 3609 ss.

zata dalla coincidenza nello stesso organo del giudizio sul verificarsi dei presupposti legittimanti e della dichiarazione (in questo caso tacita) dello stato di emergenza⁵².

Per quanto il potere in esame sia esercitato in maniera settoriale e sporadica (per lo più per la sicurezza delle manifestazioni sportive e la vendita e detenzione di bevande alcoliche) è potenzialmente allarmante in ordine all'uso che potrebbe trovare a seguito di interpretazioni non corrette di ordine e sicurezza pubblica.

Altra ipotesi di potere forte d'ordinanza si ravvisa nell'art. 54, comma IV, D.Lgs. n. 162/2000 (TUEL) che, nella sua formulazione originaria, nell'attribuire al Sindaco le funzioni di competenza dello Stato, consentiva al medesimo – in qualità di ufficiale del Governo – di adottare “con atto motivato provvedimenti anche contingibili ed urgenti al fine di prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana”. Anche in tal caso il potere derogatorio (implicito) si è fatto risalire al carattere straordinario dello stesso, nonché alla assoluta indeterminatezza contenutistica; carattere che poi è apparso in maniera più evidente allorché si è avuta l'aggiunta normativa che ne ha individuato un limite “nei principi generali dell'ordinamento”. La generalità del potere – *ab initio* – è stata riferita alla genericità dei presupposti (pericoli) individuati solo nel grado (gravi), nonché nell'indeterminazione delle finalità da perseguire (l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana). Vi è poi chi enfatizzava il potere d'ordinanza, laddove l'indicazione dell'avverbio “anche” innanzi alla locuzione “contingibili ed urgenti”, lasciava pensare che il Sindaco potesse emettere ordinanze anche in mancanza di situazioni emergenziali.

Testimonianza dell'allarme suscitato è data dai continui ridimensionamenti che la disposizione è venuta ad avere nel corso del tempo: a parte l'introduzione del limite alla forza derogatoria del potere così come sopra precisato, ci si riferisce innanzitutto all'introduzione, ad opera dell'art. 6 D.L. n. 92/2008, del comma 4-*bis* all'art. 54 TUEL in attuazione del quale il Ministero dell'Interno, con decreto del 5/8/2008, ha integrato la disciplina primaria meglio definendo i beni cui è preordinata la tutela, stabilendo all'art. 1 che per incolumità pubblica si deve inten-

⁵² Con il termine “autoattivazione” si fa riferimento all'ipotesi nella quale il giudizio sul verificarsi dei presupposti legittimanti e la dichiarazione espressa o tacita dello stato d'emergenza sono attribuiti allo stesso organo titolare della competenza straordinaria. Diversamente, si parla di “eteroattivazione” quando non sussiste detta coincidenza, affidandosi la dichiarazione espressa dello stato d'emergenza ad organo diverso da quello cui compete la verifica dei presupposti.

dere “l’integrità fisica” e per sicurezza urbana “un bene pubblico da tutelare attraverso attività poste a difesa, nell’ambito locale, del rispetto delle norme che regolano la vita civile, per migliorare le condizioni di vivibilità nei centri urbani, la convivenza civile e la coesione sociale” e all’art. 2 ha individuato varie situazioni giustificative del potere quali il degrado urbano, il danneggiamento al patrimonio sia privato che pubblico, l’incuria, il degrado, nonché l’occupazione abusiva d’immobili, l’intralcio alla viabilità e – da ultimo – l’accattonaggio molesto o la prostituzione su strada⁵³. Infine, si deve alla Corte Costituzionale⁵⁴ l’eliminazione dal testo legislativo dell’avverbio “anche”, negandosi così la temuta previsione normativa di emettere ordinanze che non siano contingibili ed urgenti.

È evidente che il potere del Sindaco ne risulta ridimensionato, passando da una competenza generale ad una competenza speciale, anche se sempre rilevante in quanto a contenuto libero.

Nella prassi attuativa, in ogni caso, non si è mai abusato da parte dei Sindaci del potere d’ordinanza *de quo*, come risulta dai dati in possesso dalle Prefetture alle quali i relativi provvedimenti si devono previamente inviare anche al fine della predisposizione degli strumenti necessari per la loro attuazione.

Il TUEL prevede, inoltre, ulteriori competenze sindacali (art. 50, V comma e art. 54, III comma) che, sia pure a contenuto libero nel primo caso o vincolato nel secondo, non sono speciali per essere i relativi presupposti legittimanti sufficientemente definiti. Va rilevato, comunque, che nella prassi attuativa si nota una certa confusione nell’individuazione delle norme attributive del potere spesso citate nelle ordinanze congiuntamente, sì da rendere difficile la verifica sul rispetto dei limiti posti all’esercizio del potere fissati da ciascuna norma in modo diverso.

Altre ipotesi di ordinanze generali atipiche si rinvencono nella Legge n. 833 del 23.12.1978 istitutiva del Servizio sanitario nazionale (TULS): precisamente all’art. 32, I comma, ove si attribuisce al Ministero della Sanità il potere di “emettere ordinanze di carattere contingibili ed urgenti in materia di igiene e sanità pubblica o di polizia veterinaria, con efficacia estesa all’intero territorio nazionale o parte di esso comprendente più regioni”, nonché al terzo comma del medesimo articolo ove –

⁵³ Corte Cost., 1 luglio 2009, n. 196, in *Foro it.*, 2010 con cui si è disposto che spetta allo Stato, e per esso al Ministero dell’Interno, definire le nozioni di “incolumità pubblica” e di “sicurezza urbana” previste dall’art. 6 D. Lgs. 92/2008 e individuare le ipotesi in cui i Sindaci sono autorizzati ad adottare i relativi provvedimenti.

⁵⁴ Corte Cost., 7 aprile 2011, n. 115, in *Giur. Cost.*, 2011.

per le emergenze in ambito locale – si prevede che “nelle medesime materie sono emesse dal Presidente della Giunta regionale e dal Sindaco ordinanze di carattere contingibile ed urgente con efficacia estesa rispettivamente alla Regione o parte del suo territorio comprendenti più comuni e al territorio comunale”. Sul piano attuativo dette norme non hanno dato luogo, almeno sino ad ora, a perplessità giuridiche se non per il richiamo congiunto della norma attributiva del potere, nella prima ipotesi, ad altre disposizioni di cui al Testo Unico delle leggi sanitarie e alla legge istitutiva del SSN (che contengono altri poteri d’ordinanza del Ministro della sanità) e, nella seconda ipotesi, al già menzionato art. 50, V comma, TUEL così da determinare la stessa situazione confusionale denunciata per le ordinanze sindacali di sovrabbondanza e sovrapposizione di competenze.

5. Segue: *I poteri della Protezione Civile e le relative ordinanze*

I poteri di necessità e di urgenza sopra esaminati, non sono di poco conto se si considera che si rimette all’amministrazione (in persona del Ministro, del Prefetto o del Sindaco) sia il giudizio sulla ricorrenza dei requisiti di necessità e di urgenza quali presupposti legittimanti il potere *de quo*, sia l’individuazione delle misure da attuare in concreto. Ad ogni buon conto, tali poteri straordinari dell’amministrazione non hanno determinato, in passato, un eccessivo allarme in ragione dell’avvenuto utilizzo degli stessi in modo del tutto episodico.

L’allarme, al contrario, si è generato allorquando – istituito nel 1992 il Servizio nazionale di Protezione Civile⁵⁵ e previste le relative ordinanze a carattere emergenziale – si sono avute successive modifiche legislative che hanno portato ad un ampliamento straordinario sino a collegare il suddetto servizio ad eventi per nulla emergenziali, quali i “grandi eventi”⁵⁶. Dunque, si è proceduto con una dilatazione dei presupposti del potere emergenziale a livello normativo fino a renderli sostanzialmente indeterminati e rimessi ad una valutazione dell’amministrazione eccessivamente discrezionale, con la conseguenza che i confini che delimitano il potere hanno perso la loro iniziale nitidezza⁵⁷.

In via preliminare, va sottolineato come la legge 24 febbraio 1992, n.

⁵⁵ In generale, cfr. L. GIAMPAOLINO, *Il servizio nazionale di protezione civile*, Giuffrè, Milano, 1993.

⁵⁶ Categoria introdotta dalla legge 9 Novembre 2001, n. 401.

⁵⁷ Cfr. C. MARZUOLI, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, op. cit., 6 ss.

225 si struttura giustamente su due distinte forme di intervento: la prima, *ex ante*, mira a prevedere e quindi ad evitare il fatto calamitoso (ciò non è sempre possibile) o comunque ad evitare o limitare le pregiudizievoli conseguenze che tale fatto, seppur non evitabile, può generare, (ciò è sempre possibile); la seconda, *ex post*, tende a prendere ogni misura idonea a fronteggiare e superare in tempi brevi lo stato di emergenza. È evidente che trattasi di forme di intervento strettamente collegate ed integrate.

Limitando l'attenzione all'ultima forma di intervento, si osserva che le ordinanze necessitate della Protezione Civile presuppongono la dichiarazione a monte dello stato di emergenza ad opera del Consiglio dei Ministri che, adottata da ultimo nella forma di decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, autorizza l'esercizio necessitato di ordinanza anche in deroga ad ogni disposizione vigente, pur nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento (art. 5, II comma, legge 225/1992).

Tale potere – *ab initio* – è stato posto dalla legge in relazione a “calamità naturali, catastrofali o altri eventi che, per intensità di estensione, debbano essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari” (Art. 2 lett. c) della legge 225/1992). Le relative competenze sono distinte orizzontalmente tra tutte le amministrazioni centrali e periferiche dello Stato, della Regione, della Provincia e dei Comuni, ma la prassi attuativa individua, quale titolare del potere, il Presidente del Consiglio dei ministri che si avvale di commissari delegati di fronte a fatti emergenziali, nazionali o locali, di forte entità.

Andando ad esaminare dette ordinanze nei relativi presupposti, è evidente la notevole elasticità nei parametri, sia nella valutazione dello stato emergenziale rimessa al governo o all'iniziativa del Presidente del Consiglio dei ministri (la relativa delibera è condizione di legittimità del successivo esercizio del potere di ordinanza), sia nell'individuazione degli specifici fatti legittimanti detto potere di cui al citato art. 2 lett. c) della legge istitutiva della Protezione Civile. Non appare per nulla chiara la distinzione tra calamità naturale e artificiale e soprattutto tra calamità e catastrofi; queste, peraltro, devono essere caratterizzate – come anticipato – da una certa intensità ed estensione tale da rendere necessario l'intervento di poteri e mezzi straordinari. A ciò aggiungasi che tra i presupposti dell'ordinanza in esame figuravano anche i non meglio specificati “altri eventi” che, non essendo stati definiti in modo alcuno, davano luogo al dubbio se si trattava di eventi diversi dalle calamità e catastrofi ma comunque rientranti nella categoria dei fenomeni naturali o di eventi di altro tipo.

La norma, dunque, appariva tautologica e a formulazione generica

così da generare sin da allora qualche perplessità e preoccupazione alimentate ulteriormente dalla tipologia ricorrente delle ordinanze a contenuto libero, per mancanza di una qualsivoglia determinazione del contenuto né nella legge del 1992 né in atti successivi; perplessità e preoccupazione che si sono presto trasformate in allarme quando con la legge 401/2001 si è valorizzato il concetto di evento, introducendo nella legge l'art. 5-*bis* che prevedeva l'attivazione del potere di ordinanza non in relazione ad un fatto emergenziale, bensì al verificarsi dei cosiddetti "grandi eventi" che determinano situazioni di grave rischio rientrando nella competenza del dipartimento della Protezione Civile ed essendo diversi da quelli per i quali si rende necessaria la delibera dello stato di emergenza. Di qui l'interrogativo se il "grande evento" fosse da considerare una *species* del più ampio *genus* "calamità naturali" o se si trattava di eventi anche di altro genere.

In base all'orientamento recepito⁵⁸, il grande evento rientrerebbe nell'ipotesi residuale degli "altri eventi" previsti nel citato art. 2 della legge 225/1992 da intendersi questi ultimi di natura omogenea rispetto alle catastrofi o alle calamità naturali. Secondo tale impostazione, l'intervento legislativo del 2001 non avrebbe portata innovativa limitandosi ad esplicitare ciò che, in definitiva, era già previsto nella legge istitutiva del Servizio nazionale della Protezione Civile.

Nella prassi attuativa però si è venuto man mano a sviluppare, e quindi a consolidarsi, un modello definito para-emergenziale, trasponendo in esso tutti i meccanismi propri del regime di protezione civile nati per far fronte a situazioni emergenziali in circostanze connotate da presupposti legali e fattuali del tutto diversi da quelli di protezione civile. In definitiva, non rinvenendosi nella norma attributiva del potere alcun cenno in ordine alla ordinarietà o straordinarietà del c.d. grande evento, si è autorizzata la Protezione Civile ad emanare ordinanze in deroga per far fronte non solo a fatti naturali che sfuggono alla volontà e al controllo umano, ma anche a grandi eventi determinati dalla condotta umana ed espressamente voluti ed organizzati e, in quanto tali, non inaspettati né imprevedibili.

Orbene, la prassi applicativa conferma quanto sopra asserito, avendo la Protezione Civile qualificato "grandi eventi" manifestazioni religiose (cerimonie di beatificazione, visite pastorali del Papa) e culturali (Expo 2015), accadimenti sportivi (Coppa *Louis Vuitton*, mondiali di nuoto di Roma 2009) e incontri politici intergovernativi (summit G8).

⁵⁸ Cfr. G. BERTOLASO, *Risposta del Governo ad interpellanza urgente*, Camera dei Deputati, seduta del 15/04/2010, n. 2-00647.

È evidente che, in tale contesto normativo dai confini non adeguatamente precisati dal Legislatore, trova terreno fertile l'arbitrio e il sopruso nell'esercizio del potere di urgenza: il potere politico cerca di conquistare sempre maggiore spazio di libertà e ampia forza degli strumenti a disposizione per dare libera espansione a quella che è stata autorevolmente definita "indomita volontà di potenza"⁵⁹.

Successivamente, sono da segnalare tre interventi normativi, contenuti in leggi di conversione di decreti-legge, in tema di protezione civile o di enti locali, tutti adottati nell'arco del primo decennio degli anni duemila: con il primo intervento sull'impianto della legge istitutiva⁶⁰, si è reso possibile esercitare il potere di ordinanza necessitata anche all'estero, sia per un fatto emergenziale sia per un grande evento e, al contempo, si è escluso dall'attività di Protezione Civile il Ministro dell'Interno, concentrandone il relativo potere e la conseguente responsabilità sul Capo dell'esecutivo.

Il secondo intervento si è avuto dopo tre anni dall'ultimo menzionato⁶¹, con il quale attraverso una norma definita di interpretazione autentica, si è eliminato con effetto retroattivo il visto della Corte dei Conti, quale condizione di efficacia di tutti gli atti dell'Esecutivo privi di forza di legge, facendo cadere – dunque – l'unico controllo preventivo di legittimità sugli atti della Protezione Civile, in spregio all'art. 100 Cost.⁶².

La terza innovazione normativa⁶³ ha escluso dal patto di stabilità le spese degli Enti locali per opere collegate a fatti emergenziali, ivi compresi i grandi eventi.

⁵⁹ Così si esprime G. MARAZZITA, *Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza*, cit. riprendendo la filosofia di F. NIETZSCHE in *La volontà di potenza. Saggio di una trasvalutazione di tutta i valori* del 1901. Come esaustivamente riportato da Marazzita, secondo il filosofo la volontà di potenza non si identifica semplicemente come il desiderio concreto di qualcosa, bensì con il desiderio incessante di rinnovamento e di accrescimento del "superuomo" il quale, appunto è espressione di tale inesauribile pulsione vitale.

⁶⁰ Trattasi della legge 26 luglio 2005, n. 152, di conversione con modificazioni del D.L. 31 maggio 2005 n. 90 recante "disposizioni urgenti in materia di protezione civile"

⁶¹ È stato attuato con il D.L. 23 maggio 2008, n. 90, convertito in legge 14 luglio 2008, n. 123 recante "Misure straordinarie per fronteggiare l'emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti nella regione Campania e ulteriori disposizioni di protezione civile".

⁶² Cfr., sul punto, S. AGOSTA, *Dove c'è potere non c'è responsabilità*, in L. D'ANDREA, L. RISICATO, A. SAITTA, (a cura di), *Potere e responsabilità nello Stato costituzionale, Prospettive costituzionalistiche e penalistiche*, (Atti del convegno Messina, 11 marzo 2011), Giappichelli, Torino, 2014, 86.

⁶³ D.L. 25 gennaio 2010, n. 2, convertito in legge 26 marzo 2010, n. 42 recante "Interventi urgenti concernenti enti locali e regioni".

Il quadro che ne risultava era a dir poco inquietante⁶⁴: si riconosceva al Presidente del Consiglio, a seguito di una sua valutazione dell'evento come "grande" (decisione monocratica), un potere di natura straordinaria con possibilità di sospensione del diritto vigente in condizioni ordinarie quali può essere un grande evento certo, spezzando quel nesso di unione fondamentale e garantista tra fatto emergenziale e stato di eccezione destinato a farvi fronte.

Tale *modus operandi* è stato fortemente avversato dalla dottrina⁶⁵ che ha dato luogo ad un generale e rinnovato dibattito in tema di poteri *extra ordinem* e diritto dell'emergenza.

La situazione, non è certo sfuggita alla Corte Costituzionale che ha assunto sempre maggiore coscienza del problema. Ed invero, pur confermando anche nel caso della Protezione Civile, l'indirizzo giurisprudenziale che ritiene conforme alla Carta fondamentale il potere di ordinanza, ne ha individuato i relativi limiti e condizioni: conferma, infatti, l'essenziale presupposto dell'autorizzazione legislativa tale da circoscrivere il potere di ordinanza in ossequio al principio di legalità sostanziale; si conferma l'intangibilità dei principi generali dell'ordinamento giuridico e dei principi comunitari in materia; si sostiene la temporaneità limitata e, in ultimo, si evidenzia il carattere della strumentalità intesa come necessaria proporzionalità tra misure straordinarie ed evento imprevisto e come divieto di interventi che prescindono dal contesto emergenziale⁶⁶.

Anche la Corte dei Conti è intervenuta al fine di dare interpretazione restrittiva alla locuzione "grande evento", escludendo dal novero di esso l'organizzazione e lo svolgimento della competizione velistica "*Louis*

⁶⁴ Basti pensare che in seguito al summit G8 tenutosi nel 2009 a L'Aquila (città colpita nell'aprile di quell'anno dal devastante sisma) vi è stato un tentativo di istituzionalizzazione e di consolidazione della struttura organizzativa della protezione Civile in capo al Governo, mediante la previsione di costituzione di una società di capitali denominata "Protezione Civile Servizi spa" avente il precipuo fine di garantire economicità e tempestività agli interventi del Dipartimento della Presidenza del Consiglio dei Ministri per lo svolgimento delle funzioni strumentali del medesimo. (art. 16 del DDL n. 95/2009).

⁶⁵ Cfr. a titolo meramente esemplificativo, V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, in Atti del LIII Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione, Giuffrè, Milano, 2008; C. IANNELLO, *L'emergenza rifiuti in Campania: i paradossi delle gestioni commissariali*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 2/2007, 71; C. VENTIMIGLIA, *Un'emergenza da inefficienza: poteri di ordinanza extra ordinem in materia di protezione civile*, in *Cons. Stato*, 2004, II, 971; E. ALBANESI, R. ZACCARIA, *Le ordinanze di protezione civile*, in *Giur. Cost.*, 2009, 2231.

⁶⁶ Cfr. C. Corte Cost., 14 aprile 1995, n. 127, in *Riv. giur. amb.*, 1996.

Vuitton Cup” e la celebrazione del 150° anniversario dell’unità d’Italia⁶⁷.

Le argomentazioni dottrinali e giurisprudenziali avverse ad un modello di Protezione Civile distante dai previsti meccanismi di garanzia e controllo dell’attività amministrativa, unitamente ai numerosi e consistenti interventi del giudice penale volti a contrastare i ripetuti episodi di illegalità e malcostume legati ad un uso forzato del regime derogatorio in relazione ai grandi eventi, hanno indotto il Legislatore ad intervenire di nuovo⁶⁸ procedendo ad una riscrittura, anche chirurgica, delle disposizioni più controverse della legge n. 225/1992. La Protezione Civile torna all’originaria vocazione di struttura deputata agli interventi di emergenza, restituendo la fase successiva al verificarsi di gravi catastrofi naturali alle autonomie locali.

Prima di tutto viene eliminato il riferimento ai tanto criticati “grandi eventi” individuando i presupposti legittimanti del potere nelle “calamità naturali o connesse con l’attività dell’uomo che in ragione della loro intensità ed estensione debbono, con immediatezza d’intervento, essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari durante limitati e prefigurati periodi di tempo”.

Si argina, inoltre, la generalità consueta della dichiarazione dello stato di emergenza, ponendosi l’accento sul fattore temporale: l’ordinanza “madre”⁶⁹ deve indicare la durata (non superiore a sessanta giorni ed eventualmente prorogata per non più di ulteriori quaranta) e la estensione territoriale dell’emergenza in stretto riferimento alla qualità e alla natura degli eventi ed, inoltre, deve indicare l’amministrazione competente in via ordinaria a coordinare gli interventi successivi alla scadenza del termine di durata dello stato d’emergenza.

Si dà la titolarità del poter d’ordinanza “figlia” al Capo del dipartimento di Protezione Civile, si definisce il contenuto dell’ordinanza preordinandola all’organizzazione dei servizi di soccorso e di assistenza ai soggetti colpiti dagli eventi, nonché agli interventi provvisori strettamente necessari alle prime necessità e se ne dispone la trasmissione per informazione al Ministero dell’Interno ovvero al Presidente del Consiglio dei Ministri. Le ordinanze emanate entro trenta giorni dalla dichiarazione dello stato di emergenza sono immediatamente efficaci, mentre

⁶⁷ Cfr. la Deliberazione 4 marzo 2010, n. 5, in www.cortedeiconti.it

⁶⁸ Ad opera del D.L. 15 maggio 2012, n. 59, convertito in legge 12 giugno 2012, n. 100.

⁶⁹ Espressione coniata da S. AGOSTA, *Il potere d’ordinanza contingibile ed urgente, quale laboratorio costituzionale a cielo aperto*, in *Atti di un incontro di studio* (Messina - Siracusa 19 - 20 Novembre 2010), Giappichelli, Torino, 2011.

quelle successive richiedono il concerto del Ministero dell'economia e finanze.

Quanto all'eccessiva facilità di reperire risorse economiche dietro il paravento dell'emergenza, già la legge n. 10/2011 aveva introdotto il controllo preventivo del Ministero dell'economia per quelle ordinanze che prevedevano lo stanziamento o l'impiego di denaro con il rischio di compromettere la necessaria immediatezza d'interventi ed aveva introdotto la cd "tassa delle disgrazie" individuando le regioni quali enti nei cui bilanci fossero previsti i necessari stanziamenti, facendo ricorso anche a tassazione aggiuntive. Dal punto di vista di reperimento delle risorse necessarie, la legge n. 100/2012 prevede che l'emergenza venga finanziata da un fondo specifico (Fondo nazionale della protezione civile) la cui dotazione è annualmente determinata dalla legge di stabilità e che la contabilità speciale aperta per la specifica emergenza sia intestata all'autorità amministrativa competente a coordinare gli interventi per un periodo corrispondente a quello necessario al fine del compimento degli stessi.

Si cerca di porre fine a quell'esautoramento delle funzioni spesso determinato dall'emergenza dell'amministrazione competente all'esercizio delle stesse in via ordinaria, stabilendo l'obbligatorietà di indicazione nelle ordinanze dei soggetti responsabili per l'attuazione degli interventi previsti ai quali affidare ambiti definiti di attività, soggetti individuati nel soggetto pubblico ordinariamente competente allo svolgimento delle attività in via prevalente; onde rimediare al denunciato mancato coinvolgimento regionale è stata prevista un'intesa preventiva Stato/Regioni che possa anticipare il contenuto dell'ordinanze di Protezione Civile.

Successivamente, con legge 15 ottobre 2013, n. 119, si interviene nuovamente sulla precedente legge 225/1992 elevando la durata massima dell'emergenza a centottanta giorni, prorogabili sino ad ulteriori centottanta ed individuando l'amministrazione competente in via ordinaria non più nella deliberazione dello stato di emergenza del Consiglio dei Ministri, ma nella ordinanza di subentro emanata allo scadere d'emergenza. Si è sostituito il "Fondo nazionale per la Protezione Civile" con il "Fondo per le emergenze nazionali" e si è stabilito che le risorse finanziarie da destinare agli interventi per l'emergenza finalizzate al soccorso e all'assistenza siano indicate nella delibera che dichiara lo stato emergenziale, in attesa dei fabbisogni effettivi; in caso di insufficienza è prevista una possibilità d'integrazione da parte del Consiglio dei Ministri.

L'evoluzione normativa sullo stato di emergenza ha dunque portato

ad un notevole ridimensionamento del potere di ordinanza della Protezione Civile, ponendo fine al periodo di durata di “monarchia assoluta” della stessa.

Da rilevare comunque che le tormentate vicende della Protezione Civile non si esauriscono qui, avendo il Parlamento previsto un delega al Governo (legge 16 marzo 2017, n. 30) preordinata al riordino delle disposizioni legislative in materia di sistema nazionale della protezione civile, sfociata nel d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1, cd. Codice della Protezione Civile, che verrà esaminato nel paragrafo 7 di questo lavoro.

6. I Commissari straordinari

Nonostante la decompressione dei poteri in capo alla Protezione Civile, il diritto amministrativo ordinario trova ancora deroghe per il costante ricorso al fenomeno del commissariamento. Sempre più frequente è la previsione e l'istituzione di organi amministrativi straordinari che trovano ragion d'essere in svariate esigenze quali una situazione d'emergenza, un'impossibilità a provvedere per l'amministrazione ordinaria, un'esigenza di realizzare obiettivi specifici e prioritari come potrebbe essere lo sviluppo economico.

Ed invero, i commissari straordinari proliferavano in seno all'organizzazione amministrativa già prima della riforma del 2012 proprio in ragione della indeterminatezza del concetto di “grande evento” che andava di gran lunga oltre le calamità e le catastrofi⁷⁰, così che venivano attribuiti (come accade tuttora) poteri straordinari a soggetti titolari di cariche istituzionali⁷¹ oppure a soggetti del tutto esterni all'amministrazione del territorio⁷².

⁷⁰ Si pensi, tra gli innumerevoli esempi, a Expo 2015, manifestazione rientrata nei “grandi eventi” con DPCM 30 agosto 2007, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 211 del successivo 11 settembre in ragione della “particolare complessità organizzativa dell'evento sotto il profilo della sicurezza, dell'ordine pubblico, della mobilità, della ricezione alberghiera, per la quale sono stati programmati interventi infrastrutturali e predisposte strutture ricettive adeguate o riconvertite le strutture esistenti, anche ai fini dell'accoglienza e dell'assistenza sanitaria”.

⁷¹ Cfr. M. FRANCAVILLA, *Sussidiarietà e leale collaborazione alla prova dei fatti: l'emergenza rifiuti in Campania*, *Corr. giur.*, 2008, 301 ss., il quale rileva che la nomina di un commissario già operante nell'amministrazione è espressione dei principi di sussidiarietà e di leale collaborazione.

⁷² La prassi dimostra come trattasi di tecnici, professionisti esperti nel settore di riferimento.

La dubbia legittimità di tale *modus operandi* si palesava nelle facili e continue deroghe alle garanzie procedurali di cui alla legge 241/1990, alle norme sul rapporto di pubblico impiego nelle pubbliche amministrazioni e alle regole comunitarie e nazionali sulla procedura di evidenza pubblica e sulla consequenziale scelta del contraente in materia di appalti pubblici. Con riferimento a quest'ultimo settore, molto frequente era l'affidamento di lavori mediante trattative private senza alcuna forma di pubblicità. La Commissione europea – preso atto della mancanza di urgenza quale unico presupposto legittimante la deroga alla procedura ordinaria – avviava nel 2003 una procedura d'infrazione nei confronti dell'Italia, il cui Governo non era rispettoso della Direttiva 2004/18/CE che prevede la possibilità di evitare un bando di gara in ipotesi molto limitate⁷³.

Di qui, l'emanazione della Direttiva 22 ottobre 2004 ad opera del Presidente del Consiglio dei ministri⁷⁴ introduttiva di limiti più stringenti per derogare alle norme vigenti in tema di contratti pubblici, così da riportare la prassi amministrativa ad una maggiore osservanza delle regole ordinarie. Tuttavia, non sembra che tale intervento sia stato risolutivo in tal senso perché anche dopo il 2004 i Commissari hanno sovente continuato ad esercitare il potere straordinario sui “grandi eventi” in totale mancanza della necessità e urgenza e, soprattutto, hanno proceduto ad affidare la progettazione e la esecuzione delle opere necessarie senza osservare le procedure ordinarie di affidamento degli appalti imposte dalle disposizioni comunitarie, così come recepite dalla direttiva PCM del 2004⁷⁵.

Né mancavano ipotesi in cui i Commissari straordinari – in nome di pretesi gravi pericoli per l'incolumità o la sicurezza – si dimostravano non rispettosi delle autonomie locali le quali spesso venivano private dei

⁷³ Rileva, al riguardo, l'art. 31 della menzionata direttiva che, elencando tutte le ipotesi in cui si può evitare il bando, recita, al primo comma lett. c) che qui interessa: “nella misura strettamente necessaria, quando l'estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le amministrazioni aggiudicatrici in questione, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette o negoziate con pubblicazione di un bando di gara di cui all'articolo 30. Le circostanze invocate per giustificare l'estrema urgenza non devono essere in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici”.

⁷⁴ Recante: “Indirizzi in materia di protezione civile in relazione all'attività contrattuale riguardante gli appalti pubblici di lavori, di servizi e di forniture di rilievo comunitario”, pubblicata in G. U. del 21 dicembre 2004, n. 298.

⁷⁵ Così M. CAPANTINI, *I grandi eventi. Esperienze nazionali e sistemi ultrastatali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010, 189.

poteri e delle competenze loro riservati⁷⁶; ipotesi, queste, non riconducibili al potere sostitutivo di cui all'art. 120 Cost. che trova legittimazione nella perdurante inerzia degli Enti⁷⁷.

Vi è da dire che dopo la legge 100/2012 – che non solo ha inciso sul piano organizzativo della Protezione Civile, ma ha introdotto una nuova definizione di evento straordinario prevedendo una forte limitazione temporale della durata dell'emergenza, si è registrato, comunque, un notevole ridimensionamento del ruolo e delle funzioni del Commissario straordinario⁷⁸ al quale fa da contraltare un rafforzamento del ruolo e delle funzioni delle amministrazioni locali, in particolare delle Regioni, nella misura in cui le stesse sono chiamate ad intervenire per porre fine allo stato emergenziale regolato in prima battuta dall'intervento della Protezione Civile⁷⁹.

Per completezza, occorre guardare anche al di fuori dell'immensa area in cui sono ricompresi i grandi eventi, pertanto si ritiene doveroso andare oltre i confini della Protezione Civile e rammentare come la figura del Commissario straordinario nasce nello specifico settore delle opere pubbliche e – più precisamente – delle grandi incompiute, trovando fondamento normativo nell'art. 13 del D.L. 67/1997 (non a caso volgarmente detto “decreto sblocca cantieri”) convertito in legge 23 maggio 1997, n. 135. Tali figure si possono sostituire agli organi competenti inerti al fine di garantire la realizzazione dell'opera, provvedendo ove necessario anche in deroga alle disposizioni vigenti, ma sempre nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento.

Nonostante si sia dubitato dell'efficacia dei suddetti commissari⁸⁰, la legislazione più recente prevede l'istituzione di commissari straordinari anche in altri tipi di lavori pubblici: si pensi ad esempio alle “infrastrut-

⁷⁶ Basti pensare alle ordinanze del summit G8 che derogano alle competenze comunali di cui all'art. 13 T.U.E.L..

⁷⁷ Al riguardo, cfr. A. D'ATENA, *Il principio unitario nel sistema dei rapporti tra Stato e Regioni*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Jovene, Napoli, 2004, 737; G. SCACCIA, *Il potere di sostituzione in via normativa della Legge n. 131 del 2003. Prime note*, in *Le Regioni*, 4/2004.

⁷⁸ Così G. AVANZINI, *Il Commissario straordinario*, Giappichelli, Torino, 2013, 39 ss.

⁷⁹ È stato introdotto, infatti, l'obbligo di individuare già nel provvedimento che dichiara lo stato di emergenza all'amministrazione che deve subentrare in via ordinaria per la regolamentazione della fase successiva al primo intervento. Alla fine della gestione commissariale, il Capo dipartimento emana un'ordinanza volta a favorire il subentro della individuata amministrazione (non a caso tale ordinanza è detta “di subentro”).

⁸⁰ Cfr. A. FIORITTO, *I commissari straordinari per il completamento delle opere incompiute*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 1159 ss.

ture strategiche di preminente interesse nazionale” di cui all’art. 2 del D.Lgs. n. 190/2002 poi trasposto nell’art. 163 del Codice dei Contratti pubblici. In tale ambito i Commissari svolgono funzioni di indirizzo e coordinamento e, previa eventuale organizzazione del Presidente del Consiglio dei ministri, possono sostituirsi agli organi competenti nell’emanazione degli atti necessari assumendo così tutti i poteri previsti nel D.L. 67/1997.

Diversa è la figura di Commissario proposta per la realizzazione di infrastrutture prioritarie per il rilancio dell’occupazione e dell’economia nazionale di cui all’art. 20 del D.L. 29 novembre 2008, n. 185, (c.d. decreto anticrisi) convertito in legge 2/2009⁸¹. Ad esso sono attribuiti compiti di monitoraggio, di impulso e di adozione di tutti gli atti necessari anche in deroga alle disposizioni vigenti, purché rispettino la normativa comunitaria e i principi generali dell’ordinamento.

I commissari straordinari non si esauriscono nelle ipotesi sopra menzionate, operando anche in altri settori⁸², ma ciò che accomuna tutte le numerose figure astrattamente previste è la *ratio* ad esse sottesa, da ravvisare nell’esigenza di sopperire ad una inefficienza dell’amministrazione mediante una gestione unitaria che possa portare ad un miglioramento del sistema. Sulla base di tale considerazione, si è giunti a ritenere che i relativi atti – che trovano fondamento non nella necessità e urgenza bensì nell’incapacità del titolare della funzione – hanno natura ordinaria e alternativa, dovendosi ricondurre alla sostituzione amministrativa che si delinea nel rapporto tra enti con la conseguenza che la figura del Commissario più che straordinaria, dovrebbe essere considerata ordinaria⁸³.

Tuttavia, occorre prestare attenzione nel ritenere che il Commissario straordinario sia in realtà ordinario, perché si rischierebbe di legittimare il ricorso alla figura del Commissario ogni qual volta si debba provvedere alla realizzazione di un’opera o alla organizzazione di un evento di particolare risonanza, vale a dire con una frequenza eccessiva, dimenticando che trattasi pur sempre di una figura che trova la sua legittimazione nella temporaneità, quale caratteristica peculiare dell’emergenza. Ed è proprio questo – in spregio ai principi del nostro sistema amministrati-

⁸¹ Per un’analisi esaustiva di queste due figure peculiari di Commissario straordinario, cfr. G. AVANZINI, *Il Commissario straordinario*, op. cit., 43 ss.

⁸² Si pensi ancora all’ipotesi di Commissario straordinario per le opere autostradali, prevista dall’art. 5, D.L. 14/03/2005 n. 35, e disciplinata attualmente dall’art. 194 del D.Lgs. 163/2006.

⁸³ In questo senso cfr. C. FRANCHINI, *La figura del Commissario straordinario prevista dall’art. 20 del d.l. n. 185/2008*, in *Giorn. dir. amm.*, 5/2009.

vo ordinario – che è accaduto e continua ad accadere nell’esperienza italiana, in quanto nel corso degli anni si è assistito alla nomina di Commissari straordinari per i più svariati motivi: dal sovraffollamento delle carceri all’emergenza rifiuti, passando per il fenomeno dell’immigrazione; dal commissariamento degli enti locali per le infiltrazioni mafiose, a quello avente funzione di “salvagente” per importanti imprese; dal traffico veicolare (di Milano e Roma) al percorso ferroviario della TAV Milano – Lione, fino addirittura al mai venuto ad esistenza ponte sullo stretto di Messina; senza dimenticare il commissariamento degli istituti di credito nei casi di dissesto finanziario. E così, nei fatti, l’eccezione è diventata ancora una volta la regola e l’emergenza è diventata, ancora una volta, la normalità.

Se in dottrina si era già rilevato il parallelismo tra decretazione d’urgenza e ordinanze *extra ordinem* quale scostamento dalla legalità⁸⁴, non si può far altro che constatare come l’incessante ricorso al fenomeno del commissariamento contribuisca alla espansione di quella *governance* emergenziale derogatoria della legge ordinaria che, comprimendo i principi dell’ordinamento ed alimentando al contempo il centralismo e l’arbitrio, si pone in evidente contrasto con lo Stato di diritto.

7. Dal diritto positivo dell’emergenza al nuovo codice della Protezione Civile

L’analisi dei poteri sulla decretazione d’urgenza e sulle ordinanze contingibili ed urgenti come sopra delineata, nonché la presa d’atto di un’epoca storica segnata dalla costante affermazione “quantitativa” del diritto dell’emergenza⁸⁵, induce a ritenere che non ci si trovi solamente in presenza di episodiche violazioni del principio di legalità, ma – cosa ancor più grave – di violazioni ripetute e massicce, rilevanti anche “qualitativamente”⁸⁶, tanto da portare alla configurazione di un “sistema pa-

⁸⁴ Cfr. C. PINELLI, *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d’urgenza nell’esperienza italiana*, in *www.rivistaaic.it*.

⁸⁵ Nel periodo che va dal 2001 al 2009, le ordinanze di protezione civile sono andate aumentando progressivamente sino a raggiungere, nell’ultimo anno, il numero di 107 (cfr. allegato al resoconto della seduta camerale del 23.11.2010, predisposto dal Comitato per la legislazione).

⁸⁶ Si noti che la maggior parte delle ordinanze emesse dalla Protezione Civile ai sensi dell’art. 5, co. I e V, legge 225/92, hanno capacità derogatoria di norme vigenti anche di livello primario. Non è da sottacere, inoltre, che di fronte ad eventi straordinari di maggiore portata, spesso si è fatto ricorso ai decreti legge e alle ordinanze contingibili ed ur-

rallelo”⁸⁷ o “alternativo”⁸⁸, ma diverso da quello legalmente precostituito. Sistema nel quale si nota una preferenza da parte dell'Esecutivo per le ordinanze di necessità e urgenza rispetto ai decreti legge, stante la maggiore duttilità delle prime non soggette al controllo né preventivo né successivo del Parlamento, né tanto meno della Corte dei Conti e non suscettibili, inoltre, di interferenze da parte di altre autorità amministrative.

Nella consapevolezza del pericolo insito nell'abuso dei poteri emergenziali di derive autoritarie⁸⁹, si è tentato di trovare adeguate giustificazioni al suo ordinario esercizio nella crisi economica che ha coinvolto il Paese⁹⁰, nella mutevolezza del vivere quotidiano, nella crescita della

genti congiuntamente. Ciò è avvenuto, da ultimo, in occasione del terremoto che ha colpito l'Abruzzo con l'emanazione di due decreti legge (D.L. n. 39/2009 e n. 195/2009) e ben 74 ordinanze della Protezione Civile. È evidente che in tali casi la norma attributiva del potere di ordinanza non proviene dal Parlamento, bensì dall'Esecutivo. Sul punto, cfr. E. ALBANESI, E. ZACCARIA, *Le ordinanze di protezione civile “per l'attuazione dei decreti legge” (ed altri scostamenti) della Legge n. 225/92*, in *Giur. Cost.*, 2009; F. SALVIA, *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e da fattori interni all'amministrazione*, in *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Annuario AIPDA, 2005, Giuffrè, Milano, 2006, 103; in tempi più recenti e con molta incisività sull'aspetto qualitativo del fenomeno, cfr. A. CARDONE, *La prassi dell'ordinanze di protezione civile in tema di deroghe nel corso della XVI legislatura. La dimensione qualitativa del fenomeno ed alcuni spunti per evitarlo*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, fasc. 1/2011.

⁸⁷ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'Amministrazione* in *Dir. Pubbl.*, 2007, 377; C. PINELLI, *Un sistema parallelo*, op. cit.; in giurisprudenza, per un uso successivo della medesima espressione, cfr. Cons. St., Sez. V, n. 6280/2002; ancora in dottrina, cfr. G. MARAZZITA, *Il conflitto tra autorità e regole*, op. cit.; G. MARAZZITA, *L'irresistibile tentazione del potere di ordinanza*, fasc. 2/2011, in *www.osservatoriosullefonti.it*; G. ACOCCELLA (a cura di), *La legalità ambigua*, Giappichelli, Torino, 2013; R. ZACCARIA, *Fuga dalla legge. Seminari sulla qualità della legislazione*, Grafo, Brescia, 2011; L. DUILIO, *L'amministrazione dell'emergenza come “sistema normativo parallelo”* in R. ZACCARIA, (a cura di) *Fuga dalla legge? Seminari sulla qualità della legislazione*, cit., 189 ss.

⁸⁸ Cfr. F. SALVIA, *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori interni dell'Amministrazione*, cit.

⁸⁹ Cfr. M. RAMAJOLI, *Poteri di ordinanza e Stato di diritto*, cit., 738, secondo cui il vero tratto caratterizzante le ordinanze contingibili ed urgenti è visto nella loro “espressione di un potere non semplicemente autoritativo, ma schiettamente autoritario e dispotico”; G. MARAZZITA, *Il conflitto tra autorità e regole*, cit.

⁹⁰ I rapporti tra crisi economiche e diritto pubblico, sono stati rilevati – tra i molti – anche con riferimento alla passata esperienza da F. MERUSI, *Il sogno di Diocleziano. Il ruolo del diritto pubblico nelle crisi economiche*, in *Riv. Trim. dir. econ.*, 2013; F. MERUSI, *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, Giappichelli, Torino, 2013. Per un approfondimento maggiormente mirato ad evidenziare l'incidenza che la crisi eco-

complessità dei sistemi sociali e delle relazioni che si istaurano tra le stesse, nella crescente domanda di sicurezza da parte dei cittadini, nel cambiamento e nella mobilità della società globale con conseguenziale intensificarsi dei relativi rischi o, comunque, della loro percezione⁹¹.

Alla “società liquida”⁹² ha fatto seguito il “diritto liquido”⁹³: la constatazione di valori dispersi ed “annacquati” della società moderna giustifica un diritto anch’esso dai valori sfumati che affida, con una delega in bianco, la gestione delle emergenze e dei rischi a strutture amministrative autoreferenziali create *ad hoc* autorizzandole a disporre in deroga al diritto vigente.

È evidente che non si possa accettare passivamente siffatto *modus operandi*, in quanto la società del rischio e dell’incertezza può motivare e spiegare, ma non certo giustificare il potere emergenziale così come evolutosi nel corso degli ultimi tempi. In altri termini, si è avvertita la neces-

sonomia ha sul diritto emergenziale (decretazione d’urgenza e poteri di ordinanza contingibili ed urgenti), cfr. D. DIMA, *Uso ed abuso degli strumenti emergenziali. Alcune (ulteriori) distorsioni in tempo di crisi*, 2014, in *www.federalismi.it*; P. VIPIANA (a cura di) *Tendenze centripete e centrifughe negli ordinamenti statali dell’Europa in crisi*, Giappichelli, Torino, 2014; S. DI MARIA, *I nuovi limiti alla decretazione d’urgenza verso un pieno riconoscimento costituzionale*, in *www.forumcostituzionale.it*; M. MORI, *La decretazione d’urgenza e l’uso della crisi economica come scusa per l’utilizzo di tale strumento legislativo*, in *www.studiolegalemarcomori.it*.

⁹¹ Cfr. U. BECK, *La società del rischio*, Carocci, Roma, 2002; Z. BAUMAN, *La società dell’incertezza*, Il Mulino, Bologna, 1999; S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Laterza, Roma-Bari, 2006; A. GIDDENS, *Il mondo che cambia, come la globalizzazione ridisegna la nostra vita*, Il Mulino, Bologna, 2000, in cui l’Autore ritiene che l’aumento dell’incertezza sociale sia dovuto all’aumento della percezione dei rischi, favorita anche dalla grande quantità e velocità di diffusione delle informazioni.

⁹² Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Laterza, Roma-Bari, 2002; Z. BAUMAN, *Vita liquida*, Laterza, Roma-Bari, 2006 in cui l’Autore evidenzia il passaggio nell’epoca moderna da una società industriale solida ad una società liquida, cioè labile, caratterizzata dalla perdita di ogni riferimento e valore nella quale il cittadino si sente smarrito ed insicuro; Z. BAUMAN, E. MAURO, *Babel*, Laterza, Roma-Bari, 2015; M.A. QUIROZ VITALE, *Il diritto liquido. Decisioni giuridiche tra regole e discrezionalità*, Giuffrè, Milano, 2012; M. CHILANTE, *Rischio e principio di precauzione*, in *www.academia.edu*.

⁹³ G. MESSINA, *Diritto liquido? La governance come nuovo paradigma della politica e del diritto*, in *Studi Franco Angeli*, Milano, 2012, in cui si rilevano i risvolti giuridici normativi che caratterizzano le transizioni dei mutamenti epocali; dalla constatazione di una società globale de-politicizzata ove l’economia è posta al di sopra dell’agire politico, deriva la diluizione e l’intorbidamento del diritto che – tra l’altro – mette in discussione radicale il meccanismo della rappresentanza parlamentare e sociale. Cfr. G. PALOMBELLA, *Dopo la certezza. Il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, Dedalo, Bari, 2006; U. VINCENTI, *Diritto senza identità. La crisi delle categorie giuridiche tradizionali*, Laterza, Roma/Bari, 2002.

sità di spostare il discorso dal piano dell'effettività (essere) a quello della legalità (dover essere)⁹⁴.

A tal fine sarà utile spostare l'attenzione sulle dinamiche evolutive del potere d'ordinanza e individuare le forzature "intollerabili" che esso apporta al sistema costituzionale per poi tentare di addentrarsi nella ricerca ed individuazione dei relativi rimedi.

Preliminarmente viene in considerazione il depotenziamento del sistema dei controlli previsto sull'agire amministrativo, siano essi amministrativi o giurisdizionali.

Per quanto riguarda i primi, il riferimento è all'intervenuta sottrazione al controllo preventivo di legittimità della Corte dei Conti, peraltro retroattiva, di tutte le ordinanze della Protezione Civile, sia quelle previste per fronteggiare emergenze eccezionali, sia quelle in materia di "grandi eventi", ad opera di una norma definita di interpretazione autentica, (art. 14 del decreto-legge n. 90/2008 convertito nella citata legge n. 123/2008⁹⁵) con la quale – è bene rilevarlo – l'Esecutivo è intervenuto "a gamba tesa" per porre fine al contrasto istituzionale venutosi a creare un mese prima tra cortei dei Conti e Governo proprio in ordine al potere-dovere della magistratura contabile di sindacare le ordinanze indicate⁹⁶.

Aggiungasi che la "fuga dai controlli"⁹⁷ ha avuto ulteriori seguiti: il desiderio di emancipazione totale dalla Corte dei Conti ha portato, altresì, all'esonero dal visto preventivo su tutti i provvedimenti commissariali

⁹⁴ Cfr. C. PINELLI, *Un sistema parallelo. Decreti-legge ed ordinanze d'urgenza nella esperienza italiana*, cit.; G. MARAZZITA, *Il conflitto tra autorità e regole*, op. cit.; M. RAMAIOLI, *Potere d'ordinanza e Stato di diritto*, cit., ove si evidenzia che se il potere d'ordinanza viene ricondotto dai giuristi alla effettività considerata mera "fattualità", è giocoforza che dalla fattualità stessa emerga un paradigma ordinamentale alternativo a quello basato su quello di "legalità".

⁹⁵ Cfr. par. 5 del presente lavoro

⁹⁶ L'emersione del conflitto si ebbe allorché la Corte dei Conti, sempre più preoccupata del dilagare delle ordinanze della Protezione Civile (cfr. Relazione nel giudizio sul Rendiconto generale dello Stato per l'esercizio finanziario 2008, vol. II, tomo 1, 2, 159) con nota del marzo 2008 invitò il Governo a rimettere le ordinanze di necessità ed urgenza per l'apposizione del visto, invito al quale la Presidenza del C.M. intese non dar seguito, ritenendo di essere sganciata da ogni controllo, stante il carattere altamente discrezionale degli atti emesse nell'esercizio del potere d'urgenza e che – in ogni caso – le ordinanze di protezione civile non rientrassero in nessuna di quelle categorie di cui all'art. 3 legge n. 20 del 1994 per le quali era previsto il visto.

⁹⁷ Cfr. S. AGOSTA, *Il potere d'ordinanza contingibile ed urgente, quale laboratorio costituzionale a cielo aperto*, cit., il quale ritiene che la fuga dai controlli è stata attuata con vero e proprio "blitz governativo".

adottati in attuazione delle ordinanze (art. 10, comma 4-*bis*, legge n. 119/2013) svincolando così dal controllo ampi e significativi settori dall'attività amministrativa e soffocando quell'istanza di legalità di cui al decreto mille proroghe 2010 (d.l. n. 225/2010, convertito in legge n. 10/2011) che il suddetto controllo aveva istituito.

Da rilevare inoltre che, se da un lato la Protezione Civile ha evitato il controllo preventivo di legittimità, dall'altro ha mostrato mire espansionistiche laddove – in spregio alla riserva relativa di legge di cui all'art. 25 Cost. – ha interferito sul bilancio dello Stato disponendo disinvoltamente con ordinanza esoneri fiscali-previdenziali e/o sospensioni dei termini di versamento e/o proroghe degli stessi. (OPCM n. 3780, n. 3837/2009, n. 3856/2010 contenenti provvedimenti urgenti in favore delle popolazioni colpite dal terremoto in Abruzzo nei primi due casi e in Emilia-Romagna nel terzo). Tant'è che il Legislatore ha reagito a tale invasione di campo inibendo di intervenire con ordinanza, rivendicando solo alla legge il potere di disporre in materia (art. 17, comma 2-*quater*, D.L. 30/12/2009 n. 195).

Per quanto attiene ai controlli giurisdizionali, la non conformità alla Carta fondamentale si rileva innanzitutto sul piano processuale con l'avvenuto accentramento delle funzioni giudiziarie presso il TAR del Lazio-Roma al quale *in primis* (art. 3, comma 2-*bis*, D.L. n. 245/2005) si è attribuita la competenza a conoscere in prima istanza dei ricorsi giurisdizionali avverso i DPCM dichiarativi dello stato emergenziale e dei successivi provvedimenti commissariali adottati ai sensi dell'art. 5 della Legge n. 225/1992 e poi (art. 4, comma I, D.L. 90/2008⁹⁸) si è riconosciuta la giurisdizione esclusiva anche in ordine a diritti costituzionalmente garantiti, nonché per l'adozione di misure cautelari. Ma anche in tal caso si è andato oltre laddove, si è data la possibilità al TAR indicato (art. 4, comma II, del decreto-legge da ultimo citato) di confermare o meno misure cautelari precedentemente emesse da altri giudici amministrativi o ordinari, peraltro su istanza da presentarsi nel termine perentorio di trenta giorni dalla entrata in vigore del decreto indicato, pena l'inefficacia delle stesse.

Ulteriore accentramento della competenza a sindacare le ordinanze di Protezione Civile si è avuto nel 2010 con l'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo⁹⁹ il quale ha generalizzato la giurisdizione esclusiva in materia delle ordinanze in esame, disponendo la competenza

⁹⁸ D. l. 23 maggio 2008, n. 90, recante: «Misure urgenti per fronteggiare le emergenze nel settore dei rifiuti della Regione Campania».

⁹⁹ D. lgs. 2 luglio 2010, n. 104.

del giudice amministrativo a giudicare di tutti i diritti soggettivi e di interessi legittimi nelle controversie aventi ad oggetto le citate ordinanze, in tutte le situazioni di emergenza dichiarate ai sensi dell'art. 5, legge n. 225/92 (art. 133, comma I, lett. p); nello stesso tempo si è disposto che le siffatte controversie accedano al rito abbreviato con dimezzamento dei termini processuali (art. 119, comma I, lett. h).

L'insofferenza al controllo ha portato altresì a rinnegare il principio del giudicato laddove, con la Legge n. 62/2006, si è data la possibilità di "sanare" le ordinanze del DPCM della Protezione Civile nonché tutti i provvedimenti consequenziali già dichiarati illegittimi dal giudice amministrativo con la forza della *res iudicata*.

Ebbene, il duplice accentramento territoriale e per materia del potere giudiziario, la riduzione dei termini e il superamento del giudicato, delineano un diritto processuale dell'emergenza che fa ragionevolmente dubitare della conformità a principi costituzionalmente fissati¹⁰⁰, configurandosi peraltro una giurisdizione "domestica" delle decisioni del potere politico.¹⁰¹

Considerazioni, queste, che sembrano apparire più incisive se messe in relazione alla intervenuta centralizzazione del potere *de quo* anche sul piano amministrativo, giustificata dalla necessità di unitarietà di indirizzo e di azione.

A quanto rilevato va poi aggiunto che il sindacato del giudice amministrativo, consapevole delle ragioni del potere emergenziale, non ha assunto dimensioni particolarmente significative in quanto, sulla scia della giurisprudenza costituzionale (cfr. § 3), è andato nel verso di ricondurre il potere nella "gabbia" non rassicurante¹⁰² dei principi fondamentali dell'ordinamento.

¹⁰⁰ Basti pensare alle numerose ordinanze di rimessione alla Corte Costituzionale avutesi in merito, per violazione dell'art. 24 e degli artt. 103, comma I, 111, 113 e 125 Cost., i supremi giudici hanno ritenuto legittima la disciplina introduttiva della giurisdizione accentrata, in quanto le funzioni esercitate dalla protezione civile hanno rilievo nazionale, attesa la necessità di esigenze di unitarietà, coordinamento e direzione (Cfr. Corte Cost. 26/06/2007 n. 37 in *Giur. Cost.*, 2007, 2152).

¹⁰¹ Cfr. M. BOSCOLO, *L'art. 3 del d.l. "rifiuti Campania" e la competenza territoriale esclusiva del Tar Lazio, Roma: prime pronunce dei TAR*, in *Foro amm. TAR*, 2006, 2861 ss.; D. CORLETTI, *Emergenza rifiuti in Campania e Tribunale regionale di giustizia amministrativa di Trento*, in *Le Regioni*, 2007, 1115; C. CACCIAVILLANI, *Competenze inderogabili del T.A.R. del Lazio, traslatio iudicii e garanzia del diritto di difesa, a margine della sentenza della Corte Cost. n. 237 del 2007*, in *Giur. Cost.*, 2007, 2383 ss.

¹⁰² Cfr. A. CARDONE, *La prassi delle ordinanze di protezione civile in tema di deroghe nel corso della XVI Legislatura. La dimensione qualitativa del fenomeno ed alcuni spunti per limitarlo*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, fasc. 1/2011; F. F. PAGANO, *Dal decreto-*

Il diritto alla tutela giurisdizionale, pur non potendo avere una garanzia illimitata ed invariabile, esige comunque una tutela adeguata: ne consegue che, in uno Stato di diritto, il controllo del giudice su un potere straordinario qual è quello d'emergenza, non può non essere che particolarmente severo¹⁰³.

Doverosa appare – altresì – una riflessione sul rispetto delle competenze regionali in materia, ritenendosi che l'emergenza non può imporre un sacrificio eccessivo all'autonomia regionale.

Sul punto, le decisioni della Corte Costituzionale¹⁰⁴, orientate nel senso di circoscrivere puntualmente il potere statale in modo da non compromettere “il nucleo essenziale” delle competenze regionali, non appaiono sufficientemente rassicuranti laddove il riferimento comporta il riconoscimento di un livello minimo di competenze.

Appare indubbio che i recenti interventi legislativi che hanno portato una dilatazione dei presupposti sostanziali dell'emergenza e hanno attratto in essa interi settori, abbiano inciso sui rapporti Stato – Regioni a favore del primo. L'alterazione dei precedenti equilibri è ancora più evidente a seguito della riforma del titolo V della Costituzione che ha incluso nella potestà legislativa concorrente la Protezione Civile e ha reso necessario un sistema diverso di ripartizioni di competenze tra Stato ed Ente regionale che continua a riconoscere al primo funzioni di indirizzo, di promozione e di coordinamento, ma attribuisce alla regione la gestione dell'attività sul proprio territorio in ossequio al principio di sussidiarietà verticale¹⁰⁵.

Spostando l'attenzione dal piano costituzionale a quello più generico dei principi generali dell'ordinamento, la riflessione andrebbe incentrata su una riconsiderazione degli stessi, indagando il loro significato e la loro individuazione. Senza addentrarsi (anche per economia del presente lavoro) sulla diversa configurazione ed estensione ad essi riconosciute nel

legge alle ordinanze di protezione civile, ampiezza e limiti costituzionali del sindacato del giudice su poteri extra ordinem del Governo, in *www.rivistaaic.it*.

¹⁰³ Cfr. Corte Cost. n. 100/1987 in *www.giurcost.org*.

¹⁰⁴ Cfr. Corte Cost., 9 novembre 1992, n. 418; Corte Cost., 4 marzo 1995, n. 127; Corte Cost., 27 marzo 2003, n. 327, in *Giur. cost.*; Corte Cost., 14 luglio 2006, in *Ragiusan*, 2007.

¹⁰⁵ Cfr. F. DI LASCIO, *La protezione civile nella legislazione successiva alla riforma del titolo V*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2004, 385 ss.; G. FARES, *Ordinanze statali di necessità ed urgenza e salvaguardia della autonomia regionale: limite dei principi fondamentali o chiamata in sussidiarietà?*, in *Giur. Cost.*, 2007, 2937; G.P. DOLSO, *Sul principio cooperativo tra Stato e Regioni in situazioni di “emergenza”*, in *Le Regioni*, 1996, 552 ss. In giurisprudenza, cfr. Cons. St., Sez. V, 15 ottobre 2002, n. 6809, in *Ragiusan*.

tempo, sembra che, sulla base della dottrina¹⁰⁶ e giurisprudenza sul punto, si possa tranquillamente affermare che per principi generali dell'ordinamento debbano intendersi quelle regole generali che si desumono espressamente o implicitamente dalle norme vigenti dell'ordinamento ivi considerata la Costituzione nonché la legislazione primaria; principi, dunque, non necessariamente formulati in apposite disposizioni normative, ma ricostruiti in via interpretativa sulla base di una o più disposizioni di dettaglio considerate anche nel loro contesto sistematico.

Ed allora, non è forse vero che il potere d'ordinanza, sia pur contingibile ed urgente, una volta ricondotto nell'alveo amministrativo, debba orientarsi al pieno rispetto anche di quei principi dell'attività amministrativa considerati generali per espressa disposizione di legge?

L'attenzione va spostata sulla legge 241/90 portatrice di principi generali basilari dell'*agere* pubblico nel Capo I e altrettanti rilevanti principi nel prosieguo del testo: ha trovato codificazione il principio di legalità non enunciato espressamente nella Carta Costituzionale (cfr. par. 2), sono sanciti – per quel che interessa in questa sede – i principi del giusto procedimento, quale corollario del principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.), garantendosi il diritto di partecipazione dell'interessato, la trasparenza e quindi l'obbligo di motivazione e di pubblicazione, il principio di semplificazione ed il diritto dei cittadini interessati all'accesso agli atti e documenti amministrativi. Sono stati altresì individuati i criteri cui deve attenersi l'attività amministrativa: economicità, efficienza ed efficacia.

Ebbene, l'Amministrazione dell'emergenza ha mostrato una "insofferenza endemica"¹⁰⁷ a tali principi innovatori sulla base dell'asserita necessità di dare risposte immediate e quindi di prendere iniziative provvedimenti al di là di ogni condivisione.

La mancanza di ogni forma partecipativa all'esercizio del potere

¹⁰⁶ In merito la letteratura è copiosa: tra i tanti, cfr. F. SORRENTINO, *I principi generali dell'ordinamento nell'interpretazione ed applicazione del diritto*, in *Dir. e soc.*, 1986, 181; F. MODUGNO, *I principi generali dell'ordinamento* (voce), in *Enc. Giur.* X-XIV, Roma, 1991; G. PINO, *Principi ed argomentazione giuridica, Ars interpretandi*, Annuario di ermeneutica giuridica, 2009; A. VIGNUDELLI, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2010. Recentemente, cfr. P. FARAGUNA, *Dai confini della Costituzione. Principi supremi ed identità costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2015.

¹⁰⁷ Cfr. D. CHIAVELLO, *L'amministrazione dell'ordinaria emergenza*, in *www.federalismi.it* in cui l'Autore ritiene che l'amministrazione ordinaria condivide con l'amministrazione straordinaria lo stesso *humus* culturale di refrattarietà ad ogni assunta interferenza nell'esercizio del potere, sia essa data dalla partecipazione del cittadino e dall'informazione verso gli stessi che da controlli interni o giurisdizionali.

d'ordinanza¹⁰⁸ è la conferma di una amministrazione autoreferenziale che individua, senza bisogno di altri, l'interesse pubblico e le modalità del suo perseguimento, appellandosi – peraltro – a quei criteri (efficienza- efficacia -economicità) posti all'azione amministrativa anche in considerazione dell'incisione della stessa nell'altrui sfera giuridica. Il momento procedimentale è inesistente: al cittadino è negata ogni possibilità di far emergere i propri interessi per una migliore decisione possibile e, dequotato il diritto di informazione, si nega qualsiasi accesso agli atti amministrativi.

La constatazione non è di poca rilevanza ove si pensi che determinate situazioni emergenziali (dissesti idrogeologici, gravi eventi sismici, avversità atmosferiche, etc.) portano il potere d'ordinanza contingibile ed urgente a sacrificare o limitare diritti fondamentali dell'individuo, quale il diritto di proprietà con possibilità di deroga al d.p.r. 8 giugno 2001, n. 327 (T.U. delle espropriazioni)¹⁰⁹, oltre allo stesso codice civile¹¹⁰.

Anche la pubblicazione delle ordinanze, lontana dall'essere considerata obbligatoria, è lasciata in facoltà della singola autorità emergenziale così che – in mancanza di iniziative in tal senso, soprattutto in ipotesi di particolare gravità e complessità (si pensi all'evento sismico che ha colpito nel 2009 la città di L'Aquila e ampie zone dell'Abruzzo), si viene gravemente a compromettere il sacrosanto principio della certezza del diritto, ingenerando nella popolazione interessata confusione, smarrimento, sfiducia e dubbi su un *modus operandi* per nulla trasparente¹¹¹.

Il principio dell'obbligatorietà della motivazione è stato legislativamente recepito solo relativamente alle ordinanze di Protezione Civile (art. 5, comma V, legge n. 225/92), peraltro in tono minore rispetto all'art. 3 della legge. n. 241/90, rimettendosi poi al potere d'ordinanza

¹⁰⁸ Cfr., tra le tante, OPCM 23 aprile 2010, n. 3869 e OPCM 3 marzo 2010, n. 3853 (in occasione di eventi sismici) con le quali si autorizzano le deroghe ad articoli particolarmente significativi della legge n. 241/90 (artt. 7, 8, 9, 10, 10-bis, 11, 14, 14-bis, 14-ter, 14-quater, 14-quinquies, 16).

¹⁰⁹ Per un'ampia panoramica delle norme derogate, cfr. V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. Pubbl.*, 2007.

¹¹⁰ Cfr., tra le tante, OPCM 6 giugno 2009, n. 3779, nella quale – in relazione al sisma verificatosi nella Regione Abruzzo – sono previste deroghe agli artt. 1120, 1121, 1136 c.c., al fine della ricostruzione di immobili condominiali, in assenza del consenso unanime, con maggioranze attenuate.

¹¹¹ Forme embrionali di procedimentalizzazione e pubblicazione sono evidenziate da A. CARDONE, *La "normalizzazione" dell'emergenza*, op. cit., 252 ss., ove sul primo punto si fa riferimento agli accertamenti tecnici alcune volte richiesti; sul secondo alla pubblicazione dell'ordinanza e di tutti i provvedimenti consequenziali anche su quotidiani a diffusione nazionale o sulla rete internet, nonché a campagne di informazione.

individuare il grado di sufficienza, di congruità e ragionevolezza dell'argomentazione motivazionale.

Le riflessioni sopra effettuate circa il rispetto da parte del potere emergenziale dei principi generali (costituzionali e non) conducono dunque a ritenere che lo stato patologico dello stesso sia da ricondurre essenzialmente in una forma claustrofobica alle recinzioni poste dall'ordinamento giuridico che emerge sia in fase di predisposizione della norma attributiva del potere (di regola decreto-legge) sia in seguito nella fase applicativa, stato patologico che diviene cronico allorché si pretende di fare un uso ordinario di un poter straordinario, peraltro per sopperire ad inefficienze amministrative¹¹².

Nella situazione di cui sopra – pertanto – la “cura di base” è affidata al sindacato giurisdizionale e consiste nel ricondurre con fermezza il potere nel parametro della legalità, così da definirne con chiarezza i presupposti (fatto emergenziale) ed i limiti (ragionevolezza/proporzionalità); sindacato giurisdizionale altresì esteso a verificare a trecentosessanta gradi l'eccesso di potere e pertanto andranno indagati i molteplici usi strumentali del potere derogatorio: dal ricorso al potere d'ordinanza per carenze dell'amministrazione ordinaria o per sopperire a lacune legislative¹¹³, al ricorso allo stesso finalizzato ad avere meno vincoli nel conseguimento ritenuto urgente, di beni, forniture e servizi in situazioni non emergenziali, fino al ricorso allo stesso in luogo dell'attivazione del potere sostitutivo di cui art. 120 Cost.¹¹⁴.

¹¹² Tra i casi più emblematici di utilizzo di potere straordinario in circostanze non emergenziali imputabili alla inefficienza di una amministrazione ordinaria, ricordiamo quello della cronica emergenza rifiuti in Campania, perdurante dal 1994, nonché quello che riguarda il fenomeno dell'immigrazione, considerato che per far fronte all'eccezionale afflusso di extracomunitari nel nostro Paese – nel marzo del 2002 – è stato dichiarato lo stato emergenziale, prorogato poi di anno in anno ed ancora in corso.

¹¹³ Di fatto imponendo una regolamentazione amministrativa del settore come ad esempio in campo sanitario nella materia del biodiritto: OO. MM. Misure urgenti in materia di cellule staminali da cordone ombelicale 13 aprile 2006 e del 4 maggio 2007 rispettivamente in G.U. 9.5.2006 n. 106 e G.U. 14.5.2007 n. 110.

¹¹⁴ Si intende far riferimento al dibattito dottrinale sulla natura degli atti che attuano la sostituzione governativa di cui all'art. 120, comma II, Cost. e art. 8 della legge n. 131/2003 che ha portato a ritenere che la sostituzione potesse essere disposta non solo con legge e decreti-legge, ma anche con provvedimenti *extra ordinem*. Cfr. F. GIUFFRÈ, *Note minime ai poteri sostitutivi ed unità della Repubblica alla luce della recente legge n. 131 del 2003*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2003; D. PICCIONE, *Gli enigmatici orizzonti dei poteri sostitutivi del Governo: un tentativo di razionalizzazione*, in *Giur. Cost.*, 2003, 1224. In senso contrario, cfr. G. M. SALERNO, *I poteri sostitutivi del Governo nella Legge n. 131 del 2003*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Livio Paladin*, IV, Jovene, Napoli, 2004.

C'è da rilevare, tuttavia, che la cura indicata, ancorché necessaria, non è da sola sufficiente a rimuovere il rilevato stato patologico del potere straordinario. L'abuso degli istituti emergenziali si presenta storicamente *“come un virus che incessantemente infetta il sistema delle competenze, manifesta una volontà ostinata, pronto a risorgere non appena gli anticorpi allentano la morsa”*¹¹⁵. La possibilità di accentrare il potere, di derogare ai vincoli, di sottrarsi al sistema previsto di controlli e garanzie, suona come il canto delle sirene di omerica memoria per una amministrazione che non è in grado – o peggio non vuole – usare strumenti giuridici democratici predisposti dall'ordinamento.

Il rimedio, dunque, si è concretizzato in un intervento del Legislatore finalizzato ad evitare qualsiasi distorsione del potere necessitato d'ordinanza, individuando nella emergenza la sua ancora indissolubile e nell'adeguatezza delle misure da adottare la “tipicità del contenuto”¹¹⁶.

Preliminarmente, va rammentato che a monte del suddetto intervento legislativo si pone il corale auspicio dottrinale alla redazione di un Testo Unico, quale strumento che – mediante il riordino della svariate forme di potere necessitato d'ordinanza – potesse evitare di disseminare la normativa emergenziale nei rispettivi settori (ambiente, sanità, protezione civile, pubblica sicurezza e quant'altro)¹¹⁷. Si auspicava, nello specifico, una regolamentazione uniforme nella predisposizione di principi generali propri del potere in esame, nella previsione di un *iter* procedimentale¹¹⁸, e la individuazione – inoltre – di criteri interpretativi costituzio-

¹¹⁵ Così G. MARAZZITA, *Il conflitto tra autorità e regole*, op. cit.; C. DE ANGELIS, *Il disincanto della Legge: tra esigenze regionalistiche e accentramento governativo*, in (a cura di) *Materiali per ... e cultura della legalità*, Giappichelli, Torino, 2014. G. MARAZZITA, *L'irresistibile tentazione del potere di ordinanza*, in www.osservatoriosullefonti.it, fasc. 2/2011; A. FIORITTO, *L'amministrazione della emergenza tra autorità e garanzie*, Il Mulino, Bologna, 2008; A. SORO, *Convegno La società sorvegliata. I nuovi confini della libertà*, 28 Gennaio 2016, Intervento del Garante per la protezione dei dati personali che evidenzia “la forte tentazione del potere emergenziale” per la lotta al terrorismo.

¹¹⁶ Si fa riferimento in questa sede al principio di adeguatezza nell'accezione ormai invalsa di integrazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza: il primo, quale principio che impone alla P.A. di agire in conformità ai criteri di razionalità in modo tale che la sua azione risulti coerente con i dati di fatto e con gli interessi coinvolti; il secondo, quale principio secondo cui l'attività amministrativa deve essere immune da censure sul piano logico, richiedendo che vi sia congruità tra *ratio* della norma e decisione amministrativa, nonché coerenza tra valutazione compiuta e decisione adottata.

¹¹⁷ Su tutti, per le varie tipologie di Testo Unico, cfr. A. SAGNA, *Testi unici di legge, stato etico e globalizzazione del diritto positivo*, in www.osservatorioidiritto.it, 2003.

¹¹⁸ Nel corso del quale dare spazio ad una adeguata istruttoria anche con ricorso a pareri di organi tecnici, sempre compatibilmente con i tempi dell'emergenza.

nalmente orientati. Si precisava che i principi generali, siano essi costituzionali o di matrice comunitaria¹¹⁹, non avrebbero dovuto peccare d'astrattezza, ma incidere su quegli aspetti nodali del potere emergenziale rilevati, ai quali ci ha condotto l'esame della normativa vigente nonché l'osservazione delle prassi.

Il tanto invocato intervento legislativo si poneva non solo come necessario, ma anche urgente, ovvero non più procrastinabile per una tripla ragione: in primo luogo, doveva essere colta l'opportunità di inserirlo nel processo riformatore inerente il Codice dei contratti pubblici, atteso che le più vistose deroghe del potere in esame riguardano proprio le procedure d'appalto; inoltre, si doveva porre un freno alla convinzione governativa di poter risollevare il Paese per mezzo dei Commissari delegati (decreto "Sblocca Italia")¹²⁰; in ultimo, non da ultimo, lo imponeva la consapevolezza di un processo in atto di riordino della Protezione Civile che, attribuendo la delega legislativa all'Esecutivo¹²¹, sembrava non tener conto abbastanza della necessità di imbrigliare il potere d'ordinanza.

È in questo contesto di perdurante, e per certi versi voluta incertezza, che è stato emanato il d.lgs. 22 gennaio 2018, n. 1, recante "Codice della Protezione Civile"¹²² finalizzato al riassetto complessivo di tutta la stratificazione legislativa inerente la Protezione Civile: dall'ormai lontano 1992 fino agli ultimi tempi, passando per le corpose e per nulla coordinate modificazioni normative avutesi soprattutto a partire dal 2008.

Preliminarmente giova rilevare che il nuovo impianto normativo deve essere ben accolto perché le novità che esso apporta nell'ordinamento nazionale sono talmente numerose e consistenti da demolire anni e anni

¹¹⁹ A seguito dell'apertura da parte della Commissione europea di diverse procedure di infrazione nei confronti dello Stato italiano per non osservanza da parte di ordinanze contingibili ed urgenti delle norme di derivazione comunitaria in materia di appalti, che hanno portato alla emanazione della direttiva della Presidenza del Consiglio del 22/10/2004 citata, può ritenersi ormai che i principi comunitari siano limiti inderogabili al potere d'ordinanza.

¹²⁰ Il riferimento è al citato d.l. n. 133 del 12/09/2014, conv. in legge 11 novembre 2014, n. 164 che sulle orme di altri precedenti decreti, torna ad utilizzare i poteri in deroga, con nomine commissariali in ordine alla realizzazione delle grandi opere (tratta ferroviaria alta velocità Napoli - Bari e la linea Palermo - Catania - Messina) con oneri finanziari anche a carico dei cittadini, nonché in ordine a rilevanti ed annose questioni (disastro ambientale di Bagnoli in ordine al quale è stato già necessario l'intervento del giudice penale).

¹²¹ Cfr. legge delega 29/10/2015, costituita da un unico articolo.

¹²² Attuativo della legge delega 16 marzo 2017, n. 30, è entrato in vigore il 6 febbraio 2018.

di scellerata normazione d'urgenza: sarà certamente più arduo camuffare l'ordinarietà con l'emergenza per mere speculazioni politiche, anche se un certo margine di "pericolosa discrezionalità" è stato conservato, atteso che non sono stati disciplinati – come si vedrà – molteplici aspetti che meritavano una puntualizzazione in ottica di maggior rispetto del principio di legalità.

Nello specifico, una delle più rilevanti novità del d.lgs. 1/2018 è scolpita nell'art. 24, terzo comma, ai sensi del quale la durata dello stato di emergenza di rilievo nazionale non può superare i dodici mesi e può essere prorogato solamente per ulteriori dodici¹²³. Tale disposizione senza dubbio pone un freno all'attività derogatoria, limitando e regolando l'abusato sistema delle proroghe nella sua estensione temporale; tuttavia, sarebbe stata opportuna una maggiore precisione da parte del legislatore delegato con riguardo ai presupposti legittimanti la stessa proroga: ed invero si poteva stabilire che tali presupposti dovessero essere fissati in maniera tassativa nella tipologia di situazione di emergenza che non potrà non essere che imprevedibile¹²⁴ e che fossero indicati nella loro specificità nel provvedimento¹²⁵. Parimenti, sarebbe stato opportuno definire – sia pure nel limite del possibile emergenziale – il contenuto dei relativi provvedimenti¹²⁶ in ossequio al principio di adeguatezza¹²⁷ che rende ogni contenuto proporzionato e ragionevole, nonché nel rispetto del principio di partecipazione che avrebbe consentito, attraverso l'emersione di tutti gli interessi coinvolti nel fatto emergenziale, una discrezio-

¹²³ Il Consiglio di Stato, ritenendo che tali tempistiche fossero eccessive, aveva suggerito di accorciare i tempi della proroga a sei mesi e di specificare che la relativa motivazione fosse sempre molto dettagliata. Tuttavia, in sede di redazione del testo di legge, il suggerimento non è stato recepito.

¹²⁴ Nella necessità di indicare in via residuale "altri" eventi legittimanti poteva essere utile, sulle orme della giurisprudenza della Corte dei conti, mettere a fattore comune dei fatti emergenziali il grave rischio che essi presentano per la vita, i beni, l'ambiente e tutti gli interessi tutelati dalla Costituzione (Corte Conti, sez. contr., 18 marzo 2010, n. 5, Corte Conti, sez. contr., 4 agosto 2010, n. 16).

¹²⁵ Spesso la necessità e l'urgenza vengono semplicemente enunciate senza darne specificazione alcuna.

¹²⁶ Per un atteggiamento non nichilista in ordine alla tipizzazione, cfr. A. CARDONE, *La prassi delle ordinanze di*, op. cit. ove l'Autore riporta l'ordinanza, invero risalente, del d.lgs. 12 aprile 1948 n. 1010 nel quale, oltre la puntuale indicazione degli eventi calamitosi quali scosse telluriche, eruzioni vulcaniche, alluvioni, frane, nubifragi, mareggiate, valanghe ed altre calamità naturali) vengono puntualizzate le misure da adottare (es. puntellamenti, demolizioni, costruzione di ricoveri per le persone non abbienti rimaste senza tetto, etc.).

¹²⁷ Considerato nell'accezione sopra data (nota 116).

nalità più bilanciata, oltre che una maggiore fiducia nell'autorità preposta all'emergenza. Nel nuovo impianto normativo, inoltre, risulta mancante un sistema articolato di controlli al quale il potere è tenuto a sottostare: controlli di ordine contabile-finanziario, al fine di evitare oneri non necessari al bilancio dello Stato (prevedendo magari un *iter* procedimentale di invio delle ordinanze alla Corte dei Conti per il visto e la registrazione) e naturalmente, controlli successivi giurisdizionali attivabili più agevolmente a livello regionale, al fine di attuare in pieno i principi costituzionali che presiedono il diritto di difesa.

Altro aspetto rilevante della riforma è la previsione della “dichiarazione dello stato di mobilitazione generale”, introdotta nell'art. 23: si potrà operare, senza la previa dichiarazione dello stato di emergenza, sia nell'immediatezza del fatto emergenziale al fine di limitare le conseguenze negative dell'evento sul territorio interessato, ma anche in previsione di uno degli eventi emergenziali di cui all'art. 7 dello stesso codice mediante attività di supporto delle autorità locali. Dunque, nella prima ipotesi non sarà più necessaria una stima dei danni per la dichiarazione dello stato di emergenza che può essere posticipata ad un momento successivo al primo intervento; nella seconda, va specificato che il Dipartimento di Protezione Civile non può più organizzare i “grandi eventi”, locuzione introdotta in via normativa solo per giustificare il ricorso ai poteri emergenziali per eventi assolutamente svincolati dai caratteri di necessità e urgenza (cfr. § 5, nota 56). Resta ferma, tuttavia, la possibilità da parte della Protezione Civile di agire, con riferimento ad eventi programmati o programmabili, a supporto delle articolazioni territoriali limitatamente ad aspetti di natura organizzativa e di assistenza alla popolazione (art. 16, comma terzo).

Merita menzione, per la sua portata innovativa, anche l'art. 28 del Codice della Protezione Civile laddove stabilisce, in caso di eventi calamitosi, l'esclusione da qualsivoglia misura volta a superare lo stato di emergenza per tutti gli edifici danneggiati o distrutti che risultino abusivi (lett. d) e un diritto al rimborso di una somma pari alla differenza tra l'indennizzo assicurativo e il reale valore del bene o dell'attività produttiva, più una ulteriore somma pari ai premi assicurativi versati nei cinque anni precedenti, per i soggetti privati o pubblici muniti di copertura assicurativa (lett. c). È evidente l'intento del Legislatore di contrastare il fenomeno dell'abusivismo e incentivare tutti i soggetti privati e pubblici ad assicurare i propri beni e le proprie attività produttive contro le calamità naturali.

Di estrema rilevanza e di indubbio carattere innovativo, infine, sono

le norme contenute nel capo V del codice, riguardante il coinvolgimento della cittadinanza e il volontariato organizzato di protezione civile. Nello specifico, il primo comma dell'art. 31 prevede la partecipazione dei cittadini, in forma singola o associata, al processo di elaborazione della pianificazione di protezione civile. Il capoverso, individua il dovere di ciascun cittadino a fronte di informazioni date dal Servizio nazionale di protezione civile. Dagli artt. 32 a 42 viene disciplinato il volontariato organizzato ed in particolare, all'art. 35, si fa riferimento alla normativa di cui al d.lgs. 2 luglio 2017, n. 117¹²⁸, laddove i Gruppi Comunali di protezione civile si qualificano *expressis verbis* come Enti del Terzo Settore.

Tale disposizione introduce ad un altro tema di grande attualità, appunto la disciplina del Terzo Settore che, a volte, si pone in contatto con il tema della gestione delle emergenze. Un esempio è rappresentato dallo specifico caso del trasporto sanitario in emergenza ed urgenza trattato nel paragrafo conclusivo.

8. *La necessità e l'urgenza nel settore dei trasporti: l'art. 57 del Codice del Terzo Settore*

La necessità e urgenza, dunque, giustificano il ricorso a regole speciali e derogatorie di quelle ordinarie. Ciò accade anche nel tema dei trasporti, nelle specifiche ipotesi in cui particolari servizi siano previsti per il soddisfacimento di interessi collettivi.

Il riferimento è al tema di estrema importanza e di indubbia attualità relativo al Terzo Settore, disciplinato dal sopra menzionato d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117. In particolare, il Titolo V di tale impianto normativo riguarda i rapporti tra gli enti pubblici e gli enti del terzo settore¹²⁹: i tre articoli che costituiscono tale titolo – 55, 56 e 57 – sono espressione dell'art. 2 dello stesso Codice, norma generale che riconosce il valore e la funzione sociale del terzo settore «*anche mediante forme di collaborazione con lo Stato, le Regioni, le Province autonome e gli enti locali*». Di conseguenza, i tre articoli menzionati dettano le regole da seguire affinché si

¹²⁸ Per un esaustivo approfondimento della riforma, cfr. A. FICI (a cura di), *La riforma del terzo settore e dell'impresa sociale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018 e D. CALDIROLA, *Stato, mercato e Terzo settore nel decreto legislativo n. 117/2017: per una nuova governance della solidarietà*, in www.federalismi.it.

¹²⁹ Su questo specifico aspetto, cfr. A. MEALE, *I rapporti tra gli enti del terzo settore e le pubbliche amministrazioni*, in M. GORGONI, (a cura di), *Il codice del terzo settore, Commento al Decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117*, Pacini giuridica, Pisa, 2018.

possa concretamente realizzare la tanto invocata sinergia tra pubblico e privato, in attuazione dei noti principi di sussidiarietà (nella sua accezione orizzontale), cooperazione, efficacia, efficienza, economicità, omogeneità, copertura finanziaria e patrimoniale, responsabilità ed unicità dell'amministrazione, autonomia organizzativa e regolamentare e nel rispetto dei principi della legge 241/90 sul procedimento amministrativo, nonché delle norme riguardanti procedimenti speciali ed in particolare quelle relative alla programmazione sociale di zona.

Per quel che qui interessa, gli artt. 56 e 57 prendono in considerazione lo strumento principe di partenariato tra pubblico e privato, vale a dire la convenzione: quella ivi disciplinata si concretizza in un accordo che può intercorrere tra una stazione appaltante e organizzazioni di volontariato o associazioni di promozione sociale alla triplice condizione che abbia ad oggetto attività e servizi di interesse generale, il ricorso al mercato sia economicamente meno favorevole rispetto allo strumento della convenzione e non sia previsto alcun corrispettivo, ma al limite solo il rimborso delle spese sostenute e rendicontate. Il quarto comma dell'art. 56, inoltre, stabilisce con estrema puntualità il contenuto di ciascuna convenzione, individuato tenendo presente che dovrà essere sempre assicurata la continuità delle prestazioni oggetto della convenzione e il rispetto dei diritti e della dignità degli utenti.

Più nello specifico, l'art. 57 del Codice prevede una particolare forma di convenzione in materia di servizi di trasporto sanitario in emergenza ed urgenza: la tutela della salute, quale bene costituzionalmente garantito (art. 32) consente di ricorrere allo strumento di affidamento diretto in luogo della gara pubblica. Il Legislatore, nello specifico, prevede un rafforzamento dell'affidabilità dell'organizzazione di volontariato o associazione di promozione sociale che sigla la convenzione atteso che tali enti devono essere iscritti da almeno 6 mesi dalla data della convenzione nel Registro Unico Nazionale degli Enti del Terzo Settore (RUNTS) e devono obbligatoriamente aderire ad una rete associativa nazionale tra enti previsti nell'art. 41, II comma, d.lgs. 117/2017.

In questo senso, l'impostazione attuata dal Legislatore delegato del 2017 appare in linea con quanto espresso dalla Giurisprudenza della Corte di Giustizia che è stata spesso chiamata ad affrontare il delicato tema del rapporto tra tutela della concorrenza e forme di affidamento diretto. Il punto di svolta, al riguardo, si è avuto con la nota «sentenza Spezzino»¹³⁰ in cui il giudice europeo – pronunciandosi proprio in tema

¹³⁰ Corte di Giustizia, 11 dicembre 2014, C-113/2013. Il rinvio era stato promosso dalla sezione seconda del TAR Piemonte con ordinanza 4 febbraio 2014, n. 161 con la

di servizio di trasporto sanitario e valorizzando i principi di sussidiarietà e solidarietà previsti nella nostra Costituzione – ha statuito che l'affidamento diretto non contrasta con le regole della concorrenza e della libera circolazione dei servizi ove sia previsto solamente il rimborso delle spese, si realizzino finalità sociali e risponda ad una scelta di contenimento dei costi, vale a dire di efficienza del bilancio. La stessa Corte di Giustizia, nella successiva pronuncia 50/2016¹³¹ ribadisce che se si è in presenza di servizi all'individuo svolti con fini solidaristici e non lucrativi ed è previsto che l'amministrazione sia tenuta solo al rimborso delle spese, allora è consentito l'affidamento diretto.

Da quanto sopra possono essere intraprese importanti considerazioni sulla natura giuridica delle convenzioni di cui al codice del terzo settore: se da una parte vi è un'organizzazione di volontariato o un'associazione di promozione sociale che svolgono un'attività di interesse generale e dall'altra una stazione appaltante che sostiene, anche finanziariamente, tale attività e vigila sull'altrui operato, allora, il relativo accordo può ragionevolmente rientrare in quelli di cui all'art. 11 della Legge 241/90, di acclarata natura pubblicistica. Da tale qualificazione deriva che le eventuali controversie ricadrebbero sotto la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo¹³².

Dunque, lo strumento della convenzione – sia quello di cui all'art. 56 che quello specifico descritto nell'art. 57 del codice del terzo settore – è ben diverso dal contratto di appalto proprio in relazione alla causa e al sinallagma: la causa, non è lo scambio tra svolgimento del servizio e pagamento del corrispettivo, ma lo scambio tra il primo e il sostegno finanziario della pubblica amministrazione agli enti del terzo settore per lo svolgimento di un'attività di interesse generale e, dunque, di soddisfacimento dei bisogni della collettività. Ne consegue che l'aspetto relativo al rimborso è di estrema rilevanza: si dovrà andare oltre il *nomen juris* attribuito all'atto e constatare se effettivamente, quello pattuito, è un rimborso oppure un corrispettivo mascherato, da ciò discendendo importanti conseguenze non solo sul piano fiscale ma, più in generale, in ter-

quale si chiedeva alla Corte di Giustizia di pronunciarsi sulla compatibilità o meno con il diritto dell'Unione Europea in materia di appalti pubblici dell'affidamento diretto ad associazioni di volontariato e, in caso di risposta affermativa, sulla necessità o meno di una procedura comparativa tra operatori omogenei.

¹³¹ Corte di Giustizia, 28 gennaio 2016, C. 50/2014.

¹³² Così A. LOMBARDI, *Il rapporto tra enti pubblici e terzo settore*, in A. FICI (a cura di), *La riforma del terzo settore*, cit., 238.

mini di esatta collocazione di quell'accordo nello schema della convenzione o del contratto di appalto.

In conclusione, se è vero che la materia del terzo settore va tenuta certamente distinta da quella dei contratti pubblici, in quanto sono differenti gli ambiti applicativi, è altresì vero che nel quadro normativo vigente la materia dell'affidamento dei servizi si trova ad essere disciplinata da entrambi gli impianti normativi e talvolta risulta difficile per la pubblica amministrazione scegliere a quali strumenti ricorrere: quello della convenzione o quello della procedura di gara. La scelta non potrà che essere compiuta sulla base di motivazioni relative alla efficacia, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa. Sul punto, significative sono le delibere dell'ANAC 20 gennaio 2016, n. 32 e 14 settembre 2016, n. 966, nelle quali è chiarito che la scelta tra i vari strumenti è rimessa alla discrezionalità, certamente motivata, dell'amministrazione procedente e tale principio è valido anche a seguito dell'entrata in vigore del Codice del Terzo Settore.

Occorre, dunque, individuare il rapporto tra la disciplina dei contratti pubblici e quella del nuovo codice del Terzo settore che, per quanto differenti, presentano dei punti di contatto: una pronuncia significativa è TAR Puglia, 12 gennaio 2018, n. 32¹³³, in tema di trasporto sanitario di emergenza ed urgenza.

In punto di fatto era stato emesso un bando per l'affidamento del servizio di trasporto infermi in casi di emergenza ed urgenza; dunque, la stazione appaltante, nella specie una A.S.L., aveva optato per la gara pubblica motivando in base ad una obbligatorietà a procedere secondo la procedura del d.lgs. 50/2016.

Avverso il bando presentavano ricorso alcune associazioni di volontariato ritenendosi lese dalla mancata considerazione, da parte dell'amministrazione procedente, dell'art. 57 d.lgs. 117/2017, in vigore all'epoca dell'emanazione del bando, che offriva la possibilità di ricorrere allo strumento dell'affidamento diretto. Ed in effetti, i giudici amministrativi finiscono con l'accogliere il ricorso proprio perché – in estrema sintesi – il codificato principio dell'affidamento diretto non era stato, nel caso concreto, preso in considerazione.

Vero è che la vicenda in esame riguarda lo specifico settore del trasporto sanitario in emergenza ed urgenza, ma è altresì vero che dalla pronuncia *de qua* può ricavarsi il principio di carattere generale sul rap-

¹³³ Per un'analisi della vicenda in punto di fatto e di diritto, cfr. TAR Puglia, Lecce, Sez. II, 12 gennaio 2018, n. 32, con nota di Aurora Donato, in *www.italiappalti.it*, 22 febbraio 2018.

porto tra il codice dei contratti pubblici e il codice del terzo settore: in materia di affidamento di servizi sociali, le stazioni appaltanti – sempre a condizione che ricorrano i presupposti di legge – possono accantonare il codice dei contratti pubblici e ricorrere agli strumenti previsti dal codice del terzo settore, a testimonianza che la disciplina prevista nel d.lgs. 117/2017 è speciale e derogatoria rispetto a quella di cui al precedente d.lgs. 50/2016.

GABRIELLA DE GIORGI CEZZI - FRANCESCA D'AGOSTINO¹

PRATICHE DI CITTADINANZA ATTIVA
E TUTELA DEL TERRITORIO.
PARTECIPAZIONE ED EMERSIONE DEGLI INTERESSI
DELLE COMUNITÀ LOCALI E DEI TERRITORI

SOMMARIO: 1. Interesse pubblico e interesse privato: spunti di rimeditazione. – 2. Cittadini e beni comuni. – 3. Sussidiarietà e cittadinanza attiva. – 4. Democrazia e comunità locali. – 5. Virtù civiche e decisioni amministrative.

1. *Interesse pubblico e interesse privato: spunti di rimeditazione*

I mutamenti istituzionali che sta vivendo il nostro Paese hanno innescato una dialettica che vede contrapposte, a fasi alterne, spinte centrifughe e forze centripete². La creazione di un mercato aperto e in libera concorrenza e il moltiplicarsi delle occasioni economiche sembrano aver stimolato i cittadini ad un maggior attivismo e dinamismo sul piano economico. Allo stesso modo, però, ciò sembra aver favorito lo 'sradicamento' dei cittadini dai propri contesti nazionali e l'indebolimento delle virtù civiche nelle rispettive realtà politico-istituzionali³. Così, la pulsione

¹ Il presente contributo è frutto della stretta collaborazione tra gli autori; ad ogni modo, il par. 1 e 4 sono attribuibili a Gabriella De Giorgi Cezzi, i paragrafi 2, 3 e 5, invece, a Francesca D'Agostino.

² P. MICHARA, *I patti di collaborazione e il regolamento per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani. L'esperienza del Comune di Bologna*, in *Aedon*, 2, 2016.

³ Sono i cittadini-consumatori i referenti ideali delle politiche dell'Unione e sono questi ad essere chiamati a porre in essere le pratiche necessarie all'attivazione del mercato. In tal senso, R. BELLAMY, *The liberty of the Post-Moderns? Market and Civic Freedom within the Eu*, *LEQS Paper* 2009 e M. DANI, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Dip. sci. giur. Univ. Trento, Milano, 2013, 294, che aggiunge che la perdita di importanza dei legami comunitari potrebbe condurre finanche "all'affermazione di un ordine politico tendenzialmente dispotico". Dani inoltre mette efficacemente in evidenza che mentre in passato erano i 'cittadini in armi' ad essere chiamati a garantire l'ordine nella società e a proteggere la stessa dalle insidie esterne, oggi è il cittadino-consumatore il referente ideale delle politiche euro-unitarie, chiamato ad adempiere le "pratiche necessarie all'attivazione del mercato". Sul punto si v. F. DE WITTE, *Transnational Solidarity and the Mediation of Conflicts of Justice in Europe*, in *European Law Journal*, 2012, 18, 695-697, come ripreso da M. DANI, op. ult. cit., 294, il quale osserva come l'idea di liber-

degli individui verso la ricerca di opportunità economicamente più vantaggiose al di là dei confini nazionali in combinato disposto con il connesso allontanamento degli stessi dalle collettività di riferimento e dalla vita 'cittadina', ha fatto riemergere quella drammatica opposizione tra pulsione al benessere proprio e ricerca del bene comune, insita in ogni forma di convivenza umana.

Un'opera di un artista toscano del Trecento dimostra come la diatriba tra interesse 'privato' e interesse 'pubblico' sia tutt'altro che recente. L'«*Allegoria ed Effetti del Buono e del Cattivo Governo*» costituisce un ciclo di affreschi realizzato da Ambrogio Lorenzetti tra il 1337 e il 1339 nella Sala del Consiglio dei Nove, o della Pace, del Palazzo Pubblico di Siena, proprio al fine di ispirare l'operato dei governatori che si riunivano in quelle sale⁴. L'opera del Lorenzetti, appare interessante *in primis* perché offre una rappresentazione visiva degli effetti che solitamente scaturiscono da un buono o da un cattivo governo, dove la differenza tra questi è data dal perseguimento o meno del bene comune, e inoltre perché propone un modello di buon governo che appare quanto mai attuale nella parte in cui si serve 'anche' dell'opera degli stessi cittadini.

Ciò che da anni ormai orienta il dibattito pubblico, infatti, è il bisogno di rivedere i presupposti di una convivenza sempre più connotata da un individualismo che, a discapito di ogni illusoria aspettativa, impoveri-

tà sottesa a queste pratiche si ponga in netta contrapposizione con "l'idea di libertà attiva e partecipazione tradizionalmente espresse dal concetto di cittadinanza".

⁴ Sulla parete dedicata agli effetti del Buon Governo domina la giustizia e sopra di lei la saggezza; sui due piatti della bilancia sono poste figure alate che, sulla scia del pensiero aristotelico, rappresentano la giustizia commutativa (intenta a premiare i giusti e a punire gli empi) e la giustizia distributiva (che regola gli scambi tra i cittadini). Tali figure sono cinte alla vita da una fune che viene impugnata dalla concordia, perché è la virtù che rappresenta l'uguaglianza dei cittadini e il livellamento dei contrasti, e che passa poi nelle mani di una serie di cittadini in corteo. L'altra estremità della fune è retta invece da un anziano signore dalla barba bianca che rappresenta la chiave di lettura dell'intera parete, poiché (pare) simboleggia(re) il bene comune al quale il buon governo deve tendere, attraverso l'esercizio della giustizia e la partecipazione attiva e concorde dei cittadini. È bene anche evidenziare che nella rappresentazione in oggetto, gli effetti del buon governo – a ragione – si ripercuotono tanto nella vita cittadina quanto in quella di campagna, nonché nell'armonia tra le due dimensioni. Per un approfondimento sull'opera, si rinvia a M. CARLOTTI, *Il bene di tutti. Gli affreschi del buon governo di Ambrogio Lorenzetti nel Palazzo Pubblico di Siena*, Società Editrice Fiorentina, Firenze, 2010. In tema di equilibrio tra dimensione urbana e dimensione rurale, invece, si v. A. MAGNAGHI, D. FANFANI, *Patto città-campagna. Un progetto di bioregione urbana per la Toscana*, Alinea, Firenze, 2010.

sce, oltre che se stessi, gli altri⁵. A ben vedere, tra l'altro, la pulsione al consumo dei beni incontra un ostacolo oggettivo nella limitatezza e vulnerabilità di alcune tipologie di risorse⁶ – per lo più naturali –, che, per le loro caratteristiche, necessitano di essere preservate dallo sfruttamento individualistico e gestite secondo un modello c.d. eco-centrico⁷.

Il palesarsi delle esternalità negative⁸ provocate dall'avvento della società di massa⁹ e dal declino della sfera pubblica ha così innescato un

⁵ Il riferimento va alla c.d. “tragedia dei beni comuni” teorizzata da G. HARDIN, *The tragedy of the commons*, in *Science*, 1968, 1243-1248. L'autore, pur occupandosi del problema della crescita esponenziale della popolazione del mondo, pone in evidenza uno dei problemi principali di una proprietà collettiva o condivisa, ossia la tragedia della natura umana che tende in via prioritaria a massimizzare il proprio interesse, rendendo difficile il godimento collettivo di un bene lasciato alla libera gestione dei singoli.

⁶ In questo quadro si innesta il dibattito sui ‘beni comuni’, il quale si costruisce principalmente sull'insoddisfazione che deriva dal paradigma proprietario ed in particolare dalla gestione pubblicistica della proprietà. A prescindere dagli aspetti classificatori, infatti, ciò che rileva di tale acceso dibattito è la provocazione ad esso sottesa, ossia lo scardinamento del perseguimento dell'interesse collettivo dalla gestione pubblica dei ‘beni comuni’.

⁷ P. MADDALENA, *L'ambiente e le sue componenti come beni comuni in proprietà collettiva della presente e delle future generazioni*, in *federalismi.it*, 2011, 2, in cui “l'autore sostiene che, per quanto riguarda soprattutto l'ambiente, e cioè i beni ambientali, paesaggistici ed artistici e storici, occorre passare dal principio antropocentrico, il quale, nell'ambito della concezione individualistica e borghese, pone sopra ogni cosa il diritto di proprietà privata, a quello ecocentrico, che pone in evidenza, non il possesso ed il consumo dei beni, ma il considerare uomini e cose come parti di un tutto: l'uomo è parte della comunità umana, ma anche della comunità biotica”. In altre parole, potremmo dire che nel discorso pubblico odierno l'alternativa tra il bene del singolo e il bene di tutti si riflette nell'incontro/scontro tra il settore dell'ecologia e il fenomeno del consumerismo. Sul punto si v. G. GHIDINI, *I diritti dei consumatori come civil rights del mercato*, in L. K. DOSI (a cura di), *I nuovi diritti nell'integrazione europea: la tutela della ambiente e la protezione del consumatore*, Progetto Jean Monnet, Padova, 11-15 gennaio 1999, Cleup, Padova, 2000, 43.

⁸ Il riferimento va alla c.d. “tragedia dei beni comuni” teorizzata da G. HARDIN, *The tragedy of the commons*, cit. L'autore, pur occupandosi del problema della crescita esponenziale della popolazione del mondo, metteva in evidenza uno dei problemi principali di una proprietà collettiva o condivisa che definiva beni comuni, ossia la tragedia della natura umana la quale tende in via prioritaria a massimizzare il proprio interesse. Ciò rende difficile il godimento collettivo di un bene se questo è lasciato alla libera gestione dei singoli.

⁹ Sul punto si v. R. PARRI, *Mondo comune. Spazio pubblico e libertà in Hanna Arendt*, Jaka Book, Milano, 2003, 13, in cui l'autore riflettendo sul pensiero di Hannah Arendt rileva che il problema di molti paesi europei, compresa l'Italia, è che permane la condizione di povertà politica che, benché abbia avuto inizio con l'affermarsi del totalitarismo,

meccanismo di riavvicinamento dei cittadini a quella sfera della politica che Aristotele chiamava “la sfera degli affari umani”¹⁰. Questo passaggio è ben descritto da Hannah Arendt quando dice che “si tratta di uscire dalla propria condizione privata per prendersi cura della *polis*, spostandosi sul terreno pubblico per eccellenza, la politica”¹¹.

2. Cittadini e beni comuni

Probabilmente, la necessità di riappropriarsi della propria dimensione identitaria ha funto da *input* per un ritorno all'azione attraverso forme di partecipazione attiva al perseguimento dell'interesse generale nell'ambito delle comunità locali.

In questo quadro contempliamo modelli di cittadinanza attiva che, in virtù dell'art. 118, co. 4, Cost., tentano di rimediare alle inefficienze della pubblica amministrazione e di riempire il vuoto tra società e istituzioni ponendo l'enfasi sul dovere diretto dei singoli nella cura dei beni della comunità¹² e forme di attivismo civico sempre più vivaci nel contrastare alcuni comportamenti degli attori politici e istituzionali -rispetto, per esempio, a decisioni su grandi opere pubbliche e trasformazioni urbanistiche di cui non si comprendono gli effetti-, che spingono verso processi

è poi proseguita “con le nuove guerre e la virtuale oppressione delle democrazie di massa, capaci d'inserire nella coscienza stessa dei suoi membri la convinzione di vivere in un regime di autentica libertà”. Sul punto si v. Anche H. ARENDT, *The origins of totalitarianism*, New York, 1951; trad. it. *Le origini del totalitarismo*, Einaudi, Milano, 1967.

¹⁰ M. RIPARINI, *L'educazione alla cittadinanza attiva nel pensiero politico-filosofico di Hannah Arendt*, Roma, 2013.

¹¹ H. ARENDT, *La lingua materna. La condizione umana e il pensiero plurale*, Mimesis, Milano, 1993, 25. La sfida per l'autrice è quella di richiamare le nuove generazioni ad agire sul piano civile e politico e “a fondare nella relazione interumana la condivisione delle esperienze e delle responsabilità”. La politica, o meglio *politeia*, per la Arendt costituisce quel versante della condizione umana in cui non si può essere se stessi se non in relazione con gli altri, così per l'autrice politica e libertà vanno insieme, “giacché il senso della politica è la libertà, e laddove l'una viene meno declina anche l'altra”. In questi termini, M. RIPARINI, *L'educazione alla cittadinanza attiva nel pensiero politico-filosofico di Hannah Arendt*, cit., in cui si rinvia a G. SCUDIERI, *Educare alla cittadinanza europea*, in L. CORRADINI (a cura di), *Pedagogia e cultura per educare. Saggi in onore di Giuseppe Serio*, Pellegrini, Cosenza, 2006, 234.

¹² Sul punto si v. G. ARENA, *Amministrazione e società. Il nuovo cittadino*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1, 2017, 42.

decisionali maggiormente inclusivi che riconoscano e gestiscano quella parte fisiologica di ‘opposizione’ che non è possibile eliminare¹³.

Il primo modello di cittadinanza attiva si basa sull’applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale all’istanza di tutela dei c.d. beni comuni. Volendo definire questa discussa categoria di beni senza utilizzare definizioni ‘parziali’ potremmo dire che essi sono i beni che “rendono servizi indivisibili per natura”¹⁴ caratterizzati al contempo da problemi di esauribilità. Poiché sono strumentalmente collegati alla realizzazione degli interessi di tutti i cittadini, i beni comuni pongono principalmente un problema di gestione che, a prescindere dal titolo di proprietà, renda effettive le varie forme di godimento e di uso pubblico degli stessi¹⁵.

Il dibattito sui beni comuni nasce sulla scia di quello americano sui *commons*¹⁶, ma in sostanza riaccende quell’interesse per i beni collettivi e

¹³ A. AVERARDI, *Amministrare il conflitto: costruzione di grandi opere e partecipazione democratica*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 4, 2015, 1173 ss.

¹⁴ Così, in termini antesignani, M.S. GIANNINI, in *I beni pubblici*, Bulzoni, Roma, 1963.

¹⁵ Per le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, che si sono espresse sul tema in occasione di alcune pronunce sulle valli da pesca della laguna di Venezia (tra le altre, si v. Cass., Sez. un., 18 febbraio 2011, n. 3937), i beni comuni sono quei beni strumentalmente collegati alla realizzazione degli interessi di tutti i cittadini a prescindere dal titolo di proprietà. A detta della Corte, “la titolarità dello stato (come Stato-collettività, vale a dire come ente espositivo degli interessi di tutti) non è fine a se stessa e non rileva solo sul piano proprietario ma comporta per lo stesso degli oneri di una *governance* che renda effettive le varie forme di godimento e di uso pubblico del bene”. La demanialità di cui parla la Corte, dunque, è da intendersi come duplice appartenenza alla collettività e all’ente esponenziale, e su quest’ultimo grava l’onere di una gestione che renda effettive le varie forme di godimento e di uso pubblico del bene. In materia di gestione dei beni si v. M. OLIVI, *Beni pubblici tra privatizzazione e riscoperta dei beni comuni*, in *Amministrazione e cammino*, 2014, 21 ss., il quale rileva come il problema di gestione posto dai beni comuni si risolva in un problema di strumenti e di atteggiamento culturale della pubblica amministrazione.

¹⁶ Sul piano economico, i beni che presentano i caratteri della *rivalità* e della *non escludibilità* sono definiti *commons*. In merito a questi beni, si è paventata una sorta di “tragedia” in ragione del fatto che la tensione dell’*homo oeconomicus* a massimizzare il proprio interesse si pone tendenzialmente in contrapposizione con il godimento collettivo di un bene rivale e non escludibile che sia lasciato alla libera gestione dei singoli. Si v. G. HARDIN, *The tragedy of the commons*, op. cit. Il pensiero di Hardin è ben rappresentato nell’esempio del pascolo. L’esempio del pascolo di Hardin è un esempio presente in ogni testo di microeconomia, e si riferisce al pascolo comune e libero dove ogni contadino porta a pascolare le proprie mucche. La scelta che massimizza la libertà e l’interesse individuale è quella di aumentare di una unità il bestiame al pascolo, poiché il vantaggio

per “quell'altro modo di possedere”¹⁷ che da sempre si contrappone ai tradizionali modelli proprietari¹⁸.

Sul piano sistematico, la locuzione ‘beni comuni’ si è posta sin da subito in contrapposizione terminologica rispetto alla tradizionale bipartizione dei beni in pubblici e privati con l'ambizione di dar vita ad una sorta di *tertium genus* di beni¹⁹.

individuale è +1, mentre la diminuzione dell'erba è soltanto una frazione di -1, poiché il danno si ripartisce su tutti gli altri contadini che usano il pascolo. È come se gli utilizzatori del pascolo non considerassero nel compiere le proprie scelte individuali la riduzione del bene comune (erba del pascolo) che il loro consumo produce: si dà per costante il bene comune e si aumenta il consumo individuale; quando si supera la soglia critica, arriva anche la percezione individuale ma è spesso troppo tardi, poiché accade che aumenti ancor di più lo sfruttamento di quella risorsa, che è sempre più scarsa.

¹⁷ L'espressione è da riferirsi all'opera di P. GROSSI, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Giuffrè, Milano, 1977.

¹⁸ F. CORTESE, *Che cosa sono i beni comuni*, in M. BOMBARDELLI (a cura di), *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, 39 ss., in cui l'autore aggiunge che “le teorie sui beni comuni cercano di creare delle aree di rinnovata indisponibilità nelle quali ridimensionare la presenza “onnipotente” del “sovrano” pubblico, per strumentalizzarla ad un rispetto, per così dire, fondativo di talune utilità”. Per riflessioni simili ma poste con riguardo ai beni demaniali, si v. E. GUICCIARDI, *Il demanio*, Cedam, Padova, 1934, 297 ss., e D. DONATI, *Stato e territorio*, Athenaeum, Roma, 1924. Sul punto cfr. L. GIANI, *Destinazione e fruibilità dei beni (di interesse pubblico). Spunti per una rivisitazione della dinamica regolativa*, in *Nuove autonomie*, 2, 2016, 163 ss.

¹⁹ In questi termini, S. STAIANO, “Beni comuni” categoria ideologicamente estenuata, in *DeS*, 3, 2016, 415-432, in part. 415. Giova rilevare, infatti, che il rinnovato interesse per i beni collettivi, che oggi chiamiamo comuni, nasce sostanzialmente dalla volontà di “invertire la rotta” e di svincolare il profilo della ‘fruizione’ del bene da quello dell'appartenenza o titolarità dello stesso, per elaborare quindi una nozione di tutela che non sia più incentrata sul regime giuridico cui i beni sono sottoposti ma sull'utilità che un certo tipo di bene produce sul singolo o sulla collettività. Su questi presupposti nel 2007, fu istituita con Decreto del Ministro della Giustizia del 21 giugno 2007, la Commissione Rodotà, al fine di razionalizzare e aggiornare il regime dei beni pubblici mediante la redazione di una bozza di disegno di legge delega che proponesse una modifica del titolo II del Libro III del Codice Civile del 1942. La commissione si proponeva di elaborare una nuova tassonomia dei beni pubblici che fosse legata alle caratteristiche economiche e sociali dei diversi beni, aggiungendo la categoria dei beni comuni come categoria autonoma rispetto ai beni pubblici, per il fatto che i primi sarebbero caratterizzati da una titolarità diffusa e non pubblica. I beni comuni sono espressamente menzionati nella Bozza della Commissione Rodotà all'art. 1 co.3, lett. b) e specificati nella lett. c) dello stesso articolo, come le “ cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona. I beni comuni devono essere tutelati e salvaguardati dall'ordinamento giuridico, an-

Il tentativo di porsi ‘oltre’ la proprietà pubblica e quella privata²⁰ sottintende la sostanziale equiparabilità delle due forme proprietarie ed un’aspra critica nei confronti del modello pubblicistico di gestione dei beni²¹ e mira a svincolare l’interesse non invidualistico per determinati beni dal riferimento obbligato alla proprietà pubblica²².

che a beneficio delle generazioni future. Titolari di beni comuni possono essere persone giuridiche pubbliche o private. In ogni caso deve essere garantita la loro fruizione collettiva, nei limiti e secondo le modalità fissati dalla legge. Quando i titolari sono persone giuridiche pubbliche i beni comuni sono gestiti da soggetti pubblici e sono collocati fuori commercio; ne è consentita la concessione nei soli casi previsti dalla legge e per una durata limitata, senza possibilità di proroghe. Sono beni comuni, tra gli altri: i fiumi, i torrenti e le loro sorgenti; i laghi e le altre acque; l’aria; i parchi come definiti dalla legge, le foreste e le zone boschive; le zone montane di alta quota, i ghiacciai e le nevi perenni; i lidi e i tratti di costa dichiarati riserva ambientale; la fauna selvatica e la flora tutelata; i beni archeologici, culturali ambientali e le altre zone paesaggistiche tutelate. La disciplina dei beni comuni deve essere coordinata con quella degli usi civici. Alla tutela giurisdizionale dei diritti connessi alla salvaguardia e alla fruizione dei beni comuni ha accesso chiunque. Salvi i casi di legittimazione per la tutela di altri diritti e interessi, all’esercizio dell’azione di danni arrecati al bene comune è legittimato in via esclusiva lo Stato. I presupposti e i modi di esercizio delle azioni suddette saranno definiti dal decreto delegato”. Sulla necessità di definire una nuova disciplina dei beni comuni e, più in generale, sulle prospettive di riforma del codice civile alla luce dei lavori della Commissione Rodotà, si v. U. MATTEI, E. REVIGLIO, S. RODOTÀ (a cura di), *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, Il Mulino, Bologna, 2007 e U. MATTEI, E. REVIGLIO, S. RODOTÀ (a cura di), *I beni pubblici. Dal governo democratico dell’economia alla riforma del codice civile*, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 2010. In ordine alla necessità di superare la tradizionale bipartizione codicistica della proprietà si v. S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Il Mulino, Bologna, 2013, U. MATTEI, *Beni comuni. Un Manifesto*, Laterza, Roma-Bari, 2011, nonché M.R. MARELLA, *Introduzione. Per un diritto dei beni comuni*, in *Oltre il pubblico e il privato*, Ombre Corte, Verona, 2012.

²⁰ Si v. C. IANNELLO, *L’appartenenza collettiva del territorio dello stato*, in G. F. CARTEI, L. DE LUCIA (a cura di), *Contenere il consumo di suolo. Saperi ed esperienze a confronto* (a cura di), Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, 123 ss.

²¹ In questi termini I. CIOLLI, *Sulla natura giuridica dei beni comuni*, in *DeS*, 2016, 469 e M. ESPOSITO, *I beni pubblici*, in M. BESSONE (a cura di), *Beni, proprietà e diritti reali*, vol. VII, tomo I.2, Giappichelli, Torino, 2008.

²² S. STAIANO, “*Beni comuni*” categoria ideologicamente estenuata, cit., 416, in cui l’autore specifica che “in tale prospettazione, risulta indebolito il legame tra art. 42, co.1 e art. 43 Cost., nel senso che l’affidamento a imprese o categorie di imprese a comunità di lavoratori o di utenti, cui si riferisce l’art. 43, si distacca dal regime proprietario”.

3. *Sussidiarietà e cittadinanza attiva*

Vi è poi l'approccio che guarda al dibattito sui beni comuni sotto il profilo funzionalistico. Si tratta di quelle tesi secondo le quali la locuzione 'beni comuni' è sostanzialmente espressiva di un'istanza che, a prescindere dalla tutela puntuale dei singoli beni e delle singole risorse di cui l'ordinamento dispone, spinge verso la funzionalizzazione di tali beni e di tali risorse al godimento effettivo dei diritti fondamentali dell'uomo ed al pieno e libero sviluppo della persona umana cui gli stessi risultano strumentalmente collegati²³. In altre parole, i beni comuni più che costituire un insieme di entità puntuali che necessitano singolarmente di tutela, sembrano rappresentare principalmente un'istanza di istituzionalizzazione "che tende ad eccedere lo spazio della proprietà pubblica o della partecipazione amministrativa, per rilanciare una determinata idea sulla forma di Stato, sulla cittadinanza e sul ruolo della dialettica pubblico-privato nell'economia e, così, nella prestazione di determinati servizi divenuti "aperti" al mercato²⁴. Tale 'sfida' può venire credibilmente affrontata non certo superando la polarità dialettica pubblico-privato, che risale peraltro al diritto romano, quanto, piuttosto, valorizzando la virtuosità in tale dialettica racchiusa²⁵ attraverso "un più intenso protagonismo dei singoli e della collettività nella gestione di attività e nella produzione di beni connessi con il godimento di libertà e diritti fondamentali"²⁶.

L'accento cade dunque sul 'comune' inteso non come bene ma come effetto di azioni collettive volontarie, come esperienza di messa in comune, non tanto o non solo di cose, ma di ragionamento e pensieri.

Così si è sviluppata una figura di individuo che, superando il modello dall'*homo oeconomicus* – quale individuo tendenzialmente volto alla

²³ L. D'ANDREA, *I beni comuni tra pubblico e privato*, in *DeS*, 3, 2016, 433-455, in part. 438.

²⁴ In questi termini, F. CORTESE, *Che cosa sono i beni comuni?*, cit., 60, secondo cui "i beni comuni, in buona sostanza, postulano sempre uno Stato e un'amministrazione "diversi" da quelli ora esistenti". Sul punto si v. anche C. IAIONE, *Beni comuni e innovazione sociale*, cit., 66, secondo cui "i beni comuni sembrano essere all'origine di un'"innovazione istituzionale", e cioè dell'emergere di un nuovo ruolo del complesso dei poteri pubblici che potremmo definire lo "stato relazionale" o "Stato-regia". Si tratta di uno Stato che produce *governance*, cioè governa reti di collaborazione tra diversi soggetti, tutti interessati alla realizzazione di uno scopo comune".

²⁵ L. D'ANDREA, *I beni comuni tra pubblico e privato*, cit., 442.

²⁶ V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi*, in *Politica del diritto*, 2014, 4.

massimizzazione dei propri interessi materiali –, si caratterizza perché, pur non rinunciando al perseguimento dei propri interessi, ha compreso che la libertà individuale è nulla se non è associata a una responsabilità verso la comunità di cui è parte e se all'agire individuale non accompagna l'agire in comune²⁷.

Per definire questo modello sul piano terminologico, le scienze sociali hanno coniato diverse espressioni, quali quella del *cittadino attivo*²⁸, nonché quelle dell'*homo civicus*²⁹ e dell'*homo reciprocans*³⁰, tutti termini che in qualche modo riprendono quel concetto di “nuovo cittadino” già teorizzato da Feliciano Benvenuti qualche decennio fa. Infatti, proprio riprendendo le parole con cui Benvenuti tratteggia il contesto e le ragioni della nascita del ‘nuovo cittadino’, un audace filone dottrinario sostiene che “la risposta democratica va(da) oggi impostata non tanto sulla partecipazione popolare alle strutture (...) ma mediante il riconoscimento di poteri di intervento dei cittadini nell’ambito dell’esercizio delle funzioni”. Il ‘nuovo Stato’ e il ‘nuovo cittadino’ debbono reciprocamente avvicinarsi: “quanto più il nuovo cittadino diviene titolare di una sua libertà attiva, tanto più si apre il confine della sua persona; egli conquista in tal modo, oltre al valore dell’esistenza individuale, anche la coscienza di un essere per gli altri (...) non basta più la difesa della libertà individuale ma occorre che l’individuo vada oltre e cooperi a costruire, insieme agli altri, la rete di relazioni che costituisce la base e il principio di una società aperta”³¹.

In sostanza, l’idea è quella secondo cui, ad un certo punto, l’approccio individualistico che ha determinato uno sfruttamento delle risorse di tipo egoistico e deleterio per la collettività con effetti a cascata su ogni suo componente, sia venuto meno in ragione della consapevolezza che il valore della propria esistenza si misura anche in relazione al modo di essere e di operare rispetto agli altri, e quindi rispetto alle risorse comuni.

²⁷ C. IAIONE, *Beni comuni e innovazione sociale*, op. cit., 63, il quale rinvia a A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, Utet, Torino, 2006.

²⁸ Sul punto, *in primis*, G. ARENA, *Cittadini attivi. Un altro modo di pensare all'Italia*, Laterza, Roma-Bari, 2006.

²⁹ A riguardo si v. F. CASSANO, *Homo civicus. La ragionevole follia dei beni comuni*, Dedalo, Bari, 2004.

³⁰ Sul punto invece si v. S. BOWELES, H. GINTIS, *Behavioural science: homo reciprocans*, in *Nature*, 2002, 125-128.

³¹ F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Marsilio, Venezia, 1994, 23.

Così si sviluppa un rinnovato senso civico che porta ad un nuovo modo di 'agire in comune', che chiamiamo cittadinanza attiva e che fa da contraltare rispetto alla crisi dei partiti e della democrazia rappresentativa³².

L'*input* normativo che ha consentito di ridare vita alle parole e al pensiero di Benvenuti è stato fornito principalmente dall'art. 118, ult.co. Cost.³³ nella parte in cui favorisce l'autonoma iniziativa dei cittadini, sin-

³² G. ARENA, *La cittadinanza attiva nella Costituzione*, cit., in cui l'autore specifica che la democrazia partecipativa, di cui la cittadinanza attiva costituisce una evoluzione, si basa principalmente su due modalità di rapportarsi con le istituzioni, ossia l'esercizio del diritto di voto, riconosciuto solo ai cittadini (art. 48 Cost., e dalla militanza politica, esercitata partecipando alla vita dei partiti (art. 49 Cost.). A queste due forme di rapporto mediato con le istituzioni si aggiunge la forma di rapporto diretto rappresentata dal *referendum*. Di conseguenza la crisi dei partiti che sono diventati sempre più apparati elettorali e sempre meno luoghi di formazione di classe dirigente e di progetti collettivi "aumenta ogni giorno il distacco se non addirittura il disprezzo verso le istituzioni quasi tutte accomunate dai cittadini in un giudizio negativo, considerate corrotte ed inefficienti". Da qui il pericolo che la crisi di queste istituzioni possa sfociare nel populismo, ossia "nell'appello diretto all'investitura popolare, senza mediazione, senza contrappesi e controlli".

³³ L'articolo, nella versione successiva alla Riforma del Titolo V della Costituzione, avvenuta con l. cost. 3/2001, sancisce che "Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà". La norma, nel complesso di una serie di altri rimandi e principi costituzionali ha costituito il punto di partenza per sviluppi in sintonia col pensiero di Benvenuti. Concepito secondo il vecchio paradigma bipolare, l'art. 118, ult.co., Cost. viene inteso come "riduzione del ruolo del pubblico nei limiti in cui il servizio o l'attività possano essere assicurati dai soggetti privati in modo efficiente e secondo gli interessi di pubblica utilità prefissati dallo stesso potere pubblico". Al contrario, sostiene Arena, la sussidiarietà dovrebbe essere concepita nella sua portata più innovativa e dirompente, in grado di condurre "verso un diritto amministrativo pluralista, paritario e relazionale, invece che bipolare e gerarchico e conflittuale". Una volta "individuato in base al principio di sussidiarietà verticale il livello istituzionale più appropriato per l'attribuzione di determinate responsabilità, il principio cessa di operare nella sua accezione "verticale" ed inizia ad operare nella sua accezione "orizzontale". La direzione del rapporto cambia realmente, oltre che metaforicamente: anziché un passaggio di responsabilità pubbliche a cascata da un livello istituzionale all'altro, con conseguente astensione del livello superiore rispetto a quello inferiore, si ha un convergere sullo stesso piano di soggetti pubblici e privati per l'assolvimento congiunto delle responsabilità attribuite alle istituzioni.

In altri termini, l'art. 118 della Cost., se interpretato nei modi di cui sopra, costituisce "la pietra angolare di un modello di società e di economia in cui il cittadino attivo, il filantropo, l'imprenditore attivo e l'azienda attiva decidono di esercitare la libertà e assumere sulle proprie spalle la responsabilità di prendersi cura dei beni comuni, anziché limitarsi a richiederne il rispetto o a pretenderne il godimento o, molto peggio, contribuire al loro uso

goli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale. La norma, sembra costituire la pietra angolare di un “modello di società e di economia in cui il cittadino attivo³⁴, il filantropo, l'imprenditore attivo e l'azienda attiva decidono di esercitare la libertà e assumere sulle proprie spalle la responsabilità di prendersi cura dei beni comuni, anziché limitarsi a richiederne il rispetto o a pretenderne il godimento o, molto peggio, contribuire al loro uso predatorio”³⁵.

4. *Democrazia e comunità locali*

Il modello teorico su cui si basa l'amministrazione condivisa dei beni comuni sembra aver legittimato – e sollecitato – le attività poste in essere dalla cittadinanza anche al fine di sopperire alla avvertite carenze gestionali da parte delle istituzioni. Tale modello, infatti, nel prevedere

predatorio”. Sul punto si v. G. ARENA, *Amministrazione e società. Il nuovo cittadino*, cit., 1 ss. E G. ARENA, *La cittadinanza attiva nella Costituzione*, cit., 246 ss.

³⁴ Appare opportuno rilevare che con l'espressione cittadino attivo ci si riferisce ad una figura che non necessariamente coincide con quella del cittadino-elettore o del cittadino-militante di partito, ma che può incardinarsi anche in capo al soggetto che non è cittadino in senso formale ma che partecipa ai processi decisionali solo in virtù del fatto che vanta un legame stabile col territorio. Lo stesso Arena parla di cittadinanza attiva di comunità.

³⁵ C. IAIONE, *Beni comuni e innovazione sociale*, in *Equilibri*, n. 1, 2015, 61, il quale aggiunge che “è come se l'art. 118, ultimo comma, recitasse così: “ i cittadini, singoli o associati, hanno la libertà e la responsabilità di prendersi cura dei beni comuni”. Non si arriva alla statuizione di un vero e proprio obbligo, come nella Costituzione polacca, secondo cui “è dovere del cittadino polacco la fedeltà alla Repubblica polacca e la cura del bene comune” (art. 82) oppure “ciascuno è obbligato ad aver cura delle condizioni dell'ambiente ed è responsabile dei peggioramenti provocati” (art. 86). Si tratta bensì di una libertà solidale e responsabile”. Il modello che si basa sulla sussidiarietà può essere attuato direttamente da tutti i livelli istituzionali, anche quelli locali, senza necessità della prevista intermediazione legislativa. Così è stato possibile redigere e poi presentare nel 2014 a Bologna un regolamento comunale-tipo, che poi si è diffuso in tutto il Paese. Nel regolamento, lo snodo dell'alleanza fra cittadini e amministrazione sono i patti di collaborazione (contratti di diritto privato ex art. 1 co. 1 bis della l.241/90), che sono lo strumento che consente di collaborare nell'interesse generale ossia “lo strumento con cui Comune e cittadini attivi concordano tutto ciò che è necessario ai fini della realizzazione degli interventi di cura e rigenerazione dei beni comuni”. Per una dettagliata analisi degli aspetti applicativi del Regolamento per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani si v. P. MICHARA, *I patti di collaborazione e il regolamento per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani. L'esperienza del Comune di Bologna*, in *Aedon*, 2, 2016.

l'affiancamento dell'attività dei cittadini, singoli e associati, a quella delle istituzioni sembra aver velatamente rovesciato la tradizionale conformazione dei poteri³⁶. A ben vedere, però, una lettura del principio di sussidiarietà coerente con il sistema dei valori costituzionali³⁷ richiede che,

³⁶ Per i profili problematici del modello della cittadinanza attiva, si v. E. ROSSI, *Le finalità e gli strumenti della democrazia partecipativa nell'ordinamento giuridico italiano*, in *DeS*, 3, 2016, 496, il quale per quanto riguarda l'interpretazione della categoria dei "cittadini singoli e associati" di cui parla l'art. 118 co. 4, ritiene che la norma imponga "una lettura indifferenziata alla molteplicità di soggetti potenzialmente coinvolti, forse addirittura più ampia di quella-peraltro già potenzialmente assai estesa-di "formazioni sociali" cui fa riferimento l'art. 2 Cost. Anche il profilo oggettivo, ossia il tipo di attività verso cui l'iniziativa dei cittadini deve essere favorita, presenta problemi ermeneutici. In particolare occorre chiedersi "cosa debba intendersi con "attività di interesse generale" e se non si debba ritenere che ogni attività posta in essere da soggetti pubblici (come sono lo Stato, le Regioni e gli enti locali) non sia di per sé " di interesse generale" e se-di conseguenza- la formula dell'art. 118 abbia valore meramente descrittivo". Ulteriore aspetto problematico, secondo l'autore, è quello relativo ai criteri mediante cui far emergere l'autonoma iniziativa di singoli affinché la stessa possa essere presa in considerazione dai soggetti pubblici. Inoltre si v. V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi. Riflessioni de iure condendo su un dibattito in corso*, cit., 32, in cui, in merito alla valorizzazione della dimensione collettiva, si rileva come ciò non risolve di per sé il problema della "tragedia dei beni comuni" dovendo poi concretamente verificare quali soggetti siano disposti ad attivarsi per contribuire alla gestione ed alla tutela del bene comune e a quali condizioni.

³⁷ Per una ampia riflessione sulla sussidiarietà, in parte divergente da quella fatta propria dal modello di Gregorio Arena, si v. S. STAIANO, *La sussidiarietà orizzontale: profili teorici*, in *federalismi.it*, n. 5, 2006, le cui considerazioni in tema di sussidiarietà meritano di essere fedelmente riportate nella parte in cui sostiene che "non è proponibile l'idea che la sussidiarietà orizzontale – come espressione di una nuova visione del mondo delle relazioni giuridiche – venga condotta in una posizione di preminenza assoluta, pervadendo il sistema. Se ciò fosse – lo insegna l'esperienza storica – essa colliderebbe con il principio democratico: di questo pericolo erano ben consapevoli i Costituenti, che, infatti, nel dibattito che avrebbe condotto all'art. 2 Cost., diedero una lettura della sussidiarietà sempre attenta alla compatibilità con gli altri principi di sistema; e l'emersione del principio alla formulazione normativa non autorizza a ritenere lacerato il tessuto dei diritti costituzionalmente protetti. Le tecniche di bilanciamento sono certamente difficili e controvertibili, danno luogo ad acquisizioni spesso provvisorie, ad oscillazioni tra diverse architetture interpretative, sedimentando lentamente. Ma non sono rinunciabili, e presentano il vantaggio di poter seguire il dinamismo delle relazioni sociali: vantaggio rilevante nel complesso scenario della sussidiarietà orizzontale. Sono, peraltro, un *proprium* dell'elaborazione giuridica. Compiuta questa scelta di metodo, i dati derivanti dalle analisi compiute dalla scienza sociologica – e dalla scienza economica – possono essere correttamente considerati come elementi fattuali, ai quali riferirsi per raccordare principio giuridico e materialità dell'esperienza, non per fornire la definizione stessa del principio, alla quale poi attribuire, per automatismo "logico", efficacia conformativa. La lettura di

nei momenti di crisi³⁸ dovuti a perdita di affidabilità degli organi rappresentativi, non si trascuri la necessità di far riconquistare a tali organi quella credibilità e quella legittimazione che essi abbiano eventualmente smarrito³⁹.

La questione della credibilità e della legittimazione appare di rilievo in ordine, per esempio, ai processi decisionali pubblici sulla localizzazione di grandi opere.

Nell'ambito delle decisioni relative alla localizzazione di grandi opere infrastrutturali l'interazione pubblico-privato presenta ancora dei problemi, *in primis* di natura comunicativa: si riscontra ancora la mancanza di un adeguato dialogo, tra le istituzioni e la cittadinanza, che renda quest'ultima partecipe del 'se' e del 'come' dell'opera.

Ciò, il più delle volte, apre la via ad un attivismo civico anch'esso di tipo 'rimediale' rispetto all'operare delle istituzioni. Emblematica manifestazione del *deficit* di inclusione che caratterizza i processi decisionali

tali dati, peraltro, consentirà di evitare un equivoco ricorrente: la considerazione, in astratto, del mondo dei corpi intermedi come indistinto e omogeneo; e, dunque, come interamente meritevole di promozione, quando sia stata attribuita, una volta per tutte, ad una formazione sociale, la qualificazione di "sussidiabile". Al contrario, l'impiego delle tecniche di bilanciamento impone di cogliere ogni articolazione tipologica, in uno scenario segnato da diversità radicali, quanto agli scopi perseguiti, alle letture del concetto di "interesse generale" (non è affatto certo, per esempio, che questo sia perseguito ogni volta che manchi lo scopo lucrativo, e che sia disatteso ogni volta che tale scopo vi sia), ai modelli organizzativi (con interferenze dirette sulle libertà individuali e sulle garanzie costituzionali apprestate per e nelle formazioni sociali). Ed impone di seguire il mutamento di funzione delle singole formazioni, nel dinamismo insopprimibile in atto nello stato sociale contemporaneo. Il riconoscimento di un campo tanto esteso all'interpretazione normativa evoca il rischio dell'alternativa, non virtuosa, nei rapporti del giudice con le sedi della decisione politica, tra sudditanza e arbitrio. Si tratta, tuttavia, di un problema generale, che si colloca nella contingenza storica, e per il quale possono essere apprestate soluzioni partendo dall'idea che esiste una comunità – espressione della ricchezza sociale non riducibile allo Stato-persona che non è "sussidiabile" poiché, per poter conservare la sua identità, deve considerarsi ontologicamente autonoma: la comunità degli interpreti del diritto, ben lontana dall'esaurirsi nei giudici. Sulla comunità degli interpreti del diritto grava il peso non lieve di assicurare un'applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale espansiva, ma coerente con il sistema dei valori costituzionali".

³⁸ In materia di crisi della politica come conseguenza della supremazia del mercato e dell'interiorizzazione del principio di concorrenza come principio costituzionale si v. Y. MENY, *La crisi politica*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 3, 2016, 621 ss. nonché R. BIN, *Soft law, no law*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Giappichelli, Torino, 2009, 31.

³⁹ E. ROSSI, *La finalità e gli strumenti della democrazia partecipativa nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., 501.

pubblici sono, infatti, i conflitti che nascono per contrastare talune decisioni politiche relative alla localizzazione di grandi opere infrastrutturali destinate ad avere un grande impatto sul territorio⁴⁰ e quindi sulla comunità locale. Al riguardo si parla di 'conflitti di prossimità'⁴¹, espressione avalutativa che si ritiene preferibile rispetto a quella più famosa di *Nimby* (*Not In My Back Yard*) che ha finito per qualificare tali casi di contrasto alla localizzazione di opere pubbliche come manifestazioni di resistenza individualista e irrazionale al perseguimento dell'interesse generale.

Le mobilitazioni sociali che caratterizzano i conflitti di prossimità, promosse generalmente da quella cerchia di cittadini che possiamo definire 'ordinari', 'profani'⁴², portatori di un sapere pratico e locale⁴³, non possono farsi risalire a un mero conflitto tra interesse generale e interessi locali, come la letteratura sulla c.d. sindrome *Nimby* tende a suggerire. Essi

⁴⁰ Per quanto riguarda le localizzazioni di grandi infrastrutture che determinano problemi ambientali, si ritiene che in questi casi il *knowledge deficit* sia causato dalla complessità delle relazioni causali di tipo biologico, fisico e sociale, e al contempo da una necessità di una conoscenza tecno-scientifica fortemente specializzata. Queste caratteristiche producono una dimensione di incertezza che tende a trasformarsi in una caratteristica strutturale di incalcolabilità degli effetti decisionali. Sul punto si v. F. SPINA, *Sociologia dei nimby. I conflitti di localizzazione tra movimenti e istituzioni*, Besa, Lecce, 2010, 145.

⁴¹ Si ritiene che l'espressione descriva in maniera avalutativa l'aspetto della dimensione locale della resistenza ai progetti infrastrutturali. Sul punto si v. G. SÉNÉCAL, *Conflicts de proximité et coopération, une géographie des acteurs et des interactions sociales*, in 49 *Cahier du géographie*, 2005, 138 e P. MELE, *Conflicts de proximité et dynamiques urbaines*, Rennes, Presse Universitaires de Rennes, 2013, 8 ss.

⁴² La locuzione di cittadini ordinari o profani è atta a distinguere gli stessi da quei cittadini che possono essere definiti 'esperti'. I cittadini esperti esercitano professionalmente la loro capacità di partecipare e negoziare con gli organi politici. Da questi si distinguono poi c.d. *everyday makers*, cioè i cittadini che non sono attivisti e che agiscono in maniera autointeressata in una dimensione di micropolitica. Essi pensano globalmente ma agiscono a livello locale e "ciò cui reagiscono non è, in definitiva, lo Stato, ma la politica delle reti di esperti che viene esercitata dalle organizzazioni pubbliche, private, volontarie". In questi termini, F. GELLI, *Cittadinanza attiva e politiche pubbliche*, cit., 129.

⁴³ La letteratura in materia definisce questo tipo di sapere come 'conoscenza interattiva', che "non deve provenienza, livello di attendibilità e certezza, verifica sul piano empirico, diffusione, a tecniche di ricerca sociale di tipo professionale, ma al senso comune, alle forme di empirismo casuale e di analisi e speculazione di tipo riflessivo". In pratica essa è il prodotto stesso del fare ed è utilizzabile per il trattamento pratico dei problemi sociali. Si v. E. LINDBLOM, D.K. COHEN, *Usable Knowledge. Social Science and Social Problem Solving*, Yale Univ. Press, New Haven, 1979, 20.

dipendono invece da precise dinamiche conflittuali⁴⁴ relative principalmente all'incertezza in merito agli effetti che una determinata decisione può determinare per il territorio. Aspetto, questo, chiaramente influenzato dalla condivisione o meno di conoscenze e dalla diffusione di informazioni più o meno corrette da parte delle amministrazioni.

In questo tipo di conflitti, a essere posto in discussione è il monopolio della razionalità, della legittimità e dell'informazione dei decisori pubblici che escludano dalle scelte i soggetti su cui generalmente ricadono le esternalità negative delle medesime decisioni. Com'è noto, infatti, più il processo decisionale tende a chiudersi e a concentrarsi nelle mani di pochi tecnocrati, maggiore sarà l'opposizione di principio e di fatto dei soggetti esclusi. Viceversa, se i processi decisionali sono aperti alla parte civile e ai cittadini tanto nel 'se' dell'opera, quanto nel 'come', allora sarà alta la probabilità di ottenere un risultato condiviso⁴⁵.

Le forme di attivismo spontaneo che nascono per contrastare decisioni pre-costituite, tendono generalmente ad essere soffocate – o indotte all'autosoffocamento mediante forme di pressione atte a scoraggiare i propositi di contestazione (logica *SLAPP*)⁴⁶ – in quanto an-

⁴⁴ Per una prima elaborazione di queste quattro dinamiche si v. M.L. POIRER ELIOTT, *Conflict resolution*, in A.J. CATANESE e J. C. SNYDER (a cura di), *Urban Planning*, New York, McGraw-Hill, 1988, 159. Si v. A. AVERARDI, *Amministrare il conflitto: costruzione di grandi opere e partecipazione democratica*, cit., 1173 ss. Secondo cui la prima dinamica è la dimensione legata all'incertezza relativa agli effetti che la decisione di costruire una determinata opera pubblica possa avere sul territorio, in termini di salute, qualità della vita, salubrità del territorio etc. La seconda è definibile come *strutturale* e concerne la contestazione delle ragioni che reggono la decisione pubblica, aspetto che è influenzato dai flussi di informazioni. La terza dimensione è quella *procedimentale*, che guarda al concreto atteggiarsi delle amministrazioni mentre l'ultima è quella *sostanziale*, che assomma tutte le altre componenti ma che non si riduce alla somma. L'autore rileva anche come il manifestarsi di queste dinamiche non sia segno di patologia del sistema ma una conseguenza fisiologica dell'assunzione di scelte socialmente complesse.

⁴⁵ F. SPINA, *Sociologia dei nimby. I conflitti di localizzazione tra movimenti e istituzioni*, cit., 151.

⁴⁶ *SLAPP* è l'acronimo di *Strategic Lawsuits Against Public Participation*, e con tale espressione ci si riferisce solitamente a quell'insieme di cause intentate da imprese o amministratori contro gruppi di cittadini o associazioni ambientaliste per reati come diffamazione, violazione diritti civili e infrazioni di vario tipo, volte a fare pressione e a far abbandonare i propositi di contestazione. In questo senso, F. SPINA, *Sociologia dei nimby. I conflitti di localizzazione tra movimenti e istituzioni*, cit., 151. In materia di *SLAPP* si v. anche S. BEDER, *Action Against Participants: The US Experience, Defending the Defenders: Protest, the Environment and the Law*, National Environmental Defenders Office Network, Sydney, 1998, 1-8.

tipolitiche⁴⁷. Al contrario, esse dovrebbero più propriamente essere qualificate come forme di partecipazione attiva, in quanto espressione di “una nuova domanda di solidarietà politica”⁴⁸.

Ciò che attraverso questi fenomeni ‘conflittuali’ si manifesta è la necessità di avviare una trasformazione dei modelli decisionali di programmazione e localizzazione delle infrastrutture, che li renda capaci di andare oltre il dialogo tra le diverse amministrazioni coinvolte dall’opera⁴⁹ e di aprirsi al pubblico, riducendo il carattere unilaterale e tecnocratico delle scelte⁵⁰. Occorre imparare a costruire e gestire il consenso, “il che non vuol dire manipolare l’opinione pubblica, ma sviluppare modalità adeguate di dialogo e rassicurazione, ad ascoltare e dare importanza a tutte le istanze”. Difatti, “molti dei problemi di inefficacia delle politiche di responsività dei governi (...) da *deficit* di conoscenza sociale e dalla sottovalutazione delle risorse cognitive della gente che si attiva per la risoluzione dei problemi sociali, in processi di *social problem solving*”⁵¹.

In altre parole, i processi decisionali pubblici, dato l’elevato tasso di complessità che caratterizza gli ordinamenti attuali⁵², per essere efficienti

⁴⁷ Sulla questione dell’antipolitica, si v. G. GANGEMI, *Italian Antipolitics as a long run Question: “Bad Civil. Societies” or “Bad Elites”?*, Occasional papers n. 2, Giessen, Justus-Liebig-Universität, 2008.

⁴⁸ F. GELLI, *Cittadinanza attiva e politiche pubbliche*, in *ParadoXa*, anno VI, 2, 116-129, in part. 117.

⁴⁹ Si pensi alla conferenza di servizi, sul quale è intervenuto il d.lgs. 127/2016 adottato in attuazione della legge delega 124/2015 che ha riformato la disciplina provvedendo alla riscrittura degli artt. 14, 14 *bis*, 14 *ter*, 14 *quater*, 14 *quinquies* della l.241/90 allo scopo di incrementare l’efficacia dell’istituto. A ben vedere però, tali modifiche non sono state comunque capaci di venire a capo delle reali situazioni di conflitto. Ciò in quanto, la conferenza di servizi rappresenta il luogo di soluzione dei conflitti che emergono tra gli enti pubblici e rappresenta uno strumento di accelerazione dei tempi procedurali per giungere ad una soluzione condivisa che ha l’effetto di concentrare i pareri, i nulla osta e gli assensi in unico contesto formale. La fase di localizzazione di opere strategiche, invece, per la delicatezza e la complessità che riveste, non può essere gestita soltanto da soggetti pubblici o da tecnici, ma necessita di politiche inclusive che inglobando le istanze locali nelle politiche pubbliche permettano il superamento di paralisi decisionali. Sul punto si v. A. MASSARUTTO, *Gestione del consenso e conflitti ambientali: oltre la sindrome Nimby*, in *Economia delle fonti di energia e dell’ambiente*, 2006, 2.

⁵⁰ A. AVERARDI, *Amministrare il conflitto: costruzione di grandi opere e partecipazione democratica*, in *Riv. Trim. Dir. Pubblico*, 4, 2015, 1173 ss.

⁵¹ F. GELLI, *Cittadinanza attiva e politiche pubbliche*, op. cit., 120. Sul punto si v. anche C.E. LINDBLOM, *Inquiry and Change*, Yale Univ. Press, New Haven, 1990.

⁵² *Ibidem*, 499, ove si precisa che i processi decisionali risultano complessi anche a

devono saper accogliere i contributi dei cittadini, frutto dell'esperienza quotidiana delle situazioni e dei luoghi che vivono, di cui sono più esperti degli stessi tecnici chiamati a definire problemi e soluzioni⁵³.

In aggiunta al contributo che la cittadinanza può apportare in seno ai processi decisionali, vi è da considerare il significato che l'atto della partecipazione in seno a questi ultimi può assumere per i singoli cittadini, ossia la funzione educativa della partecipazione rispetto alla cittadinanza. Infatti, la partecipazione attiva accresce il capitale cognitivo dei cittadini⁵⁴ e forma le virtù civiche dei *'good citizens'*⁵⁵ il cui apporto contribuisce alla realizzazione di quel *'buon governo'* immaginato dal Lorenzetti.

Un approccio di questo tipo implica l'andare oltre l'approccio tradizionale del DAD, (*Decidi, Annuncia, Difendi*), che vede le amministrazioni promotrici annunciare il progetto al pubblico solo una volta prese le decisioni necessarie assieme ai tecnici e agli esperti, per poi ritrovarsi a difendere le proprie scelte dalla inevitabile opposizione della comunità⁵⁶, fino a quel momento esclusa. Tale strategia si è dimostrata incapace di instaurare un dialogo fecondo con le comunità e di gestire il *'conflitto'* - quale momento fisiologico dell'interazione - in maniera costruttiva, ai fini di una migliore realizzazione dell'opera pubblica⁵⁷.

causa dell'emergere di attori transnazionali che si pongono oltre la dimensione nazionale in cui si articola la rappresentanza, del crescente peso di scelte sottratte alla politica e rimesse ad autorità tecniche *ad hoc istituite*, dell'esigenza di specificità di gruppi particolari tra la collettività, nonché dall'emersione di nuove modalità di comunicazione più libere ed informali.

⁵³ *Ibidem*, 126.

⁵⁴ F. GELLI, *Cittadinanza attiva e politiche pubbliche*, cit., 124.

⁵⁵ Si parla a riguardo di funzione pedagogica della partecipazione rispetto alla cittadinanza. Sul punto si v. F. GELLI, *Cittadinanza attiva e politiche pubbliche*, op.cit., 124, nonché E. ROSSI, *La finalità e gli strumenti della democrazia partecipativa nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., 501.

⁵⁶ Le mobilitazioni dei cittadini alla realizzazione dell'opera sono spesso dettate anche dal timore definito "effetto calamità" dettato dalla convinzione che, una volta approvata la realizzazione di tale opera, ne seguiranno altre che andranno a dequalificare il territorio. Sul punto si v. L. BOBBIO, A. ZEPPETELLA, *Perché proprio qui? Grandi opere e opposizioni locali*, Franco Angeli, Milano, 1999.

⁵⁷ In ordine all'approccio DAD, si v. L. BOBBIO (a cura di), *A più voci. Amministrazioni pubbliche, imprese, associazioni e cittadini nei processi decisionali inclusivi*, Esi, Napoli, 2004, 31, in cui, al fine di spiegare la logica della strategia si rileva che le amministrazioni "preferiscono presentarsi al confronto pubblico dopo che si sono chiarite le idee ed hanno raggiunto qualche conclusione sufficientemente solida (...) Questa tendenza è ancora più forte da parte dei tecnici, degli esperti e dei progettisti".

Al fine di evitare paralisi decisionali sembra quindi preferibile attuare politiche maggiormente inclusive⁵⁸. Vi sono alcuni esempi di come la procedura possa essere gestita per portare a risultati positivi. Si pensi al progetto *Non rifiutarti di scegliere*, che è un'esperienza positiva di dialogo avviato tra le comunità locali della Provincia di Torino per risolvere i problemi derivanti dall'individuazione delle aree destinate ad accogliere un inceneritore e una discarica, che nonostante le tensioni iniziali ha prodotto una soluzione condivisa da tutte le parti⁵⁹.

In definitiva, la produzione di conoscenza sull'oggetto del decidere e l'utilizzo del 'sapere' della gente del posto può soddisfare le istanze partecipative dei cittadini e garantire un modello decisionale di tipo incrementale – *learning by doing* – in cui le scelte pubbliche si assumono per aggiustamenti progressivi, sulla base delle opzioni che emergono dall'interazione tra le parti⁶⁰.

5. *Virtù civiche e decisioni amministrative*

La consapevolezza di dover porre un freno allo sfruttamento individualistico di quei beni e quelle risorse che chiamiamo 'comuni', ha quindi innescato – tanto per necessità quanto per volontà – un meccanismo di riavvicinamento dei cittadini all'agire politico. Il discorso sui beni

⁵⁸ In questo senso va l'art. 22 del Codice appalti, d.lgs. 50/2016, che ha introdotto l'istituto del dibattito pubblico obbligatorio per opere pari o superiori a 500 milioni di euro. Sul punto si attende l'emanazione di un decreto attuativo.

⁵⁹ Il progetto è stato ideato da un gruppo di esperti nel campo dell'analisi delle politiche pubbliche e della gestione dei processi partecipati e vi hanno preso parte delle Commissioni formate da amministratori locali e da semplici cittadini. Dal dialogo è emerso il conflitto città-campagna, poiché, secondo i rappresentanti delle zone agricole tali impianti dovevano essere costruiti in zone già compromesse, mentre secondo i rappresentanti delle periferie urbane gli impianti non potevano esser insediati in aree già gravate dalla presenza di altre attività inquinanti. Per guidare il dialogo è stata istituita un'apposita Commissione il cui compito era quello di definire i criteri in base ai quali poter elaborare delle graduatorie e stabilire le garanzie e le compensazioni ambientali per le comunità ce sarebbero state scelte. Tale progetto è durato circa diciassette mesi e si concluso nel dicembre 2001 con una scelta condivisa da tutte le parti coinvolte.

⁶⁰ Sul punto B. DENTE, *Le decisioni di policy*, Il Mulino, Bologna, 2011, 44, il quale rileva come nell'interazione sociale tra amministrazione e i cittadini ai fini dell'assunzione della decisione, entrambe le parti puntino a massimizzare il proprio profitto ponendo in essere una sorta di "lotta per il potere", che conduca ad una soluzione condivisa.

comuni, infatti, sorto con l'intento di assicurare l'accesso a determinati beni a fronte delle dilaganti politiche di privatizzazione, ha subito una mutazione genetica – che i fautori dei beni comuni non esitano a chiamare ‘deturpamento’⁶¹ – che ha finito per porre l'accento, più che sui beni in se considerati⁶², sul ‘comune’ inteso come effetto di azioni collettive volontarie⁶³.

Così, se da una parte è proliferato il volontarismo dei cittadini intenzionati a prendersi cura direttamente dei beni della comunità locale, tant'è che oggi sono migliaia i Patti di collaborazione stipulati tra i Comuni e i cittadini per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani⁶⁴, dall'altra, si è amplificato il senso civico dei cittadini che, nell'ambito delle comunità locali, si attivano per vedere ridotta l'asimmetria tra decisori e comunità quando si tratta di scelte pubbliche destinate ad incidere pesantemente sui beni- e quindi sul bene- della comunità.

Il raffronto tra le due forme di ‘attivismo’ vale, forse, a relativizzarne le accezioni, esclusivamente positive in un caso, quasi del tutto negative nell'altro. A ben vedere, infatti, sebbene la prima forma di ‘attivismo civico’, che vede i singoli prendersi cura direttamente dei beni della comunità in luogo dell'amministrazione pubblica, sembri rappresentare in qualche modo una soluzione, tanto per le incombenze degli amministra-

⁶¹ In questi termini si è espresso Ugo Mattei in occasione del Convegno *Oltre la crisi: benessere e sviluppo nel futuro dell'Unione*, X Incontro del ciclo di Seminari della rete Riasissu-Prospettive Europee, tenutosi il 9 maggio 2018 presso il College ISUFI, Unisalento, Lecce.

⁶² Tra l'altro, con riguardo alle ‘cose’, la locuzione ‘beni comuni’ ha finito per “liquefarsi in un calderone dove tutto è bene comune e dunque nulla lo è”. In questi termini, A. ALGOSTINO, *Riflessioni sui beni comuni tra il pubblico e la Costituzione*, in *www.costituzionalismo.it*, 2013. Nello stesso senso, si v. S. STAIANO, “Beni comuni” categoria ideologicamente estenuata, cit., 417, in cui si rileva che il rischio che si corre, con l'introduzione della categoria dei beni comuni, è di “una sorta di *reductio ad unum* dell'intero mondo dei beni” e U. POMARICI, *Beni comuni ad vocem*, in *Atlante di filosofia del diritto*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2012, 4, in cui si sottolinea che “c'è una grande confusione anche sulla carta d'identità dei beni comuni: l'elenco è infatti potenzialmente sterminato, al punto da diventare insignificante, fino a comprendere la vita stessa”.

⁶³ “*Commons can be considered another way of thinking, of living, of working (...) of being part of a common!*”. In questi termini, Guido Ruivenkamp, nell'ambito della Relazione tenuta in occasione del Convegno *Oltre la crisi: benessere e sviluppo nel futuro dell'Unione*, X Incontro del ciclo di Seminari della rete Riasissu-Prospettive Europee, già citato.

⁶⁴ A questo riguardo è d'obbligo il rimando al Report 2017 dell'associazione Labus-Laboratorio per la sussidiarietà, reperibile al seguente link <http://www.labsus.org/2017/12/beni-comuni-e-bologna-online-il-report-2017/>.

tori quanto per le coscienze degli amministratori, è nel dialogo con i pubblici poteri e nella partecipazione ai processi decisionali pubblici che continua a giocarsi gran parte della partita sui beni comuni.

RUGGIERO DIPACE

FORESEEING, PLANNING AND MANAGING LAND PROTECTION EMERGENCIES

SUMMARY: Introduction: The phenomenon of hydrogeological instability and its causes – 2. The rational use of land as a constitutional value. – 3. Hydrogeological constraints as the first form of soil protection and the development of strategic instruments. The influence exerted by European Union law. – 4. Basin plans as a global tool for protecting land. – 5. The complex soil protection system consisting in planning, programming and implementation activities. – 6. The land degradation protection system and an analysis of the critical issues arising therefrom. – 7. Recently passed legislation that goes from innovating from an organisational point of view to implementing European Union legislation: Does the related environmental law complete and rationalise the system? – 8. Final considerations.

1. Introduction: The phenomenon of hydrogeological instability and its causes

The approach to the problem of hydrogeological instability is particularly complex since it can touch various aspects that are extremely important and that can be traced back to today's difficult relationship between man, the environment and land.

The main causes of instability are, in fact, landslides and floods (but natural causes also include coastal erosion, sinkholes and mudslides), that is to say natural phenomena, from a geological point of view are evolutions of the way in which the earth's surface, which is in continuous movement and which is trying to strike a balance, is being formed¹. Water for the most part triggers these absolutely physiological phenomena, but the latter can be provoked, accelerated and aggravated by mankind's activity, which often uses land in a senseless manner. Legislative Decree No. 152 dated 3 April 2006 (containing "*Provisions on environmental matters*") identifies these two causes, defining hydrogeological instability as "*the condition that characterises areas in which natural or anthropic processes affecting the dynamics of water*

¹ S. FRUMENTO, *Il rischio idrogeologico in Italia*, Giuffrè, Milan, 2014, 1.

bodies, soil or slopes gives rise to dangerous conditions on the land” (Article 54, paragraph 1, letter v).

Land degradation is, among other things, caused by faulty maintenance, unlawful building activity, inadequate planning of infrastructure that fails to protect soil; erroneous planning; excessive soil consumption; overbuilding and deforestation, and indirectly by all those activities that have an effect on climate change. By altering climatic and environmental variables, human action generally causes an increase in the intensity and distribution of natural disasters, as well as giving rise to land degradation². The intense urbanisation that has taken place in Italy since World War II has led to a considerable increase in the risk thereof. Abandoning the countryside and, in particular, mountain areas has, moreover, further increased such risk since maintenance work on these areas’ land and on the natural environment is no longer conducted. To this must be added the effects of climate change and an increase in the frequency of extreme rainfall (which is very difficult to predict) and of highly dangerous and potentially destructive phenomena, such as floods, (even in urban areas), as well as and mud and debris slides.

The Ispra report reveals that 88.3% of Italian municipalities are subject to a medium or high risk of landslides and floods³.

The data on the consequences of land degradation are extremely significant: In the last 50 years (i.e. from 1964 to 2013) landslides and floods have caused 1,989 deaths and 2,561 injuries and made homeless 428,432 individuals.

This striking data gives the idea that hydrogeological instability not only has a considerable impact from an environmental, but also from a human and socio-economic point of view. Direct damage can be caused not only by the loss of soil resources, such as damage to agricultural crops, forests, ecosystems, human activities (settlements and

² In 2013, on a global scale, hydrogeological disasters (landslides and floods) represented the highest number of natural disasters (48.2%), with about 32 million victims (33.2% of total natural disaster victims) and damages amounting to \$ 53.2 billion (D. GUHA-SAPIR, P. HOYOIS, R. BELOW, *Annual Disaster Statistical Review 2013. The numbers and trends*, CRED, Bruxelles, 2014, 22). In Italy, to date, 499.511 landslides have been registered, affecting an area of 21.182 km². The population exposed to them amounts to 1,001,174 inhabitants (mainly residents in Calabria and the Marches). The areas with high hydraulic criticality, however, are equal to 12.263 km², and the relative population exposed is equal to 6.154.011 inhabitants (the greatest demographic exposure is recorded in Tuscany and Emilia Romagna, ISPRA, *Rapporto di sintesi sul dissesto idrogeologico in Italia* 2014, 2014).

³ See www.isprambiente.gov.it.

infrastructure) and the loss of services that are no longer provided by degraded soil, but also by indirect damage caused, for example, to agricultural spin-off activities, the increase in unemployment in the agricultural sector in areas in which crops can no longer be grown, and damage to property and persons as a result of landslides and fires, the impact on biodiversity, the greater costs for businesses in the event that transport infrastructures are interrupted or diverted in a significant manner⁴.

This, moreover, clearly demonstrates the fact that the functional efficiency of ecosystems is strictly connected with the functionality the economic system. Damage to the environment inevitably causes damage to the entire system of social relations.

In light of how significant this phenomenon is and the direct and indirect damage caused by it, we can surmise that a policy protecting land in an effective manner is also a far-sighted productive investment, since it avoids or limits the damage subsequently caused to land, things and people. This entails, of course, carefully programming and planning what is often a very complex activity that needs to be conducted with a view to protecting soil.

⁴ For some references on the evolution of the discipline regarding soil protection, see F. GIAMPIETRO, *Legge quadro a difesa del suolo: un colosso d'argilla*, in *Corr. giur.* 1989, 707; L. RAINALDI, *I piani di bacino nella previsione della legge n. 183/1989*, Giuffrè, Milan, 1992; P. URBANI, *Modelli organizzativi e pianificazione di bacino nella legge sulla difesa del suolo*, in *Riv. giur. ed.*, 1993, II, 50; G. GARZIA, *Difesa del suolo e vincoli di tutela*, Milan, 2003, 72; A. CROSETTI, *Difesa del suolo*, Giuffrè *Dizionario di diritto pubblico*, Ed. S. CASSESE, vol. III, Giuffrè, Milan, 2006, 1838 ff.; S. AMOROSINO, "Governo" delle acque e governo del territorio (e paesaggio), in *An. giur. ec.*, 2010, 79 ff.; P. LOMBARDI, *Pianificazione urbanistica e interessi differenziati: la difesa del suolo quale archetipo di virtuose forme di cooperazione tra distinti ambiti di amministrazione*, in *Riv. giur. edilizia*, 2010, 93 ff.; F. BRUNO, *Tutela e gestione delle acque: pluralità di ordinamenti e governance multilivello del mare e delle risorse idriche*, Giuffrè, Milan, 2012; M. GIGANTE (Ed.), *L'acqua e la sua gestione. Un approccio multidisciplinare*, Jovene, Naples, 2012; S. CIMINI, R. DIPACE, *La gestione delle risorse idriche e la tutela del suolo da rischio idrogeologico*, in R. FERRARA, M.A. SANDULLI, (Ed.), *Trattato di diritto dell'ambiente, I procedimenti amministrativi per la tutela dell'ambiente*, II, Giuffrè, Milan, 2014, 521 ff.; P. LOMBARDI, *Precauzione e prevenzione nella pianificazione territoriale: il rischio idrogeologico fra frammentazione e accentramento delle competenze*, in P. STELLA RICHTER (Ed.), *La sicurezza del territorio – Pianificazione e depianificazione*, Giuffrè, Milan, 2014, 129 ff.; ID., *La difesa del suolo*, in R. FERRARA, M.A. SANDULLI, (Ed.), *Trattato di diritto dell'ambiente*, cit., III Milan, 2014, 667 ff.; L. PAOLONI, *Consumo e risparmio del suolo: una sguardo al presente e uno al futuro*, in *Dir. e giur. agr.*, 2014, 1028.

Scientifically acquired data must allow lawmakers to draw up the best possible legislation that prevents and mitigates hydrogeological risks. Technology must, in turn, prepare, even on the basis of specific provisions, the most suitable tools to tackle the problem. It should be pointed out, on the other hand, that a multidisciplinary approach characterises any study of environmental law.

The key words in this sector are, therefore, those of preventing, forecasting and mitigating said risk by adopting, in purely legal terms, the fundamental concepts of programming, planning and charting such activities, without forgetting the fact that careful and meticulous (albeit expensive) land maintenance activities must also be conducted.

Measures dealing with this problem are based not only on these two pillars, but also on efficient emergency management, to which Italy is unfortunately not accustomed.

These activities give rise to just as many laws that are connected with each other. They are, however, often not very well co-ordinated among each other, with the result that they often overlap and give rise to inefficiencies.

Legislation in this field has been characterised by the need to urgently deal with catastrophic events, which has shown lawmakers to be initially incapable (at least until the end of the eighties) in tackling the problem with a strategic vision. It was only in 1989, when the first real organic law was enacted, that the trend started to be bucked (even if this legislation was drafted in the emotional wake of a tragedy) and measures protecting the soil started to be programmed and planned. The strategic nature thereof was then confirmed in the subsequent Environmental Code, thanks also to the impact that EU law has had in protecting and defending the soil.

2. The rational use of land as a constitutional value

European Union and Italian constitutional law have been focusing for a long time now on the issue of defending soil from an often irrational use thereof, by also protecting it from hydrogeological instability. In general, Article 191 of TFEU acknowledges the fact that a “*prudent and rational utilisation of natural resources*” serves the purpose of implementing “*an adequate environmental policy*”. The 2006 Soil

Protection Strategy [COM (2006) 231] and the European Landscape Convention are of fundamental importance⁵.

Article 44 of the Italian Constitution also refers to the rational use of land⁶. It emphasises the fact that soil is a “*local economic asset, whose productivity in the traditional agricultural sense of the term must be encouraged only at certain conditions, whereas, in other situations, the objective of preserving it or giving it value from an environmental point of view must be pursued*”, as suggested by Article 191 of the TFEU when it provides that environmental policy must pursue, among others, the objective of a “*prudent and rational utilisation of natural resources*”⁷. It follows therefrom that the term “*rational*” can have the meaning that soil must, as a scarce and non-renewable resource, be used in such a way as to ensure that it is preserved in future: soil is an asset that must be preserved for the wellbeing of future generations.

Therefore, the relationship between people and environment is of fundamental importance: In order to ensure that a balance is struck when using environmental assets, the use of private property must meet rational criteria that serve the purpose of achieving constitutionally guaranteed social interests, since failing to strike such a balance now has a global impact. That ecosystems are indivisible leads to a situation in which the effects that are produced at regional level can be far removed from the places in which they have been caused. It is clear that environmental policy which tries to prevent such effects must become an international obligation.

The rational use of the soil and the protection thereof from hydrogeological risks clearly has an effect on the issue of *territorial cohesion*, which, as has been repeatedly highlighted by the European Commission, consists in ensuring that all of the different areas of the European Union develop in a harmonious manner and that its inhabitants can gain the maximum benefit from the particular characteristics of the areas in which they live. Therefore, it is a means of transforming diversity into strength that contributes to the entire Union’s sustainable development.

⁵ G.F. CARTEI, *Convenzione europea del paesaggio e governo del territorio*, Il Mulino, Bologna, 2007; G. CIAGLIA, *La nuova disciplina del paesaggio*, Giuffrè, Milan, 2009; S. AMOROSINO, *Introduzione al diritto del paesaggio*, Cacucci, Bari, 2010.

⁶ F. ANGELINI, *Commento ad art. 44*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (Ed.), *Commentario alla Costituzione*, Giappichelli, Turin, 2006, vol. I, 902; M.A. CABIDDU, *Il governo del territorio*, Cacucci, Bari, 2014, 36.

⁷ L. PAOLONI, *cit.*, 1038

3. Hydrogeological constraints as the first form of soil protection and the development of strategic instruments. The influence exerted by European Union law

Lawmakers have tried to protect land from hydrogeological instability and manage forests in various ways, including special legislation that was passed prior to the enactment of Italian Civil Code.

These provisions were then superseded by specific soil protection legislation, which was gradually supplemented by environmental protection legislation that was implemented in an integrated and unitary manner through plans and programmes.

However, before such legislation introduced adequate tools for programming and planning the precautionary protection of land, this activity was mainly conducted through rules that imposed hydrogeological restrictions, which were limited in scope and did not have any strategic vision.

These restrictions, which were initially created for security and forestation reasons and continued to be enforced thereafter with a view to striking a balance between the need for sufficient forests, on the one hand, and agricultural and industrial production, on the other, subsequently evolved in a significant manner, and were transformed into an instrument that aimed not only to protect forests and ensure that water was managed properly, but also to protect environmental assets.

Italy lagged behind in adopting comprehensive soil protection legislation, which could ensure that measures preventing natural phenomena, such as landslides and floods, were envisaged in regional and urban planning.

The greater part of this kind of legislation was dictated not so much by knowledge of the problems and a strategic vision thereof, but rather by emergencies and the wave of emotions that followed each disastrous event. From this point of view, legislation has been used as a means for managing emergencies and not as a tool for identifying effective measures to prevent hydrogeological disasters. Government commissions have repeatedly identified this as a problem and have instead developed the concept of defending the soil from a legal point of view, identifying it as part of a group of activities that are not bound together and that do not constitute an autonomous and well-defined legislative sector, but rather are the result of knowledge being applied and prevention, maintenance and control activities pertaining to different sectors and different subject-matters being conducted in relation thereto.

Law No. 183 of 18 May 1989 contained the first organic set of provisions on the organisational and functional restructuring of soil. This legislation looked at the problems arising from planning, programming and implementing water-related activities from a previously unknown perspective, supplementing natural disaster protection legislation and water use and water quality legislation: water cycle legislation thinks of land as a real “*system*” in which the action to be taken in relation thereto must be analysed together with the issues of the social, economic and productive use of the water and soil resources.

Law No. 183/89 introduced a new model for defending land that was based on planning activities⁸.

Basin plans are a fundamental tool for planning land and programming land settlement works.

It must also be pointed out that a strategic soil protection vision has taken foot in Italian law as a result of the stimulus provided by European Union law. In this process, the Water Framework Directive 2000/60/EC is, in fact, of fundamental importance⁹. This legislation introduces an innovative approach to European water legislation, both from an environmental and administrative-management point of view. It fixes, in fact, the objectives of preventing qualitative and quantitative land deterioration, improving water status and ensuring a sustainable use thereof, based on the long-term protection of available water resources; extending the protection of both surface and underground waters; managing water resources on the basis of river basins, proceeding through activities that combine emission limits and quality standards and recognising the right price for all water services that takes into account their real economic cost, as well as making citizens participate in the choices made in this area.

Water protection is defined at the “*river basin*” level. The territorial unit of reference for managing basins is the “*hydrographic district*”, which consists of land and sea that contains one or more neighbouring hydrographic basins and their respective underground and coastal waters.

The directive also foresees that each district must adopt a set of measures that takes account of the analyses that have been conducted and the of the legislation environmental objectives. These sets of measures are indicated in the management plans that the Member States

⁸ P. LOMBARDI, *La difesa del suolo*, cit., 674.

⁹ P. URBANI, *Il recepimento della direttiva comunitaria sulle acque (2000/60): profili istituzionali di un nuovo governo delle acque*, in *Riv. giur. ambiente*, 2004, 209 ff.

must set out for each individual river basin. The directive identifies the management plan as a tool for programming and following through on the objectives that have been set and are to be achieved. This is a particularly complex plan that includes all those possible aspects that concern water management.

Ultimately, the directive has the objective of redesigning water defence policies by identifying new parties and new planning tools through which they can be implemented.

In 2006, the Code (Legislative Decree No. 152/2006 or TUA) was adopted for the purpose of applying the aforementioned Law-Decree, in which the *Rules on soil protection and the fight against desertification* were introduced and the aforementioned Water Framework Directive was implemented.

The Code has a strategic vision on soil defence and considers, moreover, to be of vital importance the fact that specific measures are preceded by an adequate analysis that is to be the basis for any and every activity that plans (basin Plans) and programmes land activity (also with regard to the public expenditure incurred in this very delicate sector).

The apparent strategic approach also of the Code is from its definition of soil that encompasses not only land and subsoil, but also any and every type of dwelling and infrastructure. This definition implies the fact that soil conservation can be implemented directly through legislation (passed by the State) that protects the environment and legislation that regulates the manner in which land is managed (also passed by the regions).

4. Basin plans as a global tool for protecting land

The consolidated law provides for a complex system implementing soil protection policy, which is composed of different levels of planning that tries to group together previously fragmented legislation in a unitary system.

In this context, basin plans are the main planning tool: they are the cognitive, legislative and technical-operational instrument through which actions and provisions aimed at preserving and defending the land, enhancing the soil and correctly using water (based on the physical and environmental characteristics of the land in question) are planned and programmed.

In light of the particular nature of this plan, a particularly complex

problem concerns the need to connect this instrument with other local area plans, and in particular zoning plans.

Basin plans are, in fact, a land and town planning instrument, and they are binding on both public and private entities. They basically serve a threefold purpose: they serve a cognitive, mandatory and planning purpose consisting in indicating the manner in which the environmental risk on the land in question is to be reduced. Therefore, by their very nature, basin floor rules and the rules protecting the land's hydrogeological structure are autonomous for land planning purposes (for example, identifying the buffer zone for all water courses), of which they constitute a logical and functional premise.

The plan must, for the purposes of preserving the soil, protecting the environment and preventing the presumably harmful effects of anthropic activity, indicate, among other things, the areas that are to be subjected to special restrictions and prescriptions concerning their specific hydrogeological conditions. From this point of view, the said plans are of a mixed nature since, on the one hand, they are to be construed as legislation and, on the other hand, they impose a series of specific obligations that are immediately enforceable against private individuals and public authorities. Since basin plans have priority over other environmental and urban planning activities, regional and local plans must be coordinated with there.

Italian lawmakers have, therefore, classified basin plans as “*super-plans*”, which must be coordinated with pre-existing instruments to the extent that it is possible to reconcile these conflicting interests whilst they are being formed (even though they will overlap with all the other plans should such coordination fails)¹⁰.

The particular strength of basin plans, which makes it possible to influence urban planning activities by enacting measures affecting land and properties that must be directly implemented and issuing directives with which the local authorities must comply, is a manifestation of the phenomenon of the compression of urban planning activity at municipal level, which is caused by so-called differentiated interests prevailing¹¹.

¹⁰ L. RAINALDI, *I piani di bacino nella previsione della l. n. 183/1989*, Giuffrè, Milan, 1992, 74.

¹¹ P. STELLA RICHTER, *Diritto urbanistico, manuale breve*, Giuffrè, Milan, 2016, 24; P. CHIRULLI, *Urbanistica e interessi differenziati: dalle tutele parallele alla pianificazione integrata*, in *Dir. amm.*, 2015, 51; M.A. CABIDDU, *Il governo del territorio*, cit., 97.

5. The complex soil protection system consisting in planning, programming and implementation activities

Even though basin plans are the most important instruments that are used for protecting soil, there are at least ten different types of legislation planning, programming and implementing measures in this field. The coexistence of various legal institutions can, however, end up complicating administrative activities that aim to defend soil.

Three-year action plans, which are drawn up in light of the directives and objectives contained therein and which indicate the manner in which they will be achieved and the financial coverage that will be provided therefor, ordinarily implement basin plans (art. 68, d.lgs. 152/2006).

Italian law has provided for derogations therefrom that supplement ordinary instruments such as basin plans, protective measures and three-year programmes. They were conceived to be applied in a limited timeframe, since they were of an exceptional nature, but they have become a stable part of the legal system as a result of delays in implementing land degradation legislation.

This category includes documents called PAIs that foresee extraordinary measures to set aside basin plans on account of the basins' hydrogeological structure (Law No. 365 of 11 December 2000). PAIs are policy documents that identify risk scenarios connected with landslides and flooding that currently affect or are foreseen to affect given areas and impose limitations on the use of the soil and types of action taken in relation thereto, that can be of a structural and non-structural nature and that aim to mitigate the expected damage. It is the legislative framework with which all the authorisations and licences must comply and to which they must refer.

The identification of landslide hazards also involves identifying the actions to be taken in relation thereto.

The hydrogeological instability legislation also foresees measures that need to be taken against disastrous events, such as flooding risk management plans, which assess and manage the risk of floods by identifying suitable measures or actions and which have, therefore, imposed, for this purpose, a standardisation of the procedures and methods used for defining and describing the level of risk and identifying the measures needed to achieve the objectives of reducing the potentially negative consequences on the aforementioned assets of such events.

This new instrument connects measures protecting the soil with those defined by the regions in the context of the civil protection system.

The PGRAs and the PAIs are simultaneously applied to almost all the basin authorities, albeit in connection with different subject matters: the problems arising from water-related dangers and risks and the applicable provisions of the plans are dealt with in the PGRAs, whereas the contents and provisions of the PAIs are applied to hazards and landslide risks (Legislative Decree No.50 dated 23 February 2016).

Clearly, the coexistence of two planning documents dealing with different aspects of the same phenomenon (i.e. hydrogeological risk) can lead to overlapping jurisdictions. PGRAs envisage, with a view to averting this danger, measures such as reviewing the technical standards that implement the hydrogeological stability plans and updating the hydrogeological management plans, etc. In essence, PGRAs often perform, in reality, the role of reviewing and updating the PAIs and, in this manner, fulfil the obligations provided for under the flooding directive.

This complex planning system is enriched by tools that supplement soil protection measures from different points of view. The civil protection bodies must, with a view to managing emergencies, prepare “*urgent emergency plans*” detailing the measures protecting the safety of parties concerned, including giving them pre-alerts, alerts and saving them in advance (Law No. 225 of 24 February 1992).

More specifically, land management, protection and rehabilitation programmes must be coordinated with the civil protection emergency plans.

Other planning documents deal with water management activities and include water management and water protection plans.

Management plans are an intrinsic part of basin plans and are taken from these, and the procedure used for issuing them is the same as the one used for issuing basin plans. Water management plans are, therefore, placed on the same legal level as basin plans and concern the same local area. They differ from basin plans insofar as they only deal with protecting water (and not soil). Water protection plans (Article 121, Legislative Decree 152/2006) are, on the other hand, not classified as plans taken out from basin plans, but are defined as “*specific sector plans*” and deal with individual river basins. Basin plans, management plans and water protection plans are not, therefore, in the same position.

6. The land degradation protection system and an analysis of the critical issues arising therefrom

Before examining recent innovations in this field, we must assess what are the most critical issues affecting it and then ascertain whether recent amendments to the applicable legislation have improved the system.

As we have seen above, soil protection legislation is very broad and has many planning and emergency tools. These provisions have certainly created problems, which consist in conflicts in jurisdiction arising between those who protect and defend the soil, which is likely to greatly complicate the possibility of implementing policies that effectively combat land degradation.

The critical issues arising from this legislation in terms of programming and planning and implementing such activities are, indeed, remarkable.

The overlapping and lack of coordination between various laws and regulations is, in part, due to the fact that they are contained in provisions that also deal with planning tools and that simultaneously deal with various matters (such as environmental protection, land management, civil protection), touching, therefore, on different spheres of competence of various public authorities, which are conferred with powers on an exclusive and a concurrent basis without any there being any specific hierarchy in terms of the powers that are to be exercised by such public authorities. The difficulty in coordinating this legislation has inevitably led to a fragmentation of the manner in which such administrative powers are implemented.

All this requires careful legislative action to be taken and procedural simplification to be enacted, bearing in mind the fact that defending the soil is to be construed as an environmental protection issue and, therefore, the applicable legislation must always be passed by the State.

Since powers are conferred in a disorganised manner upon Ministries, District Basin Authorities, Regions and Municipalities, current legislation renders the preparation of suitable operating instruments ineffective. In this regard, it would be desirable to attribute duties and powers of intervention that are clearly based on the principle of subsidiarity, assigning to the State, for example, the task of outlining the guidelines (DPCMs and legislation) and assigning to Basin Authorities the task of coordinating and drafting district basin plans, as well as assigning Regions the task of drafting and implementing the

sector plans and action plans, and assigning to the Municipalities the task of preparing and implementing the operational plans, without neglecting the possibility of public bodies and private parties conducting negotiations and entering into contractual agreements.

Another fundamental problem is that of the excessively long time needed for the planning, programming and implementation phases.

Even if the planning procedures can, in fact, be considered adequate, there is not enough time to draft or to approve the plans. This gives rise to the risk of drafting planning and programming documents that are not based on updated data.

Furthermore, there is no update on the status of the land and the technical and scientific know-how, due to the lack of dedicated funds and coordination between the professions, research bodies and entities responsible for safeguarding land.

Particular attention must be paid to the issue of maintenance, so as to avoid those generic “*water cleaning*” operations that often take place. It is essential to ensure that maintenance work is carried out with a view to ensure that all ecosystems function through action that is to be taken from time to time and on a widespread basis. Maintenance work will, in fact, assume, as a result of the climate change that is taking place, an increasingly important role in making the adjustments necessary to deal with climate change.

Maintenance work is, in fact, essential and is the very basis of every programme safeguarding land. It might not be decisive, but it can certainly mitigate hydrogeological risk factors. The aforementioned legislation does not, for example, foresee incisive action being taken in relation to the repression of building abuses in the areas affected by hydrogeological instability.

Furthermore, we have seen in the water and land sector over the past decades a gradual and steady weakening of public powers and facilities. The Civil Engineering Service’s old technical facilities (which, despite many shortcomings, constituted a widespread safeguard for the land and accumulated essential know-how) was almost completely dismantled. There is a lack of adequate professionalism in this delicate sector.

Various skills (hydraulic, geological and geomorphological, natural, forestry and farming, etc.) are – with a view to effectively reducing said risk – needed right from the start when charting out and planning action, so as to carry out plans that take into account all the risk factors and so as to be fully apprised of the local area in question. Most current

actions are not carried out in a multidisciplinary fashion and have been conceived as actions that are to be taken to passively defend the land and resolve situations that often do not coincide with protecting the land in question.

7. Recently passed legislation that goes from innovating from an organisational point of view to implementing European Union legislation: Does the related environmental law complete and rationalise the system?

Some of the critical issues that have been highlighted above seem to have been resolved as a result of Italian lawmakers' growing awareness of the problem. First of all, the creation of Italia Sicura mission unit by the current Government is, when compared with the past, certainly a positive sign. The purpose served by the mission's structure is in order to optimise the spending of resources that have been allocated and have never been used in the past, as well as verifying the consistency and the workability of the projects and monitoring the execution thereof.

The renewed attention that has been paid to this issue has also led to significant provisions being enacted that foresee integrated action being taken that aims to simultaneously reduce the risk and protect and salvage ecosystems and biodiversity. They are, therefore, instruments that must be encouraged.

The new legislation identifies another operational instrument for implementing basin planning, namely river agreements, which help define and implement district planning tools at basin and sub-basin level (Law No. 221 of 28 December 2015). It is a strategic negotiated programming tool that protects and correctly manages water resources and enhances river territories, as well as protecting from hydraulic risk, contributing to the local development of these areas.

This innovative approach has been adopted by Italian law with a view to incorporating a new approach to the issue of protecting the environment from instability. It is an approach that enhances citizens' participation by making them responsible for the issues of instability, the quality of the waters and river environments, as well as encouraging them to improve them. This approach has led in certain regions to river agreements being executed that demonstrate how public and private partnerships manage and preserve public waterways.

Apart from the introduction of new legislation, the aforementioned "Italia Sicura" unit has developed guidelines for programming and

planning actions counteracting hydrogeological risk. While being aware of the fact that planning and designing private and public works in hydrogeological risk areas must increasingly be based on risk assessment and management criteria, this cannot be separated from a vision that must be as integrated as possible and that has to involve a planner that sets out the action that must be taken in relation to the land in question.

Clearly, the issue of planning the works is of fundamental importance in effectively combatting hydrogeological degradation and it should be noted, from this point of view, that the new provisions set forth in the Public Contracts Code can be considered to be particularly innovative (even if, like most of the Code contained in Legislative Decree No. 50 dated 18 April 2016, they are still to be implemented).

Reusing and regenerating cities is of particular importance in protecting the soil and restricting the consumption thereof. This is, in turn, classified as a fundamental principle of land management, which foresees, in this regard, that consumption of new soil is allowed *“only in cases in which there are no consistent alternatives to reusing areas that have already been urbanised and regenerating them”*.

The importance of immediately taking action in terms of achieving good soil management and of effectively preventing the consumption thereof does not seem to be negligible, also when considering the European Commission’s decision to propose the achievement of the objective of a zero increase in the net use of land in Europe by 2050, which was contained in the *“Roadmap for an efficient use of resources”* (2011).

8. *Final considerations*

The complex matter of protecting land from hydrogeological instability leads us to making considerations of a general nature that have the common thread of rethinking the way mankind acts and guaranteeing more nature and greater security.

Structural action that passively defends the environment must be replaced with strict prevention policies that focus on re-naturalising and redeveloping it, in order to create more space for watercourses and increase soil permeability. To this end, planning and programming activities are certainly more appropriate, but we must, from this point of view, proceed to simplify the instruments that are provided for under Italian legislation.

The evolution of agriculture can also make a significant contribution to the fight against hydrogeological degradation, through multifunctional and multi-faceted forms of agriculture in which farmers engage in the attempt to reconstitute, maintain and enhance ecosystems, conduct land maintenance work and provide landscape protection services.

Furthermore, it should be noted that adapting to climate change and reducing the risk thereof must go hand in hand and can no longer proceed along separate paths, because the effectiveness of the action that is being taken can be compromised. Careful preventive action is also needed from this point of view.

Demographic development, migration flows and human activity are the most significant factors that put pressure on the environment. It is urgent to rethink the relationship between people and the environment. This is a global problem: The destructive consequences of human activities lead to changes in production systems and changes in consumption patterns and, as a result, individual and collective behaviour.

It is maybe it is time to decide to change lifestyles and economic models that are no longer sustainable.

MARIO PALMA

VALUTAZIONE DEL RISCHIO E GOVERNO DEL TERRITORIO

SOMMARIO: 1. L'intreccio delle competenze tra governo del territorio, tutela dell'ambiente e tutela dei beni culturali. – 2. I principi di valutazione del rischio.

1. L'intreccio delle competenze tra governo del territorio, tutela dell'ambiente e tutela dei beni culturali

La problematica della valutazione del rischio da parte dei soggetti pubblici preposti all'esercizio delle funzioni di regolazione delle attività connesse al governo del territorio non può prescindere dalla definizione dei contenuti della materia.

La nozione di governo del territorio come ricostruita dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale ha, infatti, carattere aperto¹.

Sia lo Stato che gli enti locali, nell'esercizio delle loro competenze relative al governo del territorio, giungono a tutelare anche beni, giuridicamente rilevanti, riconducibili ad altre materie quali la tutela dell'ambiente e dei beni culturali in un approccio integrato che non sempre consente di fissare rigidi confini.

Come è noto, la prima apparizione della locuzione governo del territorio si registra, prima della riforma costituzionale del 2001, nel decreto legislativo n. 80 del 31 marzo 1998, che attribuì al giudice amministrativo la giurisdizione esclusiva in tale materia².

La legge costituzionale n. 3 del 2001 ha poi introdotto la materia del

¹ S. AMOROSINO, *Il governo del territorio tra Stato regioni ed enti locali*, in *Riv. giur. edil.*, 2003, 83-84: "il carattere dinamico, aggregativo, aperto, del governo del territorio gli consente di assorbire molto meglio dei tradizionali modelli, gerarchici e per separazione delle competenze, un elemento strutturale essenziale della gestione del territorio: la ineliminabile compresenza di interessi di tipo e livello diverso, riferibili a molteplici centri di imputazione, che « insistono » su un medesimo ambito o sistema territoriale".

² Sulla riforma della Costituzione e il riordino delle competenze legislative tra Stato e Regioni si rinvia a: M. LUCIANI, *Le nuove competenze legislative delle Regioni a statuto ordinario. Prime osservazioni sui principali nodi problematici della l. cost. n. 3 del 2001*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2002, 7 ss.; 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*, 2002, 445 ss.

governo del territorio tra quelle di cui all'art. 117, comma 3 Cost., tra quelle di potestà concorrente Stato-Regioni.

Il dibattito in merito ai contenuti da attribuire al governo del territorio si fece rapidamente sostenuto, anche in ragione delle diatribe sorte tra lo Stato e le Regioni in ordine alla definizione dei limiti delle rispettive competenze legislative.

In merito, con la ben nota sentenza n. 303 del 2003, la Corte Costituzionale ha chiarito quale fosse il rapporto tra la materia dell'urbanistica, non più esplicitamente menzionata in Costituzione, ed il governo del territorio.

La citata pronuncia ha precisato che: «la parola “urbanistica” non compare nel nuovo testo dell'art. 117, ma ciò non autorizza a ritenere che la relativa materia non sia più ricompresa nell'elenco del terzo comma: essa fa parte del “governo del territorio”. Se si considera che altre materie o funzioni di competenza concorrente, quali porti e aeroporti civili, grandi reti di trasporto e di navigazione, produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia, sono specificamente individuati nello stesso terzo comma dell'art. 117 Cost. e non rientrano quindi nel “governo del territorio”, appare del tutto implausibile che dalla competenza statale di principio su questa materia siano stati estromessi aspetti così rilevanti, quali quelli connessi all'urbanistica, e che il “governo del territorio” sia stato ridotto a poco più di un guscio vuoto»³.

Con la successiva decisione n. 196 del 2004⁴ la Corte Costituzionale, intervenendo nell'ambito del giudizio di legittimità costituzionale della

³ Per il vero, in merito al rapporto tra urbanistica e governo del territorio, in dottrina si rinvencono tre orientamenti. Un primo orientamento ritiene che l'urbanistica non possa essere ricondotta al governo del territorio e rientri quindi nelle materie di competenza residuale esclusiva regionale non essendo esplicitamente menzionata nell'art. 117 Cost. Sul punto a si rinvia a V. CERULLI IRELLI, *“Il governo del territorio” nel nuovo assetto costituzionale*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI - E. FERRARI- P. URBANI (a cura di), *Il governo del territorio*, Giuffrè, Milano, 2003, 499 ss.; E. FERRARI, *I comuni e l'urbanistica*, ivi, 125 e ss.; V. MAZZARELLI, *Il testo unico in materia di edilizia: quel che resta dell'urbanistica*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2001, 775. Un secondo orientamento considera l'urbanistica e il governo del territorio come coincidenti; in merito v. P. STELLA RICHTER, *I principi del diritto urbanistico*, Giuffrè, Milano, 2006, 4. Infine, un'ultima tesi ritiene che il governo del territorio ricomprenda l'urbanistica ma non si esaurisca in essa; il governo del territorio secondo tale ricostruzione ricomprende tutti gli interventi sul suolo, eccetto quelli riservati alla potestà esclusiva dello Stato; in tal senso v. S. AMOROSINO, *Il governo del territorio tra Stato, Regioni ed enti locali*, cit., 77 ss.

⁴ Sulla sentenza della Corte Costituzionale n. 196 del 2004 v. R. CHIEPPA, *Prospettive per il condono Edilizio*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2004, 2008 ss.; P. STELLA RICHTER, *Una grande occasione mancata*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2004, 2015 ss.

normativa relativa ai condoni edilizi, ha affermato che la materia del governo del territorio è «comprensiva, in linea di principio, di tutto ciò che attiene all'uso del territorio e alla localizzazione di impianti o attività»⁵.

La materia del governo del territorio, in particolare, «concerne l'insieme delle norme che consentono d'identificare e graduare gli interessi in base ai quali possono essere regolati gli usi ammissibili del territorio»⁶.

La successiva sentenza del giudice delle leggi n. 383 del 2005⁷ ha poi precisato che: «l'ambito materiale cui ricondurre le competenze relative ad attività che presentano una diretta o indiretta rilevanza in termini di impatto territoriale, va ricercato non secondo il criterio dell'elemento materiale consistente nell'incidenza delle attività in questione sul territorio, bensì attraverso la valutazione dell'elemento funzionale, nel senso della individuazione degli interessi pubblici sottesi allo svolgimento di quelle attività, rispetto ai quali l'interesse sia riferibile al "governo del territorio"».

In tale ottica, si è affermato in dottrina che il governo del territorio «si apre allo spettro degli interessi plurimi che comunque vanno ricomposti in un sistema armonioso relativo alla compatibilità degli usi del territorio con i diversi interessi pubblici degni di cura e tutela»⁸.

Alla luce delle argomentazioni che precedono, la protezione e la regolazione degli interessi pubblici e privati connessi al governo del territorio non pare poter prescindere da un approccio unitario, che mediante l'esercizio delle relative funzioni estende e coordina la tutela con le attività nell'ambito della protezione dei beni culturali e dell'ambiente.

In merito la sentenza della Corte Costituzionale n. 62 del 2005 sembra riconosce la validità di tale approccio unitario ed estensivo che emerge nella legislazione regionale nell'ambito del governo del territorio⁹.

⁵ Nello stesso senso si esprime la decisione della Corte Costituzionale n. 307 del 2003 in *Riv. giur. edil.*, 2004, I, 411.

⁶ Corte Cost. sent. n. 198 del 2004, in *Cass. pen.*, 2006, 1032.

⁷ Corte Cost., 14 ottobre 2005, n. 383, in *Giur. It.*, 2006, 8-9, 1583.

⁸ P. URBANI, *Urbanistica* (voce) in *Enciclopedia giuridica*, Giuffrè, Milano, 2009, 2.

⁹ Corte cost. n. 62 del 2005 in *Ragiusan*, 2006, 170: «la competenza statale in tema di tutela dell'ambiente, di cui all'art. 117, secondo comma, lettera s, Cost., è tale da offrire piena legittimazione a un intervento legislativo volto a realizzare un impianto necessario per lo smaltimento dei rifiuti radioattivi, oggi conservati in via provvisoria in diversi siti, ma destinati a trovare una loro collocazione definitiva che offra tutte le garanzie necessarie sul piano della protezione dell'ambiente e della salute. È ben vero che tale competenza statale non esclude la concomitante possibilità per le Regioni di intervenire,

Nello stesso senso sembra potersi leggere la disciplina in materia di valutazione ambientale strategica di cui al D. lgs. 3 aprile 2006, n. 152; in questa sede, appare opportuno solo accennare che tale disciplina, di origine comunitaria¹⁰ presuppone un alto livello di integrazione tra le valutazioni relative alla tutela dei beni ambientali e le valutazioni in sede di pianificazione urbanistica e ciò in una fase antecedente all'assunzione delle relative decisioni¹¹.

La procedure di valutazione ambientale strategica sembrano confermare come ormai le scelte in sede di pianificazione urbanistica e quelle in ordine alla tutela dell'ambiente siano strettamente connesse.

Parimenti, non sembra potersi rinvenire una netta separazione tra la materia del governo del territorio e la valorizzazione¹² dei beni culturali¹³; si pensi, in merito, al rapporto esistente a livello di enti locali, tra l'esercizio delle competenze in materia di pianificazione urbanistica e le competenze in materia di valorizzazione dei beni culturali anche mediante la realizzazione di attività di recupero di comparti urbani, quali i centri storici¹⁴, da realizzarsi attraverso appositi piani.

Naturalmente, ciò non significa che le Regioni possano intervenire

anche perseguendo finalità di tutela ambientale (cfr. sentenze n. 407 del 2002, n. 307 del 2003 e n. 259 del 2004), così nell'esercizio delle loro competenze in tema di tutela della salute e di governo del territorio, ovviamente nel rispetto dei livelli minimi di tutela apprestati dallo Stato e dell'esigenza di non impedire od ostacolare gli interventi statali necessari per la soddisfazione di interessi unitari, eccedenti l'ambito delle singole Regioni».

¹⁰ La direttiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, ha previsto all'art. 4 che: «la valutazione ambientale costituisce un importante strumento per l'integrazione delle considerazioni di carattere ambientale nell'elaborazione e nell'adozione di taluni piani e programmi che possono avere effetti significativi sull'ambiente negli Stati membri, in quanto garantisce che gli effetti dell'attuazione dei piani e dei programmi in questione siano presi in considerazione durante la loro elaborazione e prima della loro adozione». In Italia, la direttiva è stata attuata dal T.U. sull'ambiente, d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152.

In merito v. A. MILONE, *L'autorizzazione integrata ambientale dopo il d.lgs. n. 128/10* in *Riv. giur. edil.*, 2011, 145 ss.

¹¹ In merito v. C. VIDETTA, *Interessi pubblici e governo del territorio: l'"ambiente" come motore della trasformazione* in *Riv. giur. edil.*, 2016, 393 ss.

¹² Sul tema, si rinvia a L. CASINI, *La valorizzazione dei beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 651 ss.

¹³ Sui beni culturali v. M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1976, 3 e ss.; S. CASSESE, *I beni culturali: dalla tutela alla valorizzazione*, in *Gior. dir. amm.*, 1998, 673 ss.

¹⁴ In merito v. A. CROSETTI, *Governo del territorio e tutela del patrimonio culturale: un difficile percorso di integrazione* in *Riv. giur. edil.*, 2018, 81 ss.

nelle materie di potestà legislativa esclusiva dello Stato; in tale ipotesi, infatti, gli enti locali nell'esercizio delle proprie competenze legislative, sono tenute a rispettare e coordinarsi con la disciplina statale nel rispetto del principio di leale collaborazione¹⁵.

Le Regioni, competenti ad esercitare le funzioni legislative concorrenti in materia di governo del territorio, pur non potendo prescindere dalle prescrizioni dello Stato relativamente alla tutela degli interessi in materia ambientale o in materia dei beni culturali e storici sono comunque legittimate ad una nuova e diversa valutazione degli stessi e, possono apportare nuove ed ulteriori limitazioni a tutela di detti beni¹⁶.

Anche sul piano dell'attività amministrativa dei Comuni, il limite del rispetto delle prescrizioni provenienti dai soggetti preposti alla tutela di ambiente e beni culturali e storici ed anche delle norme urbanistiche statali e regionali permane, ma ciò non esclude, ove ciò sia consentito dalla legislazione di dettaglio, una valutazione in ordine ad un accresci-

¹⁵ Sul principio di leale collaborazione v. Corte cost. sent. n. 10 del 2010 in *Mass. Comm. Trib.*, 2012, 46.

¹⁶ In merito si rinvia a Corte cost. sent. n. 232 del 2005 in *Riv. giur. amb.*, 2006, 46: «la tutela dei beni culturali, attribuita alla competenza esclusiva dello Stato dall'art. 117 comma 2 lett. s) cost., è materia nella quale assume rilievo il profilo teleologico della disciplina e, quindi, non possono ritenersi preclusi interventi legislativi delle regioni che, nell'ambito della competenza concorrente in materia di valorizzazione dei beni culturali, assumano tra i propri scopi quello di tutela dei beni culturali stessi, tra i quali, ai sensi dell'art. 10 comma 4 lett. f) e g) d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (codice dei beni culturali e paesaggistici), sono compresi le ville, i parchi, i giardini, le vie, le piazze e in genere gli spazi aperti urbani di interesse artistico o storico, o che, nell'ambito della competenza, del pari concorrente, in materia di governo del territorio, prevedano che, tra i valori che gli strumenti urbanistici devono tutelare, abbiano rilevanza non secondaria quelli artistici, storici, documentari e comunque attinenti alla cultura nella polivalenza di sensi del termine. [...] Stabilire che, previa analisi dei manufatti e degli spazi liberi e individuazione delle loro pertinenze, sia il PAT a determinare i livelli di tutela e le modalità di utilizzazione dei beni culturali esistenti nei centri storici, non comporta contraddizione della normativa statale in tema di tutela dei beni culturali, in quanto la disciplina regionale è in funzione di una tutela non sostitutiva di quella statale, bensì diversa ed aggiuntiva, da assicurare nella predisposizione della normativa di governo del territorio, nella quale necessariamente sono coinvolti i detti beni. La legge regionale non stabilisce nuovi criteri di identificazione dei beni culturali ai fini del regime proprio di questi nell'ambito dell'ordinamento statale, bensì prevede che nella disciplina del governo del territorio – e quindi per quanto concerne le peculiarità di questa – si tenga conto non soltanto dei beni culturali identificati secondo la normativa statale, ma eventualmente anche di altri, purché però essi si trovino a far parte di un territorio avente una propria conformazione e una propria storia (v. sentenza n. 94 del 2003)».

mento della tutela per determinati beni di particolare rilevanza culturale per la comunità locale¹⁷.

Pur nel rispetto delle rispettive competenze dei diversi livelli di governo, l'esercizio delle funzioni legate al governo del territorio sembra essere strettamente connesso alle attività di tutela di beni giuridicamente rilevanti riconducibili ad altre materie previste dall'articolo 117 Cost.¹⁸, quali la salute e l'ambiente¹⁹.

In merito la dottrina ha precisato che: «l'esistenza di determinati beni "pubblici" (risorse idriche, suolo, paesaggio, ambiente naturale) determina la presenza d'interessi di settore e di una disciplina speciale "parallela" alla disciplina degli usi del territorio».²⁰

Nello stesso senso, la Corte Costituzionale ha chiarito che paesaggio, ambiente e governo del territorio attengono sostanzialmente al medesimo oggetto.

Si tratta di un bene della vita complesso ed unitario, la cui tutela è considerata dalla giurisprudenza costituzionale un valore primario²¹.

¹⁷ In dottrina è stata individuata la tipologia dei beni culturali urbanistici intendendo fare riferimento con tale qualificazione a quei beni che si caratterizzano per una particolare rilevanza culturale percepita a livello locale; in merito v. A. CROSETTI, *Governo del territorio e tutela del patrimonio culturale: un difficile percorso di integrazione*, cit., 97.

¹⁸ In merito si rinvia a G. MORBIDELLI, *Pianificazione territoriale e urbanistica*, in *Enciclopedia Giuridica*, XXIII, Giuffrè, Milano, 1990, 3 ss.; P. URBANI - S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Diritto Urbanistico*, Giappichelli, Torino 2013, 4 ss.; P. DELL'ANNO, *Ambiente (diritto amministrativo)*, in P. DELL'ANNO - E. PICOZZA (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Cedam, Padova, 2012, 285 ss.

¹⁹ Sulla nozione, in chiave aperta e polisenso, di ambiente, si rinvia a M. S. GIANNINI, *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1973, 1 ss., ora in *Scritti*, Giuffrè, Milano, 2005, 445 ss.; si richiama anche quanto autorevolmente osservato da F.G. SCOCA, *Tutela dell'ambiente, impostazione del problema dal punto di vista giuridico*, in *Quaderni regionali*, 1989, 533 ss., nonché G. MORBIDELLI, *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, in *Scritti in onore di A. Predieri*, Giuffrè, Milano, 1996, vol. II, 1121 ss.; F. FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Dir. econ.*, 2002, 215 ss.; ID., *Governo del territorio e ambiente*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI - E. FERRARI - P. URBANI (a cura di), *Il governo del territorio*, cit., 225 ss.

²⁰ P. URBANI, *Urbanistica (voce)* cit., 2.

²¹ Corte Cost. sent. n. 367 del 2007, in *Giur. Cost.*, 2007, 41; in tale decisione il giudice delle leggi precisa in merito al rapporto tra governo del territorio e tutela delle bellezze naturali che: «l'oggetto tutelato non è il concetto astratto delle "bellezze naturali", ma l'insieme delle cose, beni materiali, o le loro composizioni, che presentano valore paesaggistico. Sul territorio gravano più interessi pubblici: quelli concernenti la conservazione ambientale e paesaggistica, la cui cura spetta in via esclusiva allo Stato, e quelli concernenti il governo del territorio e la valorizzazione dei beni culturali ed ambientali

2. I principi di valutazione dei rischio

Alla luce delle considerazioni che precedono, nella valutazione dei rischi legati allo sfruttamento delle risorse connesse al governo del territorio il rispetto da parte dei soggetti pubblici preposti alla tutela di tali beni dei principi di prevenzione e precauzione non sembra potersi escludere, neppure in ragione della mancanza di riferimenti espliciti da parte del legislatore.

È pur vero che il quadro entro cui si sviluppano i principi in parola, di derivazione comunitaria, è riferibile principalmente alla tutela dell'ambiente e della salute.

In tal senso si esprime l'art. 3 *ter* del citato decreto legislativo 3 aprile 2006 n. 152 che pone i principi di prevenzione e precauzione tra quelli alla base dell'azione di tutela ambientale.

Per principio di prevenzione si intende l'obbligo dell'amministrazione di agire tempestivamente per evitare il verificarsi del danno rispetto ad un bene protetto²².

Il principio di precauzione²³, invece, implica il dovere per la pubblica amministrazione di adottare misure di tutela e prevenzione ambientale anche quando non vi sia certezza, sulla base di criteri scientifici, circa

(fruizione del territorio), che sono affidati alla competenza concorrente dello Stato e delle Regioni. Sui vincoli ambientali e paesaggistici v. M. IMMORDINO, *Vincolo paesaggistico e regime dei beni*, Cedam, Padova, 1991.

²² In merito al rapporto tra principio di prevenzione e principio di precauzione si rinvia a quanto affermato da R. FERRARA, *I principi comunitari di diritto dell'ambiente*, in *Dir. amm.*, 2005, 532; l'Autore nell'analizzare i due principi sottolinea come tra essi sembri esistere un rapporto da *genus a species*; in particolare, l'Autore ritiene condivisibile la tesi che individua nel principio di precauzione «una metodica complessa di analisi e di studio delle problematiche connesse con il rischio ambientale capace di dare corpo ad un principio, – quello della tutela preventiva – altrimenti privo di contenuti e di significato pratico».

²³ Sul principio di precauzione si rinvia a: M. CALABRÒ – L. GIANI, *Il diritto dell'ambiente*, in A. POLICE – M. R. SPASIANO, *Manuale di governo del territorio*, Giappichelli, Torino, 2016, 263 ss.; A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Giuffrè, Milano, 2006, 71 ss.; F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Giuffrè, Milano, 2005; T. MAROCCO, *Il principio di precauzione e la sua applicazione in Italia e in altri Stati membri della Comunità europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2003, 1233 ss.; M. RENNA, *Le misure amministrative di enforcement del principio di precauzione per la tutela dell'ambiente*, in *Jus*, 2016, 61 ss.

la pericolosità di un determinato fenomeno per l'ambiente²⁴, ma, vi sia comunque un dubbio attendibile in merito alla sua lesività²⁵.

In ragione del carattere complementare della disciplina relativa al governo del territorio rispetto alle discipline settoriali in materia ambientale e in materia di tutela della salute non si potrà, nell'esercizio delle relative funzioni, non tenere conto dei principi di prevenzione e precauzione.

Appare dunque legittimo analizzare alcuni profili concreti da cui emerge l'applicazione dei citati principi, che garantiscono la tutela di interessi pubblici quali ambiente e salute anche mediante l'esercizio delle competenze degli enti locali in materia di governo del territorio a prescindere dall'esercizio dei poteri di tutela ambientale e dei relativi procedimenti *ex* D. Lgs. n. 152 del 2006.

Per quanto attiene al principio di prevenzione, va in primo luogo posto in evidenza che il complesso delle procedure di pianificazione previste per la regolazione degli interessi pubblici in materia urbanistica ed edilizia appare implicitamente improntato a contemperare lo sviluppo

²⁴ In merito, v. Consiglio di Stato, Ad. Plen., ord. 25 settembre 2013, n. 21: «il principio di precauzione legittima l'adozione di misure di prevenzione, riparazione e contrasto ad una fase nella quale il danno non solo non si è ancora verificato, ma non esiste neanche la piena certezza scientifica che si verificherà. In altri termini, la ricerca di livelli di sicurezza sempre più elevati porta a un consistente arretramento della soglia dell'intervento delle Autorità a difesa della salute dell'uomo e del suo ambiente: la tutela diviene "tutela anticipata" e oggetto dell'attività di prevenzione e di riparazione diventano non soltanto i rischi conosciuti, ma anche quelli di cui semplicemente si sospetta l'esistenza. Il principio di prevenzione presenta tratti comuni con il principio di precauzione, in quanto entrambi condividono la natura anticipatoria rispetto al verificarsi di un danno per l'ambiente. Il principio di prevenzione si differenzia da quello di precauzione perché si occupa della prevenzione del danno rispetto a rischi già conosciuti e scientificamente provati relativi a comportamenti o prodotti per i quali esiste la piena certezza circa la loro pericolosità per l'ambiente».

In senso conforme, Consiglio di Stato, sez. IV, 8 febbraio 2018, n. 826: «il c.d. "principio di precauzione", di derivazione comunitaria (art. 7, Regolamento n. 178 del 2002), impone che quando sussistono incertezze o un ragionevole dubbio riguardo all'esistenza o alla portata di rischi per la salute delle persone, possono essere adottate misure di protezione senza dover attendere che siano pienamente dimostrate l'effettiva esistenza e la gravità di tali rischi».

²⁵ Si rinvia per la nozione di principio di precauzione nell'ordinamento comunitario a Corte di Giustizia dell'Unione Europea sentenze del 5 maggio 1998, in cause C-157/96 e C-180/96: «si deve ammettere, quando sussistono incertezze riguardo all'esistenza o alla portata di rischi per la salute delle persone, le istituzioni possono adottare misure protettive senza dover attendere che siano esaurientemente dimostrate la realtà e la gravità di tali rischi».

economico e sociale del territorio con la tutela di altri interessi pubblici quali la tutela della salute, l'ambiente e finanche la sicurezza pubblica.

In dottrina si è affermato che, il «controllo dell'urbanizzazione» è individuato come il principale strumento di prevenzione dei pericoli derivanti da sostanze pericolose, in correlazione «alla funzione comunale di pianificazione del territorio»²⁶.

In tal senso, le disposizioni in materia di distanze tra fabbricati ex art. 9 del D.M. n. 1444 del 1968, le regole in ambito di destinazione urbanistica ex art. 7 e 41 *quinquies* della legge urbanistica (l. n. 1150 del 1942) ed ex art. 2 del DM n. 1444 del 1968²⁷, nonché la costituzione di vincoli strumentali ex art. 9 del DPR n. 327 del 2001, si possono considerare espressione della tensione esistente tra le istanze di sviluppo che emergono sul territorio e la funzione di tutela di interessi pubblici, in particolare la garanzia della salute dei cittadini, anche in l'applicazione del principio di prevenzione²⁸.

Parimenti, le funzioni affidate ai comuni in materia di governo del territorio sono finalizzate a garantire, mediante l'applicazione del principio di prevenzione, la tutela della sicurezza pubblica anche sotto il profilo della sicurezza urbana.

La nozione di sicurezza urbana, ai sensi dell'art. 1 del D.M. 5 agosto 2008, consiste nella tutela di un bene pubblico attraverso attività poste a difesa, nell'ambito delle comunità locali, del rispetto delle norme che regolano la vita civile, per migliorare le condizioni di vivibilità nei centri urbani, la convivenza civile e la coesione sociale²⁹.

²⁶ A. BARONE, *Il diritto del rischio*, cit., 141.

²⁷ In merito alla nozione di vincoli di destinazione urbanistica v. Corte Cost. 20 maggio 1999, n. 179, in *Riv. giur. urb.*, 2000, 46: «sono al di fuori dello schema ablatorio-espropriativo con le connesse garanzie costituzionali (e quindi non necessariamente con l'alternativa di indennizzo o di durata predefinita) i vincoli che importano una destinazione (anche di contenuto specifico) realizzabile ad iniziativa privata o promiscua pubblico-privata, che non comportino necessariamente espropriazione o interventi ad esclusiva iniziativa pubblica e quindi siano attuabili anche dal soggetto privato e senza necessità di previa ablazione del bene. Ciò può essere il risultato di una scelta di politica programmatica tutte le volte che gli obiettivi di interesse generale, di dotare il territorio di attrezzature e servizi, siano ritenuti realizzabili (e come tali specificatamente compresi nelle previsioni pianificatorie) anche attraverso l'iniziativa economica privata - pur se accompagnati da strumenti di convenzionamento».

²⁸ In merito alla natura dei vincoli preordinati all'esproprio si rinvia alla nota sentenza della Corte Costituzionale 29 maggio 1968 n. 55; Sul punto, v. A. M. SANDULLI, *Profili costituzionali della proprietà privata*, in, ID., *Scritti giuridici*, vol. II, Jovene, Napoli, 1990, 345 ss.

²⁹ Sui poteri dei Sindaci nell'ambito della sicurezza urbana v. T. F. GIUPPONI *La «Si-*

In ragione di tale definizione, tutti gli interventi volti a garantire e migliorare la vivibilità dei centri urbani, ivi compresi gli interventi volti a garantire il decoro dei centri abitati, sono da ricondurre nel novero degli atti di prevenzione dei rischi per la sicurezza.

Come si evince dalla lettura dell'art. 2 del decreto ministeriale del 2008, tra i molteplici interventi posti a tutela della sicurezza urbana vi sono quelli posti a tutela del decoro e quelli volti a prevenire il degrado dei centri abitati.

Tali interventi, sono riconducibili alle funzioni affidate agli enti locali di governo del territorio non solo attraverso gli strumenti di pianificazione ma anche attraverso i poteri volti alla tutela del patrimonio, anche essi, potenzialmente, espressione di un'attività improntata al rispetto del principio di prevenzione, volta ad evitare la concretizzazione di rischi per i cittadini.

Il principio di precauzione sembra, invece, maggiormente vincolato alle materie tradizionalmente ad esso associato quali l'ambiente e la tutela della salute.

Il carattere complementare tra il governo del territorio e le suddette materie non sembra indicare una applicazione più ampia del principio di precauzione nell'esercizio di funzioni slegate dalla tutela ambientale e della salute.

In dottrina si ritiene che il principio di precauzione più che attraverso l'esercizio di poteri di ordinanza in caso di emergenza possa trovare piena applicazione mediante l'elaborazione di una «strategia articolata di approccio al rischio collegata a procedimenti partecipati»³⁰.

Tuttavia, l'applicazione del principio di precauzione può comportare una limitazione delle posizioni dei privati che può andare ben oltre il tradizionale contemperamento degli interessi legittimi rispetto alla tutela dell'interesse pubblico, incidendo su diritti fondamentali.

In merito, la Corte Costituzionale in relazione al principio di precauzione ha affermato che: «la qualificazione come “primari” dei valori dell'ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati»³¹.

Dalla qualificazione dei valori dell'ambiente e della salute come pri-

curezza urbana» e ordinanze sindacali: un primo (e inevitabilmente parziale) vaglio del giudice delle leggi, in *Le Regioni*, 2009, 1421 ss.

³⁰ A. BARONE, *Il diritto del rischio*, cit., 79. In senso analogo si esprime la Comunicazione della Commissione europea sul principio di precauzione del 2 febbraio 2000.

³¹ Corte Cost., 9 maggio 2013, n. 85, in *Giur. Cost.*, 2013.

mari discende l'ambito di applicazione del principio di precauzione nella valutazione dei rischi connessi allo sfruttamento del suolo nelle diverse declinazioni che questo può assumere; tale principio, pur mitigato dal principio di ragionevolezza, in ragione della sua capacità di incidere anche sui diritti fondamentali dei cittadini, quali la libertà di iniziativa economica, non sembra poter operare al di fuori dell'ipotesi della tutela di interessi di particolare rilevanza.

GIOVANNA IACOVONE

PATRIMONIO CULTURALE E RESILIENZA
NELLE POLITICHE PUBBLICHE

SOMMARIO: 1. Resilienza e ordinamenti giuridici. – 2. La disciplina del valore culturale come terreno elettivo della resilienza. I patrimoni culturali come banco di prova dell'applicazione. – 3. Resilienza e politiche pubbliche in materia di patrimonio culturale. – 4. Gli strumenti giuridici funzionali per l'applicazione del principio. – 5. Cenni conclusivi per proseguire.

1. Resilienza e ordinamenti giuridici

Il diritto, strumento di ingegneria sociale¹, necessario per risolvere problemi e quindi conseguire obiettivi utili all'uomo e alla società, rende agevole l'accostamento al concetto di resilienza. Quest'ultimo, come noto nato nella scienza ingegneristica dei materiali, indica la capacità di resistere a un urto, assorbendo l'energia che può essere rilasciata in misura variabile dopo la deformazione, ovvero la capacità di ripristino dello stadio iniziale a seguito di una deformazione.

In verità il concetto di resilienza è stato successivamente utilizzato e articolato in differenti e ulteriori campi del sapere che ne hanno rilevato profili ulteriori, maggiormente confacenti e funzionali alle esigenze delle diverse discipline al cui interno è stato traslato.

Dalla psicologia alla filosofia, all'economia, alla sociologia, all'informatica, solo per citarne alcune.

Nell'ambito delle definizioni sviluppate nelle diverse branche della conoscenza sono emerse alcune "invarianti" del concetto di resilienza, che vanno oltre le divergenze interpretative e multiformità delle sue accezioni che hanno indotto l'Accademia della Crusca a parlare di "elasticità della resilienza".

In particolare le peculiarità condivise dai plurali approcci disciplinari attengono innanzitutto alla flessibilità e alla elasticità e dunque alla capacità di reagire alle "sollecitazioni" immagazzinando e poi restituendo energie che, con un concetto "universale", possono tradursi nella capaci-

¹ G. ALPA, *Il diritto dei computer, in Informatica e Diritto*, 1985, 53 ss.

tà di cogliere i cambiamenti come opportunità di crescita ed evoluzione con risposte di adattamento.

Si coglie, evidentemente, una impostazione metodologica che è conaturata nel diritto.

La Costituzione del 1948 ha indotto adeguamenti delle preesistenti categorie giuridiche a nuovi valori e ha dato origine ad un processo di “innovazione giuridica” che, pur attraverso processi non sempre lineari, è stato accolto dalla giurisprudenza e da importanti riflessioni dottrinali favorendo l’introduzione di soluzioni altamente innovative e creative.

Proprio il terreno del patrimonio culturale si presta alla “sperimentazione” che si intende proporre con il presente lavoro, intesa applicativa del concetto di resilienza al diritto.

La correlazione tra patrimonio storico-artistico, territorio e ambiente risente di quel ripensamento del concetto di paesaggio, risalente agli anni '70, inteso progressivamente dalla Corte costituzionale (sentenze n. 239 del 1982, n. 94 e n. 359 del 1985) come forma e aspetto del territorio² e “valore primario dell’ordinamento”, e che ha dato luogo alle recenti trasformazioni originate dalla progressiva consapevolezza della difficoltà a tenere distinta la funzione di guida dello sviluppo del territorio, propria della pianificazione urbanistica, da quella di tutela di valori quali il paesaggio, l’ambiente e la salute.

Pur tra molti contrasti, acuiti peraltro dalla riforma del titolo V della Costituzione che ha mutato il criterio di riparto e riformulato le materie, tra cui il patrimonio culturale, il governo del territorio e l’ambiente, emerge un principio di integrazione, impensabile anche quando hanno cominciato ad affermarsi le cosiddette tutele differenziate, che vede ormai indissolubilmente intrecciati tutela, uso e trasformazioni, conformemente ad una concezione unitaria di governo del territorio ma, nello stesso tempo, incline alla valorizzazione della graduazione degli interessi che ad esso si rapportano e nella consapevolezza della esistenza di interessi incompressibili³.

² A. PREDIERI, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, Milano, Giuffrè, 1969, 3 ss.

³ Con riguardo a quegli interessi e valori che condizionano la stessa sopravvivenza del genere umano, P. CHIRULLI, *Urbanistica e interessi differenziati: dalle tutele parallele alla pianificazione integrata*, in *Dir. Amm.*, 2015, 50 rileva come “La consistenza di tali interessi è tale da non consentire alcuna mediazione: è questo il livello nel quale ancora è ben percepibile, quale codice genetico della tutela differenziata”, ma sia consentito anche un rinvio a G. IACOVONE, *Pianificazione urbanistica: crollo di un mito e scoperta del valore ambiente*, in *Amm. e pol.*, 1992, 103 ss.

Se è quasi scontato affermare che il diritto cambia, non è altrettanto scontato che tale mutamento sia il frutto di mutamenti nei modi di pensare il diritto e al diritto. Mutano i modi di produzione del diritto, mutano i contenuti e la portata delle regole. Nascono nuovi istituti, nuovi concetti, nuove risposte alle esigenze della società.

Di particolare interesse, ai nostri fini, il parallelismo con quanto avviene nel mondo biologico, che ha indotto ad ipotizzare un processo di evoluzione giuridica fondato sulla selezione naturale della regola di diritto più adattiva: fra le tante norme giuridiche introdotte negli ordinamenti sopravvivrebbero quelle che “massimizzano” le possibilità di riprodursi in un certo ambiente di individui in cui viene adottata⁴. L’approccio biologista cui si fa riferimento si incentra su quella che è stata definita “analisi etologica del diritto”, riferendosi all’esame del diritto in funzione della natura dei comportamenti che questo intende regolare. Si afferma al riguardo che il diritto possa causare uno stimolo ambientale in grado di indurre ri-orientamenti comportamentali.

La riflessione che fa da sfondo al presente lavoro muove dall’idea che la resilienza non è un obiettivo ma un atteggiamento, una modalità comportamentale che trova nel diritto il suo terreno elettivo, ed in virtù della quale i valori incorporati nei principi giuridici e gli interessi tutelati resistono al cambiamento e si rafforzano.

In tale prospettiva, il patrimonio culturale, macro categoria che “racoglie” al suo interno i beni culturali e paesaggistici, assurge a “dimostratore” funzionale a rappresentare la tesi che si intende proporre.

In un sistema sociale la resilienza può essere intesa come la capacità di affrontare il cambiamento senza perdere la propria identità, la propria storia e il sistema simbolico e di valori che sostiene l’intera collettività.

Il patrimonio culturale, con il suo “carico” identitario ad esso consustanziale, si pone come ideale oggetto per una elaborazione riflessiva da parte della scienza giuridica protesa ad assumere una visione che integri la prospettiva sull’oggetto con quella sulle sue funzioni e sul contesto che ne determina il conseguente regime di tutela, fruizione e valorizzazione⁵.

In Italia i prodromi della preservazione delle vestigia del passato,

⁴ A. GIANOLA, *L’analisi etologica del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, 804 ss.; *Evoluzione e diritto*, in *Riv. giur. edil.*, 1997, 414 ss.

⁵ A. IACOPINO, *Modelli e strumenti per la valorizzazione dei beni culturali. Spunti di riflessione nella prospettiva del risultato amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, *passim*.

quale patrimonio culturale inteso nella sua consistenza ideale e nella sua portata identitaria, possiamo coglierli sin dal diritto romano che coniò istituti come la *dicatio ad patriam*. Tale cultura alimentata durante il Medioevo e il Rinascimento ha costituito l'*humus* grazie al quale le spoliazioni napoleoniche hanno determinato un vero trauma al quale si reagì prontamente un po' ovunque con la produzione di norme a tutela del patrimonio artistico, a cominciare da quelle dello Stato Pontificio e del Regno di Napoli, particolarmente solide da sopravvivere nella loro struttura portante fino alla fine del XX secolo (e oltre).

2. La disciplina del valore culturale come terreno elettivo della resilienza. I patrimoni culturali come banco di prova dell'applicazione

Nell'ambito delle riflessioni che precedono si collocano alcune ulteriori considerazioni, relative alla chiamata in causa del diritto da parte della scienza e delle tecnologie, non sempre in grado di fronteggiare e di fornire risposte affidabili e soluzioni a situazioni ed eventi determinati dall'accelerazione che le caratterizza e che talvolta non sono in grado di prevedere nel loro pieno dispiegarsi⁶.

Emerge così l'esigenza di politiche di governo della vulnerabilità⁷ e si delineano scenari fondati sulla ricerca di soluzioni attraverso processi sistemici, integrati e collaborativi.

Sulla base di tali considerazioni è interpretabile altresì la politica europea ed internazionale volta a promuovere e accompagnare politiche, processi decisionali e relative funzioni pubbliche aventi ad oggetto la resilienza di territori e città.

È necessario, pertanto, innanzitutto, ricostruire il quadro normativo al cui interno vengono individuati gli strumenti e gli attori della resilienza, a partire dall'Europa, fino alle politiche locali.

Preliminarmente, però, è opportuno sottolineare che l'attenzione nei confronti delle politiche di resilienza aventi ad oggetto i territori e le città è strettamente connessa al tema principale della riflessione che si propone, il patrimonio culturale, la cui particolare natura lo rende oltre che

⁶ R. FERRARA, *Precauzione e prevenzione nella pianificazione del territorio: la "precauzione inutile"?*, in *Riv. giur. dell'edilizia*, 2012, 61 ss.

⁷ Ci si riferisce al *Rapporto sulla promozione della sicurezza dai rischi naturali del patrimonio abitativo*, un piano pluriennale di promozione della sicurezza del Paese a fronte di rischi naturali, meglio conosciuto come Rapporto "Casa Italia".

valore da preservare, risorsa da utilizzare grazie al riconoscimento del suo potenziale effetto sullo sviluppo sostenibile dei territori e dell'ambiente.

Nello stesso tempo, il riferimento alla resilienza rivolta ai territori e alle città costituisce la chiave di lettura attraverso cui evidenziare, da un lato come la resilienza delle comunità sia strettamente dipendente dal patrimonio culturale inteso come veicolo di conoscenza; dall'altro, e reciprocamente come le politiche territoriali, di governo dell'ambiente, di prevenzione del rischio di eventi naturali si riflettano sul patrimonio culturale.

A partire da tali precisazioni una preliminare considerazione riguarda l'evoluzione della politica europea, sulla base delle prime analisi dei vertici ONU del 2005 e del 2015.

Ci si riferisce, in primo luogo, alla Comunicazione della Commissione europea al Parlamento e al Consiglio, del giugno 2017⁸. In tale Comunicazione emerge un ampliamento dell'orizzonte operativo del concetto di resilienza, tanto in senso oggettivo che soggettivo.

Sotto il primo profilo esso va non solo inteso come capacità di adattamento e reazione agli *shock*, ma anche e ulteriormente come metodologia idonea a coinvolgere "tutti gli individui e le società nel loro complesso" improntata sui principi di "democrazia, fiducia nelle istituzioni e sviluppo sostenibile" nonché su quello di "capacità di riforma".

A tale conclusione la Commissione europea giunge sulla base della pregressa esperienza che la induce a riconoscere "la necessità di abbandonare gli obiettivi di contenimento delle crisi per orientarsi verso un approccio alle vulnerabilità più strutturale, di lungo termine, non lineare, che si focalizzi sulla previsione, la prevenzione e la preparazione".

Ove si riconduca l'esposto orientamento all'interno di coordinate giuridiche, la resilienza sembrerebbe poter assurgere a principio evolutivo, caratterizzato da una forte impronta strategica, del principio di precauzione, utilizzato, invece, sia pure in modo sempre più "flessibile", per gestire e risolvere, secondo ragionevolezza e proporzionalità, questioni e problemi puntuali, circoscritti e ben delimitati⁹. Al riguardo, infatti, la resilienza è intesa quale "fattore di trasformazione e non di mantenimen-

⁸ Comunicazione congiunta al Parlamento europeo e al Consiglio, *Un approccio strategico alla resilienza*, JOIN(2017) 21final, in <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52017JC0004>.

⁹ R. FERRARA, *op. cit.*

to dello *status quo*”, quale metodo per far fronte a nuovi bisogni, ma senza rimuovere il dato identitario¹⁰.

In altri termini all’obiettivo della certezza delle regole perseguito dal principio di precauzione se ne affianca un altro, complementare, funzionale ad accompagnare la società contemporanea che sembra ormai identificarsi con il rischio e con l’incertezza che, quasi per un paradosso, sembrano alimentati dall’accelerazione della scienza e della tecnologia, dalla velocità dell’evoluzione del sapere¹¹.

Sotto l’aspetto soggettivo “la resilienza deve essere affrontata a più livelli, Stato, società e comunità”¹².

Si tratta della messa in campo di regole e strumenti della *governance* multilivello.

In tale contesto normativo di *soft law* un importante elemento evolutivo, nella direzione della società resiliente, è costituito dalla recentissima Raccomandazione del Consiglio del 22 maggio 2018, n. 01 relativa alle competenze chiave per l’apprendimento permanente¹³, consistenti in una combinazione di conoscenze, abilità e atteggiamenti in grado di sviluppare, tra le altre, capacità di pensiero critico, di cooperare e di sviluppare creatività e, in quanto tali, funzionali ad “assicurare resilienza e capacità di adattarsi ai cambiamenti”.

Un passaggio essenziale della Raccomandazione mette in evidenza il nesso esistente tra le società inclusive fondate sulla partecipazione con istituzioni responsabili, trasparenti e democratiche e lo sviluppo sostenibile. Inoltre pone alla base delle società resilienti la qualità della *governance* e della pubblica amministrazione in quanto funzionali ad uno sviluppo socio-economico sostenibile ed equilibrato, in grado di affrontare alla radice le disuguaglianze e la vulnerabilità.

Ai fini del presente lavoro, in particolare, assumono centralità le competenze riguardanti la cittadinanza e la partecipazione della società civile e quelle in materia di consapevolezza ed espressioni culturali, entrambe qualificate presupposti indispensabili di una società resiliente in quanto indispensabili per acquisire quella che con espressione sintetica è stata designata la “coscienza dei luoghi”¹⁴, idonea a sperimentare nuovi

¹⁰ Comunicazione congiunta della Commissione europea, cit.

¹¹ R. FERRARA, cit.

¹² Comunicazione congiunta della Commissione europea, cit.

¹³ Raccomandazione del Consiglio, del 22 maggio 2018, relativa alle competenze chiave per l’apprendimento permanente, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content>

¹⁴ G. BECATTINI, *La coscienza dei luoghi*, Roma, Donzelli, 2015

modelli di sviluppo locale fondati sulla autovalorizzazione durevole delle risorse sociali, ambientali, territoriali da parte della comunità locale, e a costruire forme di economia solidale e di coesione sociale attraverso un progetto di futuro condiviso per la valorizzazione del patrimonio identitario locale¹⁵.

La traccia che si rinviene per le politiche di governo della fragilità è quella dell'integrazione tra saperi civici e inclinazioni collaborative e della costruzione di processi fondati su competenze esperienziali e saperi d'uso degli abitanti e delle comunità al fine recuperare un autentico legame con i territori.

Una strada, peraltro già segnata dalla Convenzione di Faro del 2005¹⁶, che vede nella partecipazione dei cittadini e delle comunità la chiave per accrescere in Europa la consapevolezza del valore del patrimonio culturale e il suo contributo al benessere e alla qualità della vita, e proseguita in molti documenti europei ricchissimi di spunti e di nuovi approcci che guardano al patrimonio culturale, sia esso materiale o immateriale, come bene comune attorno al quale riprogettare il nostro futuro.

Emerge in modo inequivocabile e come dato acquisito nella politica europea il nesso tra patrimonio culturale (comprensivo dei beni culturali e paesaggistici ai sensi dell'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 42 del 2004) e la crescita sociale ed economica delle collettività quale essenziale fattore di resilienza.

Da ultimo, ai sensi della Dichiarazione di Firenze del 30 marzo 2017, in cui è culminata la prima riunione dei ministri della cultura dei Paesi del G7, il patrimonio culturale, materiale e immateriale, mobile e immobile contribuisce a "preservare l'identità e la memoria dei popoli e favorisce il dialogo e lo scambio interculturale tra tutte le nazioni" e rappresenta "uno strumento importante per la crescita e lo sviluppo sostenibile della società, anche in termini di prosperità economica"¹⁷.

¹⁵ F. ASTONE, *Forme di tutela e valorizzazione dei beni culturali*, in *Le nuove frontiere della protezione e della valorizzazione del patrimonio culturale: il ruolo dell'Unesco*, VIII Convegno Annuale "Giuristi per le Isole" Palermo, Lipari 19-20 giugno 2015, a cura di Wanda Cortese, Torri del Vento Edizioni, Palermo, 2016, 56/80.

¹⁶ *Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore dell'eredità culturale per la società*, Consiglio d'Europa - (CETS NO. 199) FARO, 27.X.2005.

¹⁷ Dichiarazione dei ministri della cultura del G7 in occasione della riunione "La cultura come strumento di dialogo tra i popoli", in www.beniculturali.it/G7Culture.

3. Resilienza e politiche pubbliche in materia di patrimonio culturale

Nella prospettiva delineata a livello europeo e internazionale, l'azione generale postulata attiene al rapporto imprescindibile fra le politiche dei beni culturali e le altre politiche pubbliche attraverso un approccio integrato, strategico e adattivo.

Di qui l'esigenza di raccordi, nonché una evidente sollecitazione verso pratiche di cooperazione finalizzate ad una conservazione preventiva e programmata del patrimonio culturale, inteso non come la sommatoria di opere individualmente considerate, da salvaguardare e promuovere, ma come sistema in un rapporto inscindibile con l'ambiente e rispetto al quale il diritto è chiamato a regolarne la conservazione nella logica della prevenzione e del mantenimento dell'integrità e dell'identità.

Ne deriva la necessità di una visione comune fra politiche aventi ad oggetto il patrimonio culturale e le altre politiche pubbliche attraverso forme di cooperazione fra Stato e autonomie territoriali a vario titolo competenti in materia.

In tale direzione sembra orientato il *Rapporto sulla promozione della sicurezza dai rischi naturali del patrimonio abitativo*¹⁸.

Tale Rapporto evidenzia, sulla base della "strettissima correlazione tra gli interventi di prevenzione dei rischi e le politiche dedicate al sostegno" del patrimonio culturale inteso quale "insieme" di valori e di segni, di attività e di saperi, di storia e vita quotidiana, evidenzia l'essenzialità di una "ricognizione sistemica e aggiornata dei dati riguardanti patrimonio culturale, ambiente e territorio", e pone l'accento sulla "qualificazione del piano paesaggistico a valenza territoriale come quadro complessivo delle relative politiche di settore" e sulla "necessità di associare alla tutela del patrimonio artistico una generalizzata e costante azione di conservazione programmata, della quale il contrasto al rischio sismico e idrogeologico, con la riduzione della vulnerabilità, è uno degli elementi necessari".

Ulteriore ma fondante profilo coerente con l'impostazione "sistemica" del Rapporto è la connessione tra rischio naturale e rischio sociale dello spopolamento e dell'impoverimento delle aree urbane che ricadono in zone a elevato rischio naturale. Perché attecchisca un atteggiamento resiliente delle comunità di fronte al verificarsi di eventi catastrofici

¹⁸ Rapporto sulla Promozione della sicurezza dai Rischi naturali del Patrimonio abitativo, www.governo.it/sites/governo.it/files/Casa_Italia_RAPPORTO.pdf.

come un sisma o una inondazione occorre fornire ragioni anche economiche oltre che culturali per continuare a presidiare il proprio territorio e mantenere vivo l'interesse delle comunità nei confronti del patrimonio storico, culturale e paesaggistico.

Si evidenzia, pertanto, la necessità di politiche che considerino come interdipendenti le due tipologie di rischi e si fondino su strategie fondate sulla promozione di capacità cognitive funzionali alla acquisizione della consapevolezza del ruolo proattivo da parte delle comunità.

La linea appare coerente con la politica europea sulla resilienza che per espressa dichiarazione (Comunicazione congiunta, cit.) è da intendersi non già circoscritta alle situazioni di crisi ed emergenziali, bensì favorevole alla ricostruzione di identità collettive, capaci di affrontare le avversità con il supporto di processi decisorii e amministrativi stabili, aperti al servizio dei cittadini e in quanto tali funzionali all'effettivo dispiegarsi degli effetti innovativi del principio di sussidiarietà orizzontale, anche al fine della attuazione dell'art. 4, co. 2°, della Costituzione.

Con riguardo agli strumenti giuridici su cui fondare le azioni sul patrimonio culturale rilevanti per la prevenzione dei rischi e idonei a supportare apparati pubblici e comunità (abitanti e cittadini), un ruolo centrale è attribuito agli aspetti organizzativi e di pianificazione territoriale, nonché alle forme di partecipazione.

4. *Gli strumenti giuridici funzionali per l'applicazione del principio*

Nella prospettiva tracciata meritano di essere evidenziate alcune direttrici all'interno delle quali l'Italia si è mossa a livello nazionale e regionale.

Il profilo organizzativo ha riguardato il nuovo assetto dei musei e gli apparati preposti alla tutela.

Quanto ai musei, la cui nozione ricalca quella dettata sul piano internazionale dall'*International Council for Museum* (Icom) incentrata sulle funzioni di tutela e valorizzazione delle raccolte in consegna al fine di assicurarne la pubblica fruizione, questi sono stati collegati all'apparato preposto alla valorizzazione (la Direzione generale Musei), in una prospettiva volta a considerarli "spazi di produzione di nuova cultura" attraverso una stretta connessione con i territori circostanti¹⁹.

¹⁹ Art. 35 del d.p.c.m. 29 agosto 2014, n. 171 Regolamento di organizzazione del Mini-

Le Soprintendenze, invece, hanno subito un accorpamento che persegue un approccio “integrato” della tutela dei beni culturali sul piano delle discipline e “globale” con riferimento al contesto ambientale di riferimento²⁰.

Agli strumenti di piano, seconda direttrice su cui si fonda l'azione regolatoria, sono affidati i ruoli di intermediazione nei processi decisionali al fine di assicurarne sotto il profilo giuridico ed operativo il buon funzionamento, attraverso la previsione di moduli procedurali funzionali al raffronto e alla considerazione dei diversi interessi in gioco, al fine di assicurare coerenza alle politiche di settore incidenti sullo stesso ambito; nonché la possibilità di prevedere forme di efficientamento organizzativo e di semplificazione.

In tale contesto sembra trovare una chiara legittimazione un nuovo schema di fondo della pianificazione territoriale, informata cioè alla integrazione, in quanto tale funzionale ad attribuire rilevanza a tutti gli interessi che incidono sull'uso e sulle trasformazioni del territorio e che richiede l'elaborazione di tecniche di regolazione sempre più complesse e diversificate che consentano di coniugare la necessità di dare la priorità a interessi sovraordinati, il cui tratto unificante è la finalità di tutela e di conservazione del suolo quale componente ambientale del territorio con quella di ottimizzare le diverse vocazioni del territorio e realizzare le aspettative di sviluppo delle collettività locali.

Un importante segnale in tal senso proviene dal Consiglio di Stato²¹ che ha sottolineato come l'urbanistica, ed il correlativo esercizio del potere di pianificazione, non possano essere intesi, sul piano giuridico, solo come un coordinamento delle potenzialità edificatorie connesse al diritto di proprietà, così offrendone una visione minimale, ma debbano tener conto sia di valori ambientali e paesaggistici, sia delle esigenze economico-sociali della comunità radicata sul territorio, sia del modello che si intende imprimere ai luoghi stessi, in considerazione della loro storia, tradizione, ubicazione e di una riflessione “*de futuro*” sulla propria stessa

stero dei beni e delle attività culturali e del turismo, degli uffici della diretta collaborazione del Ministro e dell'Organismo indipendente di valutazione della performance, a norma dell'articolo 16, comma 4, del decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 giugno 2014, n. 89. (14G00183) (GU Serie Generale n. 274 del 25 novembre 2014).

²⁰ G. SCIULLO, *Corte costituzionale e nuovi scenari per la disciplina del patrimonio culturale*, in *Aedon*, 2017.

²¹ Cons. Stato, Sez. IV, 10 maggio 2012, n. 2710, in *Foro amm-CDS*, 2012, 5, 1160.

essenza, svolta – per autorappresentazione ed autodeterminazione – dalla comunità medesima. “In definitiva, il potere di pianificazione urbanistica non è funzionale solo all’interesse pubblico all’ordinato sviluppo edilizio del territorio in considerazione delle diverse tipologie di edificazione distinte per finalità (civile abitazione, uffici pubblici, opifici industriali e artigianali, etc.), ma esso è funzionalmente rivolto alla realizzazione temperata di una pluralità di interessi pubblici, che trovano il proprio fondamento in valori costituzionalmente garantiti”.

In tale logica sembra inserirsi la Legge di stabilità 2016²² che ha istituito un Programma straordinario di intervento per la riqualificazione urbana e la sicurezza delle periferie delle città metropolitane e dei comuni capoluogo di provincia, rivolto all'accrescimento della capacità di resilienza urbana, anche attraverso l'adeguamento delle infrastrutture destinate ai servizi sociali e culturali, educativi e didattici, nonché alle attività culturali ed educative promosse da soggetti pubblici e privati.

La valorizzazione del patrimonio culturale nel contesto di programmi di rigenerazione urbana è ancora più netta a livello regionale in cui il tema è posto soprattutto con riferimento ai centri storici.

È ormai forte l'esigenza di superare l'assimilazione del centro storico ad una zona urbanistica alla quale applicare le tecniche proprie dell'urbanistica connesse, con la conseguenza di ricondurre semplicisticamente le tematiche connesse alla tutela nell'ambito delle regole sulle trasformazioni edilizie.

Le leggi regionali, infatti, anche sulla scia delle sollecitazioni di fonte europea, sono mosse da strategie per la qualità urbana ed ecologico ambientale tramite la valorizzazione del patrimonio identitario culturale e paesaggistico e la resilienza del sistema abitativo.

In tale direzione appare orientata la Regione Emilia Romagna²³ prevedendo un unico Piano Territoriale Regionale (PTR), che include anche il Piano paesaggistico, la cui componente strategica, strumento di governo della programmazione con valenza non solo urbanistica, ma anche economica e, più in generale, di promozione dello sviluppo sostenibile, persegue contestualmente “la competitività e la resilienza del sistema territoriale”, nonché la salvaguardia de “riproducibilità delle risorse”, attraverso “la tutela del valore paesaggistico, ambientale, culturale e

²² L. 28 dicembre 2015, n. 208. - Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato, *www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2015/12/30/15G00222/sg*.

²³ L.r. Emilia Romagna n. 24 del 2017.

sociale del suo territorio”²⁴. La componente paesaggistico-culturale, in particolare, assurge a “riferimento per la definizione delle politiche a incidenza territoriale”, alla cui definizione concorrono altresì cittadini e loro associazioni attraverso processi partecipativi “secondo metodologie trasparenti, paritetiche, rappresentative e inclusive che permettano il confronto dei punti di vista e la mediazione degli interessi”²⁵.

Il concetto di resilienza è preso espressamente in considerazione anche nel Piano territoriale metropolitano (PTM), la cui componente strategica, che “costituisce parte integrante della pianificazione territoriale regionale, per quanto attiene al ruolo e agli obiettivi di sviluppo strategico dell’area metropolitana”, definisce “le azioni a scala territoriale necessarie per incrementare la resilienza degli insediamenti e del territorio, in rapporto all’attuazione della pianificazione settoriale regionale, tenendo conto delle caratteristiche di vulnerabilità, criticità e potenzialità dei sistemi naturali ed antropici del territorio”²⁶.

Parimenti suggestiva e interessante è la previsione dell’istruttoria pubblica, quale momento endoprocedimentale funzionale al perfezionamento del piano, in quanto utile a “fornire una completa informazione sul progetto e acquisire elementi di conoscenza e di giudizio” e dell’eventuale “contraddittorio pubblico” con coloro che abbiano presentato osservazioni e proposte.

Ciò che desta qualche perplessità, tuttavia, è il modo in cui tali strumenti sono declinati sul piano giuridico, in quanto caratterizzati da una elaborazione incompiuta sotto il profilo procedimentale di formazione del piano e, nel caso di specie, affidata a successive determinazioni della Giunta regionale. Il tema, dunque, è quello della legittimazione e della rilevanza giuridiche, nel perseguimento delle finalità e degli obiettivi dichiarati, di tali “segmenti” procedimentali che, al momento, non essendo in grado di produrre effetti giuridici propri e autonomi rischiano di introdurre nell’ordinamento elementi non già di innovazione, bensì di confusione concettuale e di arbitrarietà.

²⁴ Ai sensi dell’art. 40, comma 5, L.r. Emilia Romagna, cit., “La componente strategica del PTR attiene alla definizione degli obiettivi, indirizzi e politiche che la Regione intende perseguire per garantire la tutela del valore paesaggistico, ambientale, culturale e sociale del suo territorio e per assicurare uno sviluppo economico e sociale sostenibile ed inclusivo, che accresca insieme la competitività e la resilienza del sistema territoriale regionale e salvaguardi la riproducibilità delle risorse”.

²⁵ Art. 45, co. 8, L.r. Emilia Romagna, cit.

²⁶ Art. 41, co.3, lett. c), L.r. Emilia Romagna, cit.

Analoga considerazione per gli accordi integrativi, utilizzabili tuttavia solo nella formazione del piano urbanistico comunale, e che interessano ai fini della riflessione in quanto considerati funzionali a recepire previsioni “di rilevante interesse per la comunità locale”²⁷. Tale istituto, infatti, che nella legge regionale trova una ben chiara collocazione giuridica nell’ambito del procedimento di formazione del piano, in realtà presenta una lacuna: non chiarisce i modi e i criteri attraverso i quali si deve svolgere la negoziazione che si affianca all’esercizio del potere discrezionale.

Con specifico riferimento ai centri storici, invece, l’idea base è quella della conservazione nella loro vitalità, cominciando ad occuparsi anche della regolazione delle “trasformazioni non materiali” (l.r. Toscana n. 65/2014 e l. r. Umbria n. 1 del 2015)²⁸.

Ma già nel 2008 la Regione Puglia²⁹ ha previsto programmi integrati di rigenerazione urbana basati su un’idea-guida legata “ai caratteri ambientali e storico-culturali dell’ambito territoriale interessato, alla sua identità e ai bisogni e alle istanze degli abitanti”. Il concetto stesso di degrado nella legge regionale pugliese ha ben presente la forte connessione tra territorio e comunità, non limitandosi a considerare il mero degrado edilizio ma ampliando il potenziale raggio di azione al degrado inteso in senso più pervasivo e generale, dove l’aspetto sociale è intimamente legato al degrado urbanistico³⁰. Ed infatti l’art. 3, co. 1, della legge pugliese prevede la partecipazione attiva dei cittadini nel procedimento di formazione del piano di rigenerazione al fine di rafforzare il rapporto tra comunità e territorio³¹ nella consapevolezza che è proprio il venir meno di tale rapporto a determinare la de-territorializzazione e la perdita di significati legati all’insediamento, con conseguente degrado sia dal punto di vista ambientale che sociale.

Il filo rosso che tiene insieme le diverse iniziative legislative è

²⁷ Art. 61, L.r. Emilia Romagna, cit.

²⁸ A. SIMONATI, *La disciplina regionale dei centri storici: convergenze e divergenze alla luce degli sviluppi recenti*, in P. Stella Richter (a cura di), *Governo del territorio e patrimonio culturale*, Studi dal XIX Convegno nazionale AIDU, Milano, Giuffrè, 2017, 251 ss.

²⁹ L.r. Puglia n. 21/2008, Norme per la rigenerazione urbana, in B.U.R. Puglia - n. 124 del 1 agosto 2008.

³⁰ R. DIPACE, *La rigenerazione urbana tra programmazione e pianificazione*, in *Riv. giur. ed.*, 2014, 237 ss.

³¹ P. OTRANTO, *Rigenerazione delle aree degradate e patrimonio culturale*, in P. STELLA RICHTER (a cura di), *Governo del territorio e patrimonio culturale*, Studi dal XIX Convegno nazionale AIDU, Milano, Giuffrè, 2017, 91 ss.

l'esigenza di un complesso di regole che, previo censimento dei bisogni, orientino l'uso del territorio verso i caratteri della cura, per non distruggerne il valore di esistenza. Una cura che trascende ogni interesse specifico, ma che si pone in funzione di rilancio di un territorio e della comunità proprio attraverso la cultura quale "testimonianza di civiltà" (art. 2 d.lgs. n. 42 del 2004), a sostegno costante dell'intelligenza con cui una comunità affronta le proprie difficoltà, senza precludersi alle trasformazioni, ma anche mantenendo salde le proprie radici, la propria storia, il tessuto connettivo che supporta la vita quotidiana.

In tale prospettiva possono leggersi, altresì, alcuni modelli procedurali che si vanno affermando a livello comunale, attraverso fonti regolamentari, e aventi ad oggetto la rigenerazione e il riuso degli spazi e dei beni pubblici. Tale processo, partito dal Comune di Bologna con l'adozione del "Regolamento sulla collaborazione fra cittadini e amministrazione per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani", ha negli ultimissimi anni subito una accelerazione e diffusione su tutto il territorio nazionale. Oltre un centinaio di Comuni, di diverse grandezze, si è dotato di regolamenti aventi ad oggetto la promozione e la disciplina di procedimenti amministrativi per la cura condivisa di beni e spazi urbani.

I regolamenti adottati hanno cominciato ad essere attuati attraverso la stipula dei "patti di collaborazione" che individuano le modalità e le condizioni per l'esercizio condiviso della funzione di gestione e cura di aree urbane che altrimenti non sarebbero state considerate ai fini di una rigenerazione, a causa delle carenze di risorse sia economiche sia umane ed organizzative³².

Dall'analisi dei vari regolamenti, tuttavia, emerge da un lato un linguaggio che tende a dare valenza giuridica a concetti socio-politici, come per esempio quando si richiede all'amministrazione e ai cittadini di improntare i loro rapporti al principio di "fiducia reciproca", e dunque di presupporre che "la rispettiva volontà di collaborazione sia orientata al perseguimento di finalità di interesse generale" (Regolamento di Bologna, art. 3, co. 1, lett. a); dall'altro si ravvisa una eterogeneità procedimentale riguardante aspetti essenziali della relativa funzione amministra-

³² F. DI LASCIO, *Spazi urbani e processi di rigenerazione condivisa*, in F. DI LASCIO - F. GIGLIONI (a cura di) *La rigenerazione di beni e spazi urbani*, Il Mulino, Bologna, 2017, 66. Infatti dalla lettura di alcuni regolamenti (Bologna, Brindisi, Trento) emerge che le funzioni di rigenerazione da affidare alla cura condivisa riguarderebbero spazi e immobili esclusi dalla programmazione comunale.

tiva e aventi ad oggetto sia gli strumenti utilizzati, sia l'assetto degli interessi considerati rilevanti ai fini della ponderazione³³.

Dalla breve analisi transcalare sin qui condotta, emerge tutta la difficoltà a tradurre impostazioni culturali derivanti da una dimensione politico- sociale in categorie e regole giuridiche in grado di funzionare e risolvere conflitti. In altri termini, il tema è quello della reale portata preceettiva delle nozioni mutuare da altri saperi.

Assunta tale consapevolezza quale importante approdo nell'ambito di una navigazione tutt'altro che calma, assume importanza fondamentale, anche e soprattutto al fine di mantenere la sottesa attività amministrativa sotto l'ombrello del principio di legalità, individuare paradigmi comuni, nell'ambito dei principi generali del diritto amministrativo³⁴. E il procedimento amministrativo è ancora una volta il luogo deputato a gestire le complessità, e che può garantire l'affermazione di un nuovo paradigma, fondato su una attività amministrativa in grado di governare reti di collaborazione tra diversi soggetti, tutti interessati alla realizzazione di uno scopo comune, in modo pluralista, paritario e relazionale.

È su queste basi che si intende provare ad offrire un ulteriore argomento – giuridico – su cui fondare l'importanza della tutela e della valorizzazione del patrimonio culturale nel nostro ordinamento, in quanto essenziale fattore di slancio alla rigenerazione sociale ed economica del nostro Paese.

5. Cenni conclusivi per proseguire

La complessità dei fenomeni giuridici, in quanto precipitato della poliedrica dimensione politico-sociale, chiamano il giurista a confrontarsi sempre più frequentemente con definizioni e teorie prodotte da campi del sapere diversi rispetto a quello strettamente giuridico.

Tale consapevolezza ha fatto emergere l'esigenza di una indagine volta

³³ E. CHITI, *La rigenerazione di beni e spazi urbani*, Bologna, il Mulino, 2017, 33 ss.

³⁴ Osserva F. FRANCARIO, *Considerazioni sul dibattito tra giovani studiosi sui concetti tradizionali del diritto amministrativo e sulla loro evoluzione*, in *federalismi.it*, 2018, "per quanto possa essere riduttivamente o elasticamente inteso, il principio di legalità continua a fungere da parametro di misurazione della validità dell'azione amministrativa e ad essere quindi un valore protetto dell'Ordinamento". Sul tema, altresì, le interessanti riflessioni di L. GIANI, "Regolazione amministrativa e realizzazione del risultato", in *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in M. IMMORDINO e A. POLICE (a cura di), *Atti del Convegno Palermo 27-28 febbraio 2003*, Giappichelli, Torino, 2004, 307 ss.

a verificare il contributo che le altre scienze sono in grado di dare alla conoscenza giuridica, sì da assumere un ruolo nel mutamento dei concetti giuridici fondamentali anche del diritto amministrativo, ma senza dismettere, sotto il profilo metodologico, la necessaria autonomia nella costruzione della regola, nonché la primaria esigenza di certezza con cui ogni riflessione giuridica sui mutamenti epistemologici deve fare i conti³⁵.

Alcuni studiosi parlano ormai di “diritto della scienza incerta”³⁶, per designare quella condizione esistenziale nella quale sempre più vengono a trovarsi le regole giuridiche chiamate a disciplinare fenomeni socialmente rilevanti, e che spesso determina anche situazioni di conflitto fra soggetti pubblici e tra poteri dello Stato, con conseguenze preoccupanti sulla effettività e sulla sicurezza delle regole e, conseguentemente, sull’affidamento della collettività nei confronti delle istituzioni e dell’agire dei decisori collettivi pubblici.

Ma è proprio la complessità delle relazioni politiche, economiche, sociali che hanno indotto, nel tempo, a rifiutare l’idea che certezza delle regole e prevedibilità delle soluzioni fossero altresì sinonimo di immutabilità³⁷.

Sembra pertanto entrare in crisi il postulato dell’estraneità dell’innovazione al mondo del diritto, strettamente delimitato all’interno di precisi paradigmi logico-formali funzionali alla certezza delle regole, con il conseguente corollario determinato dall’equazione certezza e prevedibilità.

Sulla base di tale esigenza si è inteso analizzare il concetto di resilienza mutuato dalle “scienze dure”, e ormai entrato anche nel linguaggio delle scienze giuridiche, e di cui il legislatore sembra ormai che intenda farsi carico per designare quella capacità di governare le evoluzioni e le trasformazioni di modelli di democrazia e cittadinanza. Dall’analisi degli atti normativi, infatti, sembra potersi affermare che anche per il diritto è possibile servirsi del concetto di resilienza come di un ecoscandaglio che consenta di individuare e misurare le vulnerabilità del

³⁵ M. IMMORDINO, *Certezza del diritto, incertezza del diritto e diritto alla certezza nei rapporti tra amministrazione e cittadini*, in *Lo Stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, in F. VIOLA (a cura di), Il Mulino, Bologna, 2012; M.A. SANDULLI, *Ancora sui rischi dell’incertezza delle regole (sostanziali e processuali) e dei ruoli dei poteri pubblici*, in *Federalismi.it*, 2018.

³⁶ M. TALLACCHINI (a cura di), *Biotecnologie e consenso informato: scienza, diritto, economia e partecipazione democratica*, “Politeia”, 1999, XV, 58.

³⁷ Sul tema, A. POLICE, *Prevedibilità delle scelte e certezza dell’azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 1996, 697 ss.

sistema e migliorarne le modalità di tenuta di fronte a destabilizzanti “sopravvenienze”.

La riflessione si è concentrata sul patrimonio culturale, nella sua nozione giuridica, che, fondandosi sull'identità delle comunità, sta evolvendo oltre la sua tradizionale componente materiale, con la conseguente chiamata in causa di tematiche riguardanti le connessioni tra queste ultime e il territorio il quale, a sua volta, attraverso l'evoluzione del concetto di rigenerazione, costituisce il vero banco di prova delle politiche della resilienza.

Senza sfociare nella sindrome del “benculturalismo”³⁸, ma condividendo l'interpretazione patrimoniale del territorio³⁹, la resilienza non può che passare attraverso quelle regole giuridiche in grado di formalizzare le modalità attraverso le quali gli abitanti contribuiscono a valorizzare consapevolmente il territorio, inteso quale latore di benefici quantificabili e trasformabili in indicatori qualitativi connessi sia alla qualità ambientale ed abitativa, sia ad istanze socio-culturali legate allo sviluppo identitario delle relazioni⁴⁰.

Il tema appare strettamente connesso al principio di cui all'art. 111, co. 2, del Codice dei Beni culturali e del paesaggio che qualifica la valorizzazione ad iniziativa privata come “attività socialmente utile” e ne riconosce la “finalità di solidarietà sociale” e con esso alla attuazione del principio di sussidiarietà⁴¹ che necessita di coordinate giuridiche generali solide in grado di governare gli eterogenei interessi potenzialmente coinvolti e promuovere sinergie e coesione e non esclusione⁴².

³⁸ L. CASINI, *Ereditare il futuro*, il Mulino, Bologna, 2016, 47 ss.

³⁹ A. MAGNAGHI, *La pianificazione paesaggistica in Italia: stato dell'arte e innovazioni*, University Press, Firenze, 2016.

⁴⁰ Di particolare interesse, al riguardo, le notazioni di P. CARPENTIERI, sugli indicatori di benessere equo e sostenibile (BES) che il Ministro dell'economia è tenuto a riportare ai sensi della legge 31 dicembre 2009, n. 196 (Legge di contabilità e finanza pubblica), come modificata dalla legge 4 agosto 2016, n. 163, in attuazione dell'art. 15 della legge 24 dicembre 2012, attraverso i quali il governo si è impegnato ad integrare, nella valutazione delle politiche pubbliche, gli elementi di matrice più strettamente economica con quelli che si riferiscono alla qualità della vita.

⁴¹ M. IMMORDINO, *Il principio di sussidiarietà e il governo del territorio: lo spettacolo*, in *Quaderni Spisa, Governo del territorio e autonomie territoriali*, (a cura di G. SCIULLO), Bologna, 2010; P. CARPENTIERI *Art. 111*, in R. TAMIOZZO (a cura di), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, Giuffrè, Milano, 2005, 478 ss.; C. BARBATI, *I soggetti*, in C. BARBATI, M. CAMMELLI, G. SCIULLO (a cura di), *Diritto e gestione dei beni culturali*, il Mulino, Bologna, 2011, 126 ss.

⁴² Tali rischi sono evidenziati da E. CHITI, *La rigenerazione*, cit., 39.

In sintonia con le sia pur brevi riflessioni che si sottopongono appaiono, ad esempio, alcune scelte presenti nel piano paesaggistico della Regione Puglia, che prevede ipotesi di co-progettazione attraverso una integrazione, e aggregazione di interessi pubblici e/o privati; ma anche in materia di energia, attraverso la previsione di forme di cooperazione per i servizi funzionali al risparmio energetico attraverso la costituzione di ESCO (*Energy Service company*) o ESPCO (*Energy Service company*) di comunità, e, ancora, in campo culturale, grazie ad alcuni modelli di gestione no profit (es. Reggia di Carditello). In sintesi, si tratterebbe di pensare a forme di innovazione sociale e pubblica nell'esercizio della funzione amministrativa e nei poteri decisionali: dunque a nuove soluzioni organizzative delle strutture sociali e a strumenti di azione amministrativa preordinati all'obiettivo di riconnettere le comunità ai territori.

Ne deriva l'esigenza di una riformulazione delle categorie e dei principi giuridici generali, a partire dai valori costituzionali che guidano il percorso di costruzione della personalità⁴³, quali risultanti della interpretazione delle trasformazioni in atto e funzionali a dischiudere le potenzialità applicative delle riflessioni sin qui condotte.

Sembra essenziale ed imprescindibile, in tal senso, il ruolo dello Stato, chiamato a governare reti di collaborazione tra diversi soggetti e interessi, anche attingendo alle migliori esperienze locali, ma con l'obiettivo concreto di costruire un sistema complesso e unitario di pianificazione del territorio, che vede ormai indissolubilmente intrecciati tutela, uso e trasformazioni e che non può prescindere — attraverso tecniche di integrazione delle competenze e degli strumenti decisori — da un'azione coordinata di tutte le autorità coinvolte, a livelli e con compiti diversi, nel complessivo governo del territorio⁴⁴.

Si delinea, pertanto, la necessità di acquisire nuovi criteri gnoseologici e metodologici per pervenire ad una corretta interpretazione dei cambiamenti della funzione pubblica di cui il procedimento e la relativa decisione amministrativa, attraverso la partecipazione, devono farsi carico.

⁴³ L. FERRARA-F. ROTA, *I cittadini attivi come fattore di resilienza dei territori*, in www.labsus.org/2015/05.

⁴⁴ P. CHIRULLI, *Urbanistica e interessi differenziati: dalle tutele parallele alla pianificazione integrata*, cit.

WALTER GIULIETTI

I PRINCIPI DI PREVENZIONE E PRECAUZIONE NELLA MATERIA AMBIENTALE

SOMMARIO: 1. I principi di precauzione e prevenzione nella legislazione ambientale. – 2. La prevenzione nella disciplina europea sul danno ambientale. – 3. Le criticità della disciplina nazionale di recepimento della direttiva 2004/35CE.

1. I principi di precauzione e prevenzione nella legislazione ambientale

Analizzare le nozioni di precauzione e prevenzione in materia ambientale significa andare all'origine dello stesso diritto dell'ambiente, la cui struttura sistematica è retta da principi ordinatori¹ tra loro interrelati e venutisi ad affermare nel diritto internazionale ed europeo². Al riguardo, l'art. 191 TFUE richiama, iscrivendoli nella cornice della nozione di sostenibilità ambientale, "precauzione", "prevenzione", "correzione in via prioritaria alla fonte dei danni causati all'ambiente" e "chi inquina paga"³. Il quadro assiologico che ne deriva si pone alla base della politica

¹ M. RENNA, *I principi in materia di tutela dell'ambiente*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2012, 77 ss.; R. FERRARA, *La protezione dell'ambiente e il procedimento amministrativo nella "società del rischio"*, in *Dir. e soc.*, 2006, 508 ss.; ID., *I principi comunitari della tutela dell'ambiente*, in *Dir. amm.*, 2005, 540.

² In questa prospettiva si pone anche la previsione dell'art 3 *bis* d.lgs. 152 del 2006 in base alla quale i principi previsti dalla parte prima del c.d. codice dell'ambiente – in particolare quelli di precauzione, prevenzione, riduzione del danno alla fonte, chi inquina paga – costituiscono «regole generali della materia ambientale nell'adozione degli atti normativi, di indirizzo e di coordinamento e nell'emanazione dei provvedimenti di natura contingibile ed urgente».

³ F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della salute della specie umana*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010; ID., *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Cittadinanza e diritti delle generazioni future*, A. Astone, F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta (a cura di), Atti del Convegno di Copanello, 3-4 luglio 2009, Catanzaro, 2010, 21 ss. L'Autore osserva, in particolare, che il principio della sostenibilità, superando l'ambito ambientale in cui si è affermato, ma in cui rischia di «rimanere imbrigliato», è suscettibile di essere elevato a canone supremo in grado di condizionare le scelte pubbliche strategiche. In questa prospettiva, analogamente al fenomeno della trasformazione «del diritto dell'ambiente in diritto dello sviluppo sostenibile», si assisterebbe al passaggio dal concetto di sviluppo sostenibile al paradigma dei doveri verso le generazioni future, pur sempre in un quadro

ambientale europea nella prospettiva di integrazione delineata dall'art. 11 TFUE, secondo cui le esigenze di tutela ambientale devono essere considerate nella definizione e nell'attuazione delle altre politiche e azioni dell'Unione.

I principi di precauzione e di prevenzione presentano, in particolare, una comune dinamica in senso giuridico, in quanto entrambi impongono l'anticipazione della rilevanza dei fenomeni da cui origina una possibile lesione dell'interesse protetto e la conseguente reazione ordinamentale.

Sulla base di tale radice comune il principio di prevenzione e quello di precauzione si differenziano in relazione ai presupposti concernenti la diversa consapevolezza e conoscibilità dei fattori di compromissione: in termini obiettivi e prevedibili nel caso della prevenzione, in termini ipotetici, ma pur sempre scientificamente fondati, per quanto riguarda la precauzione.

Più specificamente, il principio di prevenzione impone la previsione e l'applicazione di regole di condotta volte ad evitare che si produca un danno irreversibile a causa di azioni o fatti che è prevedibile vadano a compromettere un bene protetto, determinandone una lesione che può essere anticipatamente apprezzata e quindi valutata⁴. Può, infatti, non essere considerato sufficiente fronteggiare la lesione di interessi attraverso rimedi civilistici di tipo riparatorio, ma piuttosto porre in essere azioni preventive per evitarla. Ciò, sulla base della considerazione che in una società di massa «evitare di danneggiare gli altri è qualcosa che molto spesso trascende le capacità (...) del singolo individuo, per quanto diligente», laddove «lasciare che un danno si verifichi, e quindi riparare le conseguenze tramite un'azione legale e la definizione della correlativa controversia, è un modo rozzo e dispendioso di correggere quel che potrebbe essere prevenuto»⁵. L'esigenza di assicurare la prevenzione è tra-

di responsabilità e di solidarietà che conferma quanto sia illusoria l'idea del diritto soggettivo» [48]. V. PARISIO, *Protezione dell'ambiente, sviluppo sostenibile e controllo giurisdizionale*, in *Riv. giur. urb.*, 2006, 536. L'art. 3 *quater* del d.lgs. 152 del 2006 impone al c. 2 che «Anche l'attività della pubblica amministrazione deve essere finalizzata a consentire la migliore attuazione possibile del principio dello sviluppo sostenibile, per cui nell'ambito della scelta comparativa di interessi pubblici e privati connotata da discrezionalità gli interessi alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale devono essere oggetto di prioritaria considerazione».

⁴ G. CORSO, *La valutazione del rischio ambientale*, in *Diritto dell'Ambiente*, G. Rossi (a cura di), Giappichelli, Torino, 2008, 161 ss.

⁵ J. DICKINSON, *Administrative Justice and the Supremacy of Law in the United States*, University Press, Harvard, 1927, 12.

dizionalmente affidata al sistema di tutela degli interessi mediante il diritto amministrativo attraverso l'autoritatività del potere conferito per la loro protezione⁶.

Nella prospettiva pubblicistica la protezione può essere, infatti, perseguita, o in senso "pieno" attraverso l'imposizione da parte dell'ordinamento di divieti assoluti volti ad impedire una determinata attività pericolosa dalla quale può derivare una lesione o un rischio di lesione, ovvero, in una prospettiva di bilanciamento⁷, sulla base della fissazione di livelli di tollerabilità, mediante la previsione di divieti relativi, correlati a sistemi di controllo preventivo sullo svolgimento dell'attività privata⁸. Ciò implica la valutazione di compatibilità e la gestione del rischio⁹ che avviene principalmente, anche se non in via esclusiva, attraverso i regimi autorizzatori¹⁰. Così, anche sulla scorta del diritto europeo¹¹, sono stati

⁶ Il carattere generalmente costitutivo derivante dall'esercizio del potere corrisponde alla sua principale caratteristica, ovvero l'autoritatività, che consiste nella sua idoneità a modificare, estinguere o costituire situazioni giuridiche soggettive di terzi a prescindere dal consenso di questi. Vds. F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, 33 ss.

⁷ P. DELL'ANNO, *Prevenzione dall'inquinamento ambientale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1986, 206 ss., che distingue la *prevenzione in senso negativo* diretta a porre misure per impedire o evitare gli effetti lesivi su beni giuridicamente protetti ed in senso positivo consistente in misure dirette a limitare e contenere il verificarsi di effetti lesivi.

⁸ A. CROSETTI, *I controlli ambientali: natura funzioni e rilevanza*, in *Riv. giur. amb.*, 2007, 946.

⁹ In tema, A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Giuffrè, Milano, 2006, 211 ss.

¹⁰ Il regime autorizzatorio consente un controllo preventivo all'avvio delle attività private da parte dell'autorità, secondo lo schema per cui presupposto dell'autorizzazione è un potere di un privato, inteso come «manifestazione materiale (fisica, economica, ecc.) dell'attività di un soggetto», che diviene oggetto di una connotazione giuridica da parte di una norma, che ha l'effetto di «determinare» giuridicamente il potere medesimo «nel senso che viene isolato e determinato come un potere a sé stante». Detta connotazione, senza alterare la natura del potere privato, incide sulla sua «amministrazione», che non è rimessa al soggetto che la deterrebbe secondo le norme comuni, ma al provvedimento amministrativo. Ciò, con la finalità di subordinare la realizzazione degli interessi privati all'interesse pubblico, nell'ambito del principio di legalità. Così, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, II, 1988, 1044 ss. L'autorizzazione amministrativa è, in questo senso, «un atto amministrativo che aderisce a una preesistente posizione altrui di diritto soggettivo, integrando in tal modo la fattispecie complessa cui l'ordinamento collega la possibilità che alcuni poteri o facoltà propri di quel diritto vengano esercitati (ciò vale ad escludere che volontà autorizzante e volontà autorizzatoria possano esser considerate come componenti di un unico atto: la volontà autorizzante è soltanto un necessario presupposto di legittimità dell'atto del soggetto autorizzato)». Così, A.M. SANDULLI, *Nozioni in tema di provvedimenti autorizzativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 795.

¹¹ M. RENNA, *I principi in materia di tutela dell'ambiente*, cit., 77.

previsti, ad esempio, specifici istituti a carattere preventivo in riferimento alla realizzazione di opere ed impianti (VIA), alla definizione di piani e programmi incidenti su matrici ambientali (VAS), nonché su attività produttive ad elevato impatto ambientale (AIA).

Al di fuori dei suddetti procedimenti per la valutazione ambientale di attività umane complesse e particolarmente rilevanti sul piano dell'incidenza ambientale, sono specificamente diretti ad attuare il principio di prevenzione ambientale i c.d. interventi di *command and control*, mediante i quali l'autorità amministrativa, oltre a svolgere una funzione di controllo sull'attività privata, provvede alla previa fissazione di parametri di tollerabilità per lo svolgimento di attività o processi produttivi considerati pericolosi per una o più risorse ambientali (acqua, suolo, aria, specie animali, ecc.) in relazione ad un territorio. In questi casi, l'intervento pubblico si svolge in fasi successive: *ex ante*, subordinando l'esercizio delle attività private al rispetto di requisiti di tollerabilità ambientali predeterminati attraverso atti generali (fissazione degli *standard*), eventualmente anche condizionandone il concreto avvio al rilascio di un atto di consenso corredato di prescrizioni specifiche; *ex post*, mediante il monitoraggio e la sanzione delle condotte illecite e assunte in violazione dei limiti dei titoli di legittimazione. Il tutto è, inoltre, sottoposto al principio della revisione periodica, sia dei parametri, sia degli accertamenti sui singoli operatori che più in generale caratterizza la peculiarità del regime dei titoli abilitativi in materia ambientale¹².

Analogamente a quanto descritto, sia con riguardo alla dinamica di protezione anticipata degli interessi, sia per gli strumenti giuridici utilizzati, vale per il principio di precauzione. Quest'ultimo mira a rendere operativi i sistemi giuridici di tutela qualora, pur mancando l'evidenza scientifica di una lesione, si sia in presenza di fondati sospetti. Ne deriva che agire precauzionalmente significa anticipare la soglia di rilevanza, ai fini dell'attivarsi di una reazione giuridica, alle situazioni in cui le conoscenze scientifiche individuano un rischio, senza tuttavia offrire certezze sull'effettiva portata lesiva, ovvero sulla misura e sulla tollerabilità della lesione.

La precauzione, ai sensi dell'art. 191 TFUE, costituisce aspetto essenziale e presupposto stesso della politica ambientale europea ed in particolare della sua attuazione tendente ad "un elevato livello di tutela", che ne caratterizza, in termini di intensità, la protezione dell'interesse. La Comunicazione della Commissione europea adottata il 2 febbraio

¹² W. GIULIETTI, *Danno ambientale e azione amministrativa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, 18.

2000, chiarisce, sul punto, che il principio trova applicazione «in tutti i casi in cui una preliminare valutazione scientifica obiettiva indica che vi siano ragionevoli motivi di temere che i possibili effetti nocivi sull'ambiente e sulla salute degli esseri umani, degli animali e delle piante possano essere incompatibili con l'elevato livello di protezione prescelto dalla Comunità».

L'incertezza può riguardare, con diverso impatto sulla ragionevolezza e proporzionalità delle misure adottate, sia la determinazione dell'entità di un rischio, comunque pacificamente riconosciuto sussistere in sede scientifica ancorché non determinato, sia il riconoscimento non unanime da parte della comunità scientifica del carattere lesivo (incertezza scientifica). La giurisprudenza ha confermato al riguardo che la finalità del principio di precauzione è quella di «assicurare, in modo trasversale, la tutela di beni e di interessi primari, e tra questi certamente rientrano la tutela della salute umana e dell'ambiente, quando essi siano minacciati non solamente da pericoli concreti, ma anche da rischi difficilmente ponderabili»¹³. Il risultato è che, «in applicazione di detto principio, sia vietato ciò che, sulla scorta di tale valutazione, risulti potenzialmente pericoloso, in misura non compatibile con i prestabiliti livelli di tutela e non altrimenti riducibile, e sia invece consentito il resto, sia pure con l'eventuale adozione di misure di riduzione del rischio»¹⁴.

Il principio di precauzione si atteggia in definitiva a criterio direttivo¹⁵, imponendo l'adozione di azioni che tendano, con diverso grado di intensità – in base ad una valutazione che assume carattere politico –, alla riduzione significativa, ovvero all'azzeramento del rischio, ancorché potenziale. La prassi applicativa e soprattutto le controversie che su di essa sono sorte mostrano, al riguardo, le difficoltà e la complessità del controllo giurisdizionale. Il principio è, infatti, suscettibile di essere inteso in maniera tanto radicale da escludere «qualunque intervento che, in astratto, possa presentare un rischio per l'interesse di volta in volta tutelato», secondo un'esegesi definita «paralizzante» che tuttavia «non si impone come l'unica interpretazione possibile (e nemmeno come la più convincente) del principio in parola»¹⁶. In una prospettiva più equilibra-

¹³ C.G.A., sez. giur., 3 settembre 2015, n. 581.

¹⁴ C.G.A., sez. giur., 3 settembre 2015, n. 581. F. DE LEONARDIS, *Principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Giuffrè, Milano, 2005, 123 ss.

¹⁵ Corte cost. 3 novembre 2005, n. 406 in cui si definisce il principio di precauzione è un «criterio direttivo che deve ispirare l'elaborazione, la definizione e l'attuazione delle politiche ambientali della Comunità Europea sulla base di dati scientifici (...) circa gli effetti che possono essere prodotti da una determinata attività».

¹⁶ C.G.A., sez. giur., 3 settembre 2015, n. 581.

ta ed anche più coerente con il principio ordinatore dello sviluppo sostenibile, la precauzione non imporrebbe un generalizzato precetto diretto all'astensione in presenza di rischio potenziale, quanto un «criterio metodologico per organizzare il procedimento decisionale negli ambiti caratterizzati da incertezza scientifica, senza per questo impedire qualunque forma di bilanciamento tra i costi e i benefici legati ad ogni singola scelta»¹⁷.

Al di fuori di un fondamento scientifico, pur nei termini sopra indicati, non può parlarsi propriamente di applicazione del principio di precauzione¹⁸. Ciò vale, ad esempio, per il c.d. «rischio percepito», la cui potenzialità lesiva non trova riscontro ed argomentazione nemmeno in posizioni minoritarie della comunità scientifica¹⁹ e per il quale eventuali misure restrittive – ove adottate – debbono legittimarsi su diverse basi dal ricorso al principio di precauzione inteso in senso proprio²⁰. Tali scelte, aventi carattere meramente politico e assunte soprattutto in sede legislativa, ove ammissibili in quanto in qualche modo riconducibili alla protezione di interessi di rilievo costituzionale, sono comunque soggette al principio di ragionevolezza a fronte dell'imposizione di sacrifici a determinati interessi²¹.

¹⁷ C.G.A., sez. giur., 3 settembre 2015, n. 581, ove si evidenzia che il principio di precauzione «non è espressamente definito dal TFUE, e siffatta omessa definizione non è affatto causale, giacché detto principio, più di altri, si presta ad essere declinato in modi differenti, in quanto la sua applicazione nei casi concreti è sempre condizionata, per un verso, dal livello di protezione che si intende garantire (l'individuazione di siffatto livello è, soprattutto, oggetto di una scelta di carattere politico) e, per altro verso, dal tipo e dalla misura degli approfondimenti scientifici disponibili».

¹⁸ Ciò trova riscontro nella Comunicazione della Commissione CE del 2 febbraio 2000, in cui si evidenzia che gli interventi precauzionali si giustificano sulla base di una situazione di incertezza scientifica. Così, *a contrario*, «la mancanza di prove scientifiche dell'esistenza di un rapporto causa/effetto, un rapporto quantificabile dose/risposta o una valutazione quantitativa della probabilità del verificarsi di effetti negativi causati dall'esposizione non dovrebbero essere utilizzati per giustificare l'inazione. Anche se il parere scientifico è fatto proprio solo da una frazione minoritaria della comunità scientifica, se ne dovrà tenere debito conto, purché la credibilità e la reputazione di tale frazione siano riconosciute». In tema, G. MANFREDI, *Cambiamenti climatici e principio di precauzione*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2011, 32 ss.

¹⁹ A. BARONE, *Il diritto del rischio*, cit., 78.

²⁰ F. DE LEONARDIS, *Principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, cit., 69 ss.

²¹ Si dovrebbe così distinguere il principio di precauzione in senso proprio, per il quale la politicità attiene solamente alle scelte sull'accettabilità della soglia di rischio comunque ritenuto scientificamente plausibile, dai casi di uso improprio del concetto di precauzione. In questi casi la politicità è assorbente, sia i presupposti – che quindi sono

Un regime di tutela propriamente ispirato al principio di precauzione richiede pertanto secondo la sopra citata giurisprudenza «l'acquisizione preventiva di una conoscenza accurata dei rischi connessi all'esercizio di determinate attività; conseguentemente, la ragionevolezza delle decisioni giuridiche dipende dall'attendibilità dei riscontri scientifici su cui esse si basano»²².

2. La prevenzione nella disciplina europea sul danno ambientale

I principi di precauzione e prevenzione in materia ambientale non trovano attuazione solamente attraverso gli strumenti di controllo preventivo delle attività private, ma anche attraverso la predisposizione di meccanismi giuridici di responsabilità ambientale. Un regime di protezione ambientale effettivo ed efficace, oltre a specifici strumenti di prevenzione, richiede, infatti, una responsabilità giuridica²³. Quest'ultimo, tuttavia, per essere realmente efficace deve poter essere attivato, non solo a seguito del deterioramento, ma anche della semplice minaccia di lesione. Ciò presuppone, a sua volta, un riconoscimento della protezione giuridica dell'interesse che non abbia esclusivamente una finalità riparatrice – e quindi preventiva in termini di sola deterrenza –, ma che sia anticipata al rischio di danno, valutabile o anche ipotetico, purché scientificamente plausibile.

Una responsabilità ambientale così configurata non costituisce semplicemente attuazione del principio del “chi inquina paga”²⁴, ma si pone come paradigma generale del sistema di protezione ambientale²⁵, com-

extra-scientifici e possono tuttavia trovare fondamento in un convincimento collettivo diffuso -, sia le misure dell'azione. L'ammissibilità è tuttavia legata ai limiti posti dal sistema costituzionale e della disciplina europea nell'ambito del quale sono esercitate le prerogative del potere politico legittimato democraticamente.

²² A questo riguardo si evidenzia che le misure adottate in base al principio devono essere adeguate e proporzionali rispetto al livello di rischio accettato; non devono essere discriminatorie o irragionevoli; valutate alla luce dell'analisi costi-benefici, comprensiva dell'opzione zero; soggette a revisione in ragione dei progressi della scienza.

²³ I limiti dell'intervento secondo il modello del *command and control* sono evidenziati da M. CAFAGNO, *Strumenti di mercato a tutela dell'ambiente*, in *Diritto dell'Ambiente*, G. Rossi (a cura di), Giappichelli, Torino, 2011, 182 ss.

²⁴ Cons. Stato, sez. VI, 10 settembre 2015, n. 4225, in cui si afferma che al principio “chi inquina paga” deve essere riconosciuta valenza inderogabile di normativa di ordine pubblico, in quanto tale insuscettibile di deroghe di carattere pattizio.

²⁵ Nel primo considerando della direttiva 2004/35CE, si dà atto che nella Comunità esistono attualmente molti siti contaminati, che comportano rischi significativi per la sa-

prendendo tutti i quattro principi ordinatori del diritto ambientale. Il modello risultante cessa di essere meramente riparatorio, volto all'internalizzazione economica dei costi ambientali, assumendo invero i caratteri di azione volta ad evitare la produzione del danno o comunque minimizzarne gli effetti. Ciò vale ad impedire che il costo del successivo intervento di ripristino assuma dimensioni vieppiù crescenti, ovvero che lo stato di contaminazione renda tecnicamente gravoso - o addirittura impossibile - il ripristino ambientale dei beni compromessi, oltretutto con possibili collaterali effetti pregiudizievoli per la salute umana²⁶ e per l'ambiente.

La disciplina europea sul danno ambientale dettata dalla direttiva 2004/35CE impone in materia l'effettiva integrazione dei principi di cui all'art. 191 TFUE, rendendo autonoma la finalità preventiva soprattutto laddove, superando il paradigma della responsabilità aquiliana²⁷, sposta l'attenzione dall'interesse al danno²⁸.

lute, e negli ultimi decenni vi è stata una forte accelerazione della perdita di biodiversità e che la prevenzione e la riparazione, nella misura del possibile, del danno ambientale contribuisce a realizzare gli obiettivi ed i principi della politica ambientale comunitaria, stabiliti nel Trattato.

²⁶ W. GIULIETTI, *Danno ambientale e azione amministrativa*, cit., 96.

²⁷ Nel caso dell'ambiente, ancorché sussista una pluralità di interessi coinvolti (individuali e collettivi), il regime di responsabilità finisce per convergere verso un'unica esigenza riparatoria o risarcitoria e tale omogeneità di interessi consacrerrebbe il bene "ambiente" come bene oggettivo, svincolato dal riferimento ad alcuna situazione giuridica soggettiva. È la condivisibile prospettiva di L. FRANCIOSI, *Danni ambientali e tutela civile*, Jovene, Napoli, 1990, 67 ss., secondo la quale, superando il paradigma dello schema aquiliano per cui viene di norma in rilievo non il bene in sé, ma la situazione della persona rispetto al bene – citando in questo senso F. CARNELUTTI, *Il danno ed il reato*, Cedam, Padova, 1926, 14 – occorre spostare l'attenzione dall'interesse al danno.

²⁸ La protezione è, infatti, diretta a beni inappropriabili, come quelli ambientali, che si caratterizza per l'oggettivizzazione della tutela, nonché per la definizione normativa delle soglie e dei criteri di protezione giuridica. È constatazione ovvia che limitate disconomie esterne dovranno essere sempre consentite in conseguenza del fatto che raramente un'attività produttiva reca benefici solamente a chi la esercita, diversamente non può essere tollerata l'appropriazione delle risorse collettive che non ha giustificazione per i danneggiati, siano essi singoli terzi o la collettività nel suo insieme U. MATTEI, *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria. Contributo alla teoria dei diritti sui beni*, Giuffrè, Milano, 1987, in part. 11; ID., *I modelli nella tutela dell'ambiente*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, 389 ss. Si osserva che «poiché l'interazione dell'uomo con l'ambiente implica di necessità che questo ne sia modificato, occorre distinguere tra modificazioni consentite e modificazioni vietate» [...] sembrando evidente che la «soluzione dei problemi di questo tipo non possa essere rimessa alle valutazioni decentrate dei singoli giudici», ma sia opportuna una limitazione a monte della «valutazione discrezionale del giudice». P. TRIMARCHI, *Per una riforma della responsabilità civile per danno all'ambiente*, in *Per una riforma della respon-*

La disciplina europea muove, infatti, dalla duplice constatazione, emersa in sede di attuazione delle politiche ambientali, dell'insufficienza degli strumenti preventivi ad escludere e controllare pienamente la compromissione e la perdita di valori ambientali, nonché dell'insufficienza dei regimi di responsabilità ambientale fondati esclusivamente su istituti civilistici²⁹.

Il cardine della direttiva 2004/35CE, recante norme di principio in materia di tutela nei confronti del danno ambientale, è pertanto la definizione di un sistema di intervento a forte impatto preventivo rispetto ad un "danno ambientale imminente", suscettibile in ogni caso di consentire un efficace intervento ripristinatorio anche nei confronti del danno già verificato. L'anticipazione del momento dell'intervento alla prevenzione del probabile accadimento dannoso risponde alle esigenze di tutela, intervenendo tempestivamente sull'interruzione del nesso eziologico allo scopo di ridurre il rischio di conseguenze irreparabili in termini di compromissione delle risorse ambientali e, comunque, di costi ulteriori per l'operatore e per la collettività.

Dall'esigenza di prevenire o di minimizzare la portata del danno ambientale consegue la scelta di fondare il sistema di tutela su due capisaldi tra loro correlati: da un lato, il ruolo preminente dell'operatore che svol-

sabilità civile per danno all'ambiente, P. Trimarchi (a cura di), Giuffrè, Milano, 1994, 237 ss. In questa prospettiva, non può che essere l'ordinamento a distinguere l'uso lecito delle risorse dal danno ambientale, ovvero l'inquinamento lecito dall'inquinamento illecito, dettando al riguardo delle soglie di tollerabilità per le alterazioni ambientali, differenziate a seconda delle risorse o degli agenti inquinanti. Possono cioè essere fonte di responsabilità e dar luogo a risarcimento «soltanto quei comportamenti che siano in contrasto con le misure di regolamentazione imposte e che comunque rispondono ad un comportamento colpevole dell'operatore». Si riconosce, così, «una compromissione ecologica lecita data dall'attività di trasformazione industriale dell'ambiente che non supera gli *standards* legali». Così, Cons. Stato, sez. V, 16 giugno 2009, n. 3885.

²⁹ I rimedi civilistici si sono rivelati non in grado di assicurare gli obiettivi di protezione ambientale, né sul piano della prevenzione del danno e della sua riduzione alla fonte e neppure della sua effettiva riparazione. In questo senso, al 13° considerando della direttiva si osserva che «a non tutte le forme di danno ambientale può essere posto rimedio attraverso la responsabilità civile. Affinché quest'ultima sia efficace è necessario che vi siano uno o più inquinatori individuabili, il danno dovrebbe essere concreto e quantificabile e si dovrebbero accertare nessi causali tra il danno e gli inquinatori individuati. La responsabilità civile non è quindi uno strumento adatto per trattare l'inquinamento a carattere diffuso e generale nei casi in cui sia impossibile collegare gli effetti ambientali negativi a atti o omissioni di taluni singoli soggetti», mentre al successivo considerando è esclusa l'applicazione della direttiva «ai casi di lesioni personali, al danno alla proprietà privata o alle perdite economiche», specificando, tuttavia, che la direttiva medesima non pregiudica qualsiasi diritto concernente questi tipi di danni.

ge in forma professionale attività suscettibili di compromettere l'ambiente, reso destinatario di obblighi di informazione e di intervento anche in via preventiva; dall'altro l'amministrativizzazione della tutela, mediante l'attribuzione all'autorità pubblica di poteri conformativi³⁰.

Sull'operatore sono fatti gravare obblighi primari di intervento diretti alla messa in sicurezza o al ripristino, nonché obblighi informativi rispetto all'autorità. La Corte di Giustizia ha sottolineato la centralità di questo ruolo, affermando che nella direttiva 2004/35CE, «spetta in linea di principio all'operatore che sia all'origine del danno ambientale prendere l'iniziativa di proporre misure di riparazione che egli reputi adeguate alla situazione (...). Del pari, è a tale operatore che l'autorità competente può imporre di adottare le misure necessarie»³¹.

L'autorità ha, invece, «il compito di vigilare sull'esistenza di minacce, sul verificarsi di danni e sull'osservanza da parte dei responsabili degli obblighi che ad essi incombono di conseguenza», ma «qualora i soggetti responsabili... non provvedano direttamente agli adempimenti... ovvero non siano individuabili e non provvedano né il proprietario del sito né altri soggetti interessati» gli interventi spettano alla pubblica amministrazione.

Al compito di vigilanza dell'Autorità competente si affiancano inoltre i compiti di intervento diretto della stessa, nonché quelli eventuali di recupero dei costi sostenuti nei confronti del responsabile³². È stato al riguardo osservato che «l'idea di fondo è che di fronte a determinati rischi o pericoli l'ordinamento attribuisce alla pubblica amministrazione un compito di intervento in funzione preventiva ed eventualmente ripristinatoria. Si tratta del compito di garantire una determinata sicurezza ritenuta essenziale per il vivere civile»³³.

³⁰ W. GIULIETTI, *Danno ambientale e azione amministrativa*, cit., 178.

³¹ Corte di Giustizia UE, 4 marzo 2015, causa C-534/13.

³² E. FERRARI, *Le bonifiche dei siti contaminati come attività amministrative di ripristino*, in *Riv. giur. ed.*, 2015, 198 ss. evidenzia che «Nella disciplina attualmente vigente abbiamo la nascita di due serie di obblighi. Una prima serie di obblighi impone agli operatori di dispiegare a proprie spese determinate iniziative quando esista una "minaccia imminente" (art. 304) oppure si verifichi "un danno ambientale" (art. 305, nonché art. 242 per i siti contaminati). Una seconda serie di obblighi grava invece sulla pubblica amministrazione.

³³ E. FERRARI, *Le bonifiche dei siti contaminati*, cit., 198 ss. L'Autore osserva che «Nella sua formula più generale e più risalente si parla al proposito soprattutto di sicurezza pubblica, ma nel corso del tempo essa è venuta specificandosi in una serie veramente ampia di figure: la sicurezza urbana, la sicurezza del lavoro, la sicurezza stradale, la sicurezza del territorio, la sicurezza alimentare e naturalmente appunto anche la sicurezza ambientale. E questo elenco potrebbe velocemente allungarsi. In questo processo

L'autorità competente – o anche più autorità competenti –, che ai sensi dell'art. 11, deve essere individuata dagli Stati membri «ai fini dell'esecuzione dei compiti previsti dalla presente direttiva»³⁴, si pone quindi come il «garante ed il guardiano» delle risorse naturali³⁵, determinandone l'ascrivibilità ad una «funzione di polizia» a tutela dell'interesse all'integrità ambientale che si caratterizza per la compresenza di aspetti risarcitori, ispirati alla responsabilità civile per quanto riguarda l'imputazione degli interventi o dei loro costi, e di aspetti autoritativi di tipo ingiuntivo o conformativo più strettamente legati ad un *public enforcement* preventivo e ripristinatorio³⁶.

Tale funzione attribuita all'autorità non consiste semplicemente nella ricerca del responsabile del danno ai fini dell'imputazione puntuale della responsabilità e nell'irrogazione di una condanna ad un *facere*, ma si dipana in un rapporto che intercorre tra l'amministrazione e l'operatore al verificarsi di un evento di danno effettivo o potenziale. L'art. 11 della direttiva, al § 2 stabilisce, infatti, che «spetta all'autorità competente individuare l'operatore che ha causato il danno o la minaccia imminente di danno, valutare la gravità del danno e determinare le misure di riparazione da prendere a norma dell'allegato II. A tal fine, l'autorità competente è legittimata a chiedere all'operatore interessato di effettuare la propria valutazione e di fornire tutte le informazioni e i dati necessari».

la stessa idea di sicurezza pubblica ha perso il suo originario carattere generale per circoscrivere sempre più il suo ambito di azione ai problemi dell'ordine pubblico».

³⁴ In questo senso, si veda il *Libro bianco sulla responsabilità per danni all'ambiente*, Bruxelles, 9 febbraio 2000 in cui si afferma che «gli stati membri dovrebbero essere tenuti *in primis* (primo livello) a garantire la riparazione del danno alla biodiversità e la decontaminazione utilizzando le somme dell'indennizzo o del risarcimento pagate dall'autore del danno. È da presumere che i gruppi ambientalisti (che rispondono ai requisiti previsti dalla legislazione nazionale) abbiano interesse all'assunzione di decisioni in materia di ambiente. In generale essi dovrebbero avere il diritto di agire a titolo sussidiario, vale a dire soltanto quando lo Stato non attua alcun intervento o non agisce in maniera adeguata (secondo livello). Ciò vale per i ricorsi amministrativi ed ordinari sottoposti ad un organo giudiziario e per le azioni contro l'autore dell'inquinamento». Vds. B. POZZO, *Verso una responsabilità civile per i danni all'ambiente in Europa*, in *Riv. giur. amb.*, 623 ss.

³⁵ Così, M. PRIEUR, *La responsabilité environnementale en droit communautaire*, in *Rev. eur. droit envir.*, 2004, 129 ss.

³⁶ Si tratta del controllo-vigilanza come funzione di verifica pubblica del rispetto dei doveri imposti da una disciplina nei confronti di soggetti operanti in un determinato settore a tutela degli interessi da essa protetti. Ha lo scopo di verificare il rispetto, da parte dei soggetti ad esso sottoposti, della disciplina onde verificarne l'osservanza a tutela degli interessi da essa protetti. M. NIGRO, *Profili pubblicistici del credito*, Giuffrè, Milano, 1969, 15.

Il descritto riparto di compiti tra autorità e soggetto responsabile è comune, con le necessarie differenziazioni legate al diverso contesto, sia agli interventi preventivi, sia a quelli di ripristino.

Con riguardo agli interventi preventivi l'art. 5, § 1 della direttiva stabilisce che «quando un danno ambientale non si è ancora verificato, ma esiste una minaccia imminente che si verifichi, l'operatore adotta, senza indugio, le misure di prevenzione necessarie». Laddove le misure adottate non siano sufficienti ad evitare il pericolo di danno, è previsto l'obbligo per l'operatore di informare l'autorità competente.

L'autorità competente ai sensi dell'art 5, ha così in qualsiasi momento facoltà di: «a) chiedere all'operatore di fornire informazioni su qualsiasi minaccia imminente di danno ambientale o su casi sospetti di tale minaccia imminente; b) chiedere all'operatore di prendere le misure di prevenzione necessarie; c) dare all'operatore le istruzioni da seguire riguardo alle misure di prevenzione necessarie da adottare; oppure d) adottare essa stessa le misure di prevenzione necessarie».

L'intervento nei confronti del danno ambientale segue, ai sensi del successivo art. 6³⁷, il medesimo schema, con una vigilanza più intensa svolta dall'autorità competente sugli interventi, laddove il conferimento all'autorità pubblica di poteri amministrativi ordinatori e di intervento sostitutivo rispetto al responsabile – pur costituendo aspetto essenziale del modello, soprattutto con riguardo alla sua effettività – attiene alla

³⁷ Ai sensi dell'art. 6 “Azione di riparazione” si prevede che «1. Quando si è verificato un danno ambientale, l'operatore comunica senza indugio all'autorità competente tutti gli aspetti pertinenti della situazione e adotta: a) tutte le iniziative praticabili per controllare, circoscrivere, eliminare o gestire in altro modo, con effetto immediato, gli inquinanti in questione e/o qualsiasi altro fattore di danno, allo scopo di limitare o prevenire ulteriori danni ambientali e effetti nocivi per la salute umana o ulteriori deterioramenti ai servizi e b) le necessarie misure di riparazione conformemente all'articolo 7. 2. L'autorità competente, in qualsiasi momento, ha facoltà di: a) chiedere all'operatore di fornire informazioni supplementari su qualsiasi danno verificatosi; b) adottare, chiedere all'operatore di adottare o dare istruzioni all'operatore circa tutte le iniziative praticabili per controllare, circoscrivere, eliminare o gestire in altro modo, con effetto immediato, gli inquinanti in questione e/o qualsiasi altro fattore di danno, allo scopo di limitare o prevenire ulteriori danni ambientali e effetti nocivi per la salute umana o ulteriori deterioramenti ai servizi; c) chiedere all'operatore di prendere le misure di riparazione necessarie; d) dare all'operatore le istruzioni da seguire riguardo alle misure di riparazione necessarie da adottare; oppure e) adottare essa stessa le misure di riparazione necessarie. 3. L'autorità competente richiede che l'operatore adotti le misure di riparazione. Se l'operatore non si conforma agli obblighi previsti al § 1 o al § 2, lettere b), c) o d), se non può essere individuato o se non è tenuto a sostenere i costi a norma della presente direttiva, l'autorità competente ha facoltà di adottare essa stessa tali misure, qualora non le rimangano altri mezzi».

eventualità in cui l'operatore rimanga inadempiente rispetto ai propri doveri informativi e di intervento.

Sia sul piano della prevenzione, sia su quello della riparazione il ricorso ai predetti poteri autoritativi costituisce *extrema ratio* a fronte di un rapporto che dovrebbe essere essenzialmente collaborativo tra l'autorità e l'operatore, e che dovrebbe risolversi, come chiarisce l'art. 7, nell'approvazione-integrazione delle misure di riparazione elaborate e proposte dall'operatore³⁸, che ne dovrebbe essere anche l'attuatore.

Il ruolo più o meno incisivo dell'amministrazione, con il ricorso alla forza imperativa del provvedimento ingiuntivo, è dunque inversamente proporzionale alla correttezza della condotta del responsabile³⁹.

Al di fuori dell'ipotesi di imputabilità della responsabilità all'operatore, è facoltà dell'autorità competente l'intervento diretto, dal momento che, trovando applicazione il principio della personalità della responsabilità, nulla può pretendersi in capo all'operatore.

Sul punto, la giurisprudenza europea è intervenuta a più riprese a definire la portata della disciplina sul danno ambientale in relazione alla posizione degli operatori privati rispetto agli obblighi *ex lege* previsti, nonché ai presupposti perché l'amministrazione possa adottare nei loro confronti provvedimenti conformativi. Con sentenza del 4 marzo 2015, resa nella causa C-534/13, la Corte di Giustizia ha confermato il proprio orientamento⁴⁰, affermando che la direttiva 2004/35CE deve essere interpretata nel senso che nell'ipotesi in cui sia impossibile individuare il responsabile della contaminazione di un sito o ottenere da quest'ultimo le misure di riparazione, non è consentito all'autorità competente imporre l'esecuzione delle misure di prevenzione e di riparazione al propieta-

³⁸ Così, l'art. 7 della Direttiva 2004/35CE "Determinazione delle misure di riparazione" ove si prevede che «1. Conformemente all'allegato II, gli operatori individuano le possibili misure di riparazione e le presentano per approvazione all'autorità competente, a meno che questa non abbia intrapreso un'azione a norma dell'articolo 6, § 2, lettera e), e § 3. 2. L'autorità competente decide quali misure di riparazione attuare conformemente all'allegato II e, se necessario, in cooperazione con l'operatore interessato [...]».

³⁹ Tale ruolo si può estrinsecare nella mera approvazione o eventuale integrazione/correzione del progetto del privato, ovvero nell'accertamento del responsabile al fine di impartire l'ordine di provvedere al ripristino o alla prevenzione, oppure, infine, nella sostituzione, in danno, nell'esecuzione degli interventi stessi. W. GIULIETTI, *Danno ambientale e azione amministrativa*, cit., 103.

⁴⁰ Corte di Giustizia UE, 9 marzo 2010, C- 378/08. Fondamentale è l'articolo 8, § 3 della direttiva, stabilendo che «non sono a carico dell'operatore i costi delle azioni di prevenzione o di riparazione adottate conformemente alla presente direttiva se egli può provare che il danno ambientale o la minaccia imminente di tale danno: a) è stato causato da un terzo, e si è verificato nonostante l'esistenza di opportune misure di sicurezza».

rio di tale sito non responsabile della contaminazione. Quest'ultimo potrà essere invece destinatario della «richiesta di rimborso delle spese relative agli interventi effettuati dall'autorità competente nel limite del valore di mercato del sito, determinato dopo l'esecuzione di tali interventi»⁴¹.

Peraltro, la giurisprudenza nazionale ha chiarito che la direttiva 2004/35CE «non opera alcuna distinzione, per quanto riguarda la necessaria sussistenza del nesso eziologico in punto di causazione del danno, fra: a) le misure di prevenzione e b) le misure di riparazione di cui all'articolo 2, punti 10 e 11. Al contrario, in entrambi i casi l'insussistenza di un nesso eziologico fra la condotta dell'operatore e l'evento dannoso (in definitiva: il fatto che l'operatore non abbia cagionato l'evento di inquinamento) vale ad escludere qualunque conseguenza a suo carico, sia per ciò che riguarda le misure di prevenzione, sia per quanto riguarda le misure di riparazione in senso proprio»⁴².

3. Le criticità della disciplina nazionale di recepimento della direttiva 2004/35 CE

Le scelte operate dalla disciplina nazionale in sede di recepimento sono suscettibili di rilievi critici, soprattutto avendo in considerazione le finalità della direttiva sotto il profilo della prevenzione e dell'intervento precoce nei confronti del danno ambientale.

È evidente come il legislatore nazionale abbia mostrato di voler conferire maggior ampiezza all'ambito applicativo della disciplina, anche attraverso una definizione più estesa dei soggetti destinatari e delle ipotesi di danno rispetto a quanto previsto dalla direttiva, nonché l'operatività del sistema di protezione anche sulla base del principio di precauzione⁴³.

⁴¹ Corte di Giustizia UE, 4 marzo 2015, causa C-534/13.

⁴² Cons. Stato, sez. VI, 5 ottobre 2016, n. 4099 e già prima Cons. Stato, sez. VI, 10 settembre 2015, n. 4225. Da ultimo, Cons. Stato, sez. VI, 17 maggio 2018, n. 2991 secondo cui il «principio sovranazionale 'chi inquina paga', giammai può essere posto direttamente a carico di chi non è l'autore di un inquinamento (e che non si offra spontaneamente per anticiparne i costi di contenimento ed eliminazione) il costo di interventi, anche solo emergenziali, volti ad impedire l'aggravamento e, anzi, a favorire la regressione di uno stato di inquinamento. Successivamente alla detta pronuncia della CGUE, l'orientamento giurisprudenziale nazionale risulta ancora più consapevole e determinato, in tema (C.d.S., VI, nn. 3544/2015, 4647/2016, 6138/2017, 502/2018)».

⁴³ In coerenza con la facoltà di introdurre in sede di recepimento norme dirette a conseguire un livello di tutela più elevato, come previsto all'art. 16 della direttiva, ove si

L'art. 301 cod. amb. dispone, al riguardo, che, in caso di pericoli anche solo potenziali per la salute umana e per l'ambiente, individuati a seguito di una preliminare valutazione scientifica obiettiva, l'operatore interessato «deve informarne senza indugio, indicando tutti gli aspetti pertinenti alla situazione, il comune, la provincia, la regione o la provincia autonoma nel cui territorio si prospetta l'evento lesivo, nonché il Prefetto della provincia che, nelle ventiquattro ore successive, informa il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio», ai fini di assumere azioni per le quali si rinvia alle azioni in prevenzione⁴⁴.

Tali scelte, tuttavia, non sembrano essere state accompagnate né da una adeguata individuazione degli apparati amministrativi interessati, né da una coerente definizione dei procedimenti e della conseguente tutela in via giudiziaria, né, infine, da un adeguato coordinamento con gli altri strumenti di intervento in materia di emergenza, non soltanto ambientale.

Le suddette difficoltà, come dimostra la scarsa prassi applicativa a quasi quindici anni dall'introduzione della normativa, condizionano fortemente l'effettività del sistema di tutela e con essa il conseguimento degli obiettivi di prevenzione propri della politica ambientale europea.

Per quanto riguarda i beni oggetto di protezione il diritto interno sembra ampliare l'ambito applicativo, prevedendo, oltre alle ipotesi tipizzate dalla direttiva richiamate al c. 2 dell'art. 300, una clausola generale al primo comma del medesimo articolo ove si dispone che «è danno ambientale qualsiasi deterioramento significativo e misurabile, diretto o indiretto, di una risorsa naturale o dell'utilità assicurata da quest'ultima»⁴⁵, salvo poi definire al successivo art. 302 che «per "risorse naturali" si intendono specie e habitat naturali protetti, acqua e terreno».

prevede che «La presente direttiva non preclude agli Stati membri di mantenere o adottare disposizioni più severe in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale, comprese l'individuazione di altre attività da assoggettare agli obblighi di prevenzione e di riparazione previsti dalla presente direttiva e l'individuazione di altri soggetti responsabili».

⁴⁴ Si dispone che «Il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, in applicazione del principio di precauzione, ha facoltà di adottare in qualsiasi momento misure di prevenzione, ai sensi dell'articolo 304, che risultino: a) proporzionali rispetto al livello di protezione che s'intende raggiungere; b) non discriminatorie nella loro applicazione e coerenti con misure analoghe già adottate; c) basate sull'esame dei potenziali vantaggi ed oneri; d) aggiornabili alla luce di nuovi dati scientifici».

⁴⁵ Corte dei conti, sezione giur. Lombardia, 31 luglio 2015 n. 137, secondo cui «Trattasi di una definizione diversa da quella di cui all'art. 2 della direttiva 2004/35CE (...) perché effettuando un generico riferimento alle "risorse naturali" sembra dare ingresso alla tutela civilistica anche a risorse naturali, come per esempio l'atmosfera, escluse dalla definizione di danno ambientale contenuta nella direttiva comunitaria».

Profili di criticità si ponevano anche con riguardo alle condizioni e modalità previste per l'obbligo di ripristino, nonché in relazione alle regole d'imputazione della responsabilità.

Nella versione originaria la disciplina della responsabilità consentiva, seppure in via residuale, una valutazione equitativa del danno ambientale, tenendo conto della "gravità della colpa individuale" e del "profitto conseguito dal trasgressore". L'art. 5-*bis* del d.l. 25 settembre 2009, n. 135, intervenuto a seguito della procedura di infrazione n. 2007/4679 del 31 gennaio 2008 ha riconosciuto centralità, invece, alla funzione ripristinatoria del risarcimento, sancendo il principio in base al quale il responsabile è tenuto "all'effettivo ripristino a sue spese della precedente situazione" (riparazione primaria con ripristino nello stesso sito), in mancanza, all'adozione delle "misure di riparazione complementare e compensativa di cui alla direttiva n. 2004/35CE" (rispettivamente consistenti nel ripristino in altro sito e nell'introduzione di nuove utilità per l'ambiente correlate alle perdite temporanee) e, solo in via residuale, al risarcimento per equivalente monetario a favore dello Stato. L'art. 25 della l. n. 97 del 2013 ha, infine, riallineato ancor più decisamente la disciplina della responsabilità al modello posto dalla direttiva prevedendo all'art. 298 *bis* un doppio regime sul piano dei meccanismi di imputazione.

La vigente disciplina distingue le attività professionali rilevanti sul piano ambientale – ed elencate all'allegato 5 alla parte sesta del decreto – per le quali l'imputazione della responsabilità è di tipo oggettivo, mentre negli altri casi, comprensivi anche dei soggetti che non svolgono attività professionale (chiunque) il regime della responsabilità è per colpa. A seguito dell'intervento normativo in discorso è stata, quindi, resa residuale e di stretta interpretazione la forma di risarcimento per equivalente, mentre è stata opportunamente mantenuta la scelta di estendere la responsabilità oltre la figura dell'operatore considerata dalla direttiva, differenziando tuttavia i relativi regimi di responsabilità⁴⁶.

⁴⁶ Art. 311, c. 2, «Quando si verifica un danno ambientale cagionato dagli operatori le cui attività sono elencate nell'allegato 5 alla presente parte sesta, gli stessi sono obbligati all'adozione delle misure di riparazione di cui all'allegato 3 alla medesima parte sesta secondo i criteri ivi previsti, da effettuare entro il termine congruo di cui all'articolo 314, comma 2, del presente decreto. Ai medesimi obblighi è tenuto chiunque altro cagioni un danno ambientale con dolo o colpa. Solo quando l'adozione delle misure di riparazione anzidette risulti in tutto o in parte omessa, o comunque realizzata in modo incompleto o difforme dai termini e modalità prescritti, il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare determina i costi delle attività necessarie a conseguire la completa e corretta attuazione e agisce nei confronti del soggetto obbligato per ottenere il pagamento delle somme corrispondenti».

Un approfondimento più ampio merita l'individuazione dell'autorità competente.

Se è evidente che gli interventi preventivi costituiscono strumento privilegiato per assicurare concreta attuazione del sistema di protezione⁴⁷, stride con la *ratio* della disciplina l'individuazione sul piano organizzativo del Ministro dell'Ambiente in veste di autorità competente, in quanto il decentramento, fatte salve ipotesi derogatorie nel senso della sussidiarietà connesse alla tipologia del danno, sembrerebbe il criterio più coerente con l'immediatezza degli interventi, nonché quello seguito dalla gran parte degli ordinamenti europei.

In Spagna la *Ley* n. 27 del 2007 attribuisce le competenze amministrative alle *comunidades autónomas*, salvo prevedere competenza statale eccezionale nell'ambito dell'affermazione del principio di collaborazione.

In Francia, pur nel quadro della tradizione dell'accentramento statale, la scelta è stata quella di attribuire i poteri di intervento, di prevenzione e riparazione al *Préfet* del Dipartimento nel quale il danno si verifica⁴⁸. A tale regola fa eccezione la tutela nei confronti del danno che abbia carattere ampio e diffuso e si manifesti contemporaneamente in più dipartimenti. In tal caso, il Primo Ministro nomina un "*préfet coordonnateur*".

Sul tema dell'accentramento della funzione amministrativa d'intervento in capo allo Stato si è pronunciata la Corte costituzionale con la sentenza n. 235 del 2009, affermando che «la scelta di attribuire all'amministrazione statale le funzioni amministrative trova una non implausibile giustificazione nell'esigenza di assicurare che l'esercizio dei compiti di prevenzione e riparazione del danno ambientale risponda a criteri di uniformità e unitarietà, atteso che il livello di tutela ambientale non può variare da zona a zona e considerato anche il carattere diffusivo e transfrontaliero dei problemi ecologici, in ragione del quale gli effetti del danno ambientale sono difficilmente circoscrivibili entro un preciso e limitato ambito territoriale». Così, anche sulla base dell'attribuzione alla legislazione esclusiva statale della competenza in materia di tutela

⁴⁷ A. CROSETTI, *I controlli ambientali*, cit., 946 ss.

⁴⁸ Ai sensi del decreto emanato in forza dell'art. L. 165-2 del *Code de l'environnement*, «La compétence pour mettre en oeuvre la LRE a été confiée au préfet (art. L. 165-2, 2°, c. envir.) de manière exclusive. Ce choix paraît tout à fait opportun puisque le préfet dispose déjà de larges pouvoirs en matière d'environnement et, partant, d'une expérience certaine dans le traitement des pollutions. Ce mécanisme évite également l'écueil d'une multiplicité de demandeurs». In tema, V. RAVIT - O. SUTTERLIN, *Réflexions sur le destin du préjudice écologique «pur»*, in *Revue Dalloz*, 2012, 2675.

dell'ambiente, la Corte con la sentenza n. 126 del 2016 ha ulteriormente riconosciuto l'esigenza di una gestione unitaria, sostenendo che «un intervento di risanamento frazionato e diversificato, su base “micro territoriale”, oltre ad essere incompatibile sul piano teorico con la natura stessa della qualificazione della situazione soggettiva in termini di potere (funzionale), contrasterebbe con l'esigenza di una tutela sistemica del bene; tutela che, al contrario, richiede sempre più una visione e strategie sovranazionali, come posto in evidenza, oltre che dalla disciplina comunitaria, dall'ultima Conferenza internazionale sul clima tenutasi a Parigi nel 2015, secondo quanto previsto dalla Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici».

Occorre criticamente considerare che se la Corte non ha ritenuto illegittima l'allocazione delle funzioni amministrative in capo allo Stato, ciò non significa che la scelta sia opportuna e la più idonea a conseguire gli obiettivi europei di politica ambientale⁴⁹. Come l'esperienza in altri ordinamenti dimostra, l'unitarietà della gestione degli interventi sul danno ambientale non è in contraddizione con una diversificazione su base territoriale delle competenze, purché questa sia razionalmente fondata su natura, estensione e gravità del danno⁵⁰.

Oltre alla problematica in ordine alla opportuna ed efficiente allocazione delle funzioni dell'intervento sul danno ambientale, una questione problematica, inerente gli aspetti organizzativi, consiste nel grado di imparzialità che l'autorità deve garantire nell'esercizio delle funzioni che si caratterizzano per l'elevata specializzazione tecnico-scientifica richiesta e si fondano sul previo accertamento della responsabilità del singolo.

Al riguardo, si pone in stridente contraddizione l'assegnazione delle competenze ad un organo di governo, il Ministro, a fronte della necessità di garantire l'indipendenza dell'autorità competente con soluzioni organizzative innovative. L'assegnazione al Ministro delle funzioni previste dalla Parte VI, non solo non sembra rispondere alle predette esigenze, ma addirittura riduce le garanzie di neutralità ed imparzialità, contrastando il principio imperante di organizzazione amministrativa sancita dal d.lgs. n. 165 del 2001 consistente nella separazione funzionale tra or-

⁴⁹ A fronte della suddetta scarsa coerenza nella scelta del livello amministrativo rispetto al principio di prevenzione, sotto il profilo del maggior rigore nella tutela va sottolineato che la normativa interna esplicita l'applicazione degli strumenti di interventi di protezione anche in relazione a "pericoli anche solo potenziali" e non soltanto al "pericolo imminente" come previsto dalla direttiva.

⁵⁰ Sul decentramento amministrativo in materia ambientale A. ROMANO TASSONE, *Stato, Regione ed enti locali nella tutela dell'ambiente*, in *Dir. amm.*, 1993, II, 107 ss.

gani politici e burocratici. In base ad esso si impone che i poteri di amministrazione attiva e più in generale lo svolgimento dell'attività di gestione siano affidati agli apparati burocratici.

Occorre considerare che un potere di ordinanza *extra ordinem* è effettivamente attribuito al Ministro dell'ambiente ai sensi dell'art. 8 della l. n. 349 del 1986 – e dell'art. 8 della l. n. 59 del 1987 –, ma, in presenza ormai di una disciplina specifica sulla tutela nei confronti del danno ambientale e di una puntuale attribuzione di poteri tipici, non dovrebbe poter essere utilizzato in materia di intervento sul danno ambientale. La spettanza di tali poteri al Ministro *extra ordinem* conferma semmai l'anomalia di conferire poteri tipici, quali quelli della parte VI del Codice dell'ambiente allo stesso organo politico⁵¹.

Occorre d'altro canto evidenziare che in tema di affidamento della competenza decisoria all'organo di governo in materia VIA la Corte costituzionale (sent. n. 81 del 2013) ha riconosciuto la legittimità della previsione nei limiti in cui per l'esercizio di tale potere decisionale si tenga conto, per espressa previsione legislativa, dell'attività istruttoria svolta dai dirigenti.

Ciò, tuttavia, vale per una materia quale quella della VIA in cui, a verifiche di natura tecnica che rientrano nell'attività di gestione in senso stretto e che vengono realizzate nell'ambito della fase istruttoria, possono affiancarsi ed intrecciarsi complesse valutazioni che – nel bilanciare fra loro una pluralità di interessi pubblici quali la tutela dell'ambiente, il governo del territorio e lo sviluppo economico – assumono indubbiamente un particolare rilievo politico. Una tale giustificazione non sembra immediatamente estendibile ai procedimenti diretti all'accertamento della responsabilità ambientale, in cui la neutralità del decisore appare condizione essenziale, sia per l'effettività della tutela dell'interesse pubblico all'integrità ambientale, sia per l'effettività e la pienezza del diritto di difesa del presunto responsabile.

Un dato sembra in definitiva non controvertibile: l'esercizio della funzione amministrativa di intervento sul danno ambientale non può certo essere rimessa alla "mediazione politica", sia per quanto riguarda la determinazione delle misure da imporre e, tanto meno, in relazione all'accertamento della responsabilità. Ciò, trova conferma nel fatto che la medesima funzione di accertamento e condanna alla riparazione del

⁵¹ Sui poteri *extra-ordinem* in materia ambientale vds. R. FERRARA, *Potere di ordinanza fra necessità e legalità: la "storia infinita" delle tutele ambientali extra ordinem*, in *Foro amm.-Tar*, 2007, 2910 ss.

danno ambientale può essere svolta in alternativa all'amministrazione dal giudice ordinario ai sensi dell'art. 311⁵².

Alla luce di queste premesse, oltre a quanto già si è detto in senso critico in ordine alla scelta dell'accentramento statale, appare incongrua l'opzione di attribuire la funzione di intervento sul danno ambientale al Ministero e, in particolare, di assegnarne la competenza all'organo politico (Ministro). In relazione alle funzioni di accertamento contenzioso svolte dall'autorità amministrativa ed al contenuto prevalentemente tecnico delle stesse, il modello dell'agenzia indipendente sembrerebbe di gran lunga preferibile⁵³.

Nella suddetta direzione si pone il "*The Environmental Damage (Prevention and Remediation) (England) Regulations 2009*" (S.I. 2009/153), ora sostituito dal "*The Environmental Damage (Prevention and Remediation) (England) Regulations 2015*" (S.I. 2015/810), individuando diverse autorità che si caratterizzano, nella maggior parte dei casi, per il profilo tecnico-specialistico e per l'indipendenza.

La normativa pone una prima distinzione tra danni che derivano da attività autorizzate e le ipotesi di danno che non rientrano in tale categoria. Con riguardo al primo profilo, la *Regulation 10 "Enforcing authorities under the Environmental Permitting (England and Wales) Regulations 2010"* dispone che, se si tratta di danno derivante da attività autorizzate ai sensi della predetta normativa dall'*Environment Agency* o dalla *Natural Resources Board for Wales*, sia competente all'intervento la stessa Agenzia. Più articolata è la disciplina nel caso in cui sia stata l'autorità locale competente per il rilascio del permesso. In tal caso trova applica-

⁵² All'art. 311 si prevede che «Il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio agisce, anche esercitando l'azione civile in sede penale (...) oppure procede ai sensi delle disposizioni di cui alla parte sesta del presente decreto». La regola della prevalenza dell'azione amministrativa sull'azione in via giudiziale – che ribadisce quella presupposta dell'alternatività – è espressa all'art. 315 cod. amb., disponendo che «il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio che abbia adottato l'ordinanza di cui all'articolo 313 non può né proporre né procedere ulteriormente nel giudizio per il risarcimento del danno ambientale, salva la possibilità dell'intervento in qualità di persona offesa dal reato nel giudizio penale».

⁵³ L'autorità dovrebbe disporre di adeguati mezzi per accertare il nesso di causalità tra l'attività dell'operatore ed il danno ambientale, per valutare i danni e le misure di riparazione proposte, nonché disporre di una indipendenza comparabile a quella di una istituzione giurisdizionale tale da permettergli di far valere gli interessi legati alla protezione dell'ambiente. I. DOUSSAN, *Le droit de la responsabilité civile français à l'épreuve de la «responsabilité environnementale» instaurée par la directive du 21 avril 2004*, in *LPA*, 25 août 2005, n. 165, 11.

zione la *Regulation 10* (3), in cui si distingue sia il tipo di intervento che le risorse ambientali⁵⁴.

Nei casi in cui il danno è causato da un'attività che, invece, non richiede un'autorizzazione ai sensi della predetta disciplina, vale la previsione della successiva *Regulation 11* "*Enforcing authorities in other cases*" ove si utilizza un criterio di riparto che considera il tipo di danno ambientale, associando ad esso la relativa – o le relative – autorità. Il "*Damage to surface water or groundwater*" è affidato alla *Environment Agency*; il "*Damage to marine waters*" alla *Marine Management Organisation* ovvero al *Secretary of State* in ragione del superamento delle 12 miglia nautiche; il "*Damage to land*" alla *Local authority*. Le ipotesi di "*Damage to protected species or natural habitats or a site of special scientific interest*" sono ulteriormente distinte in "*Area of damage*" ed affidate alla *Environment Agency* (in ambiente acquatico, diverso dal mare), alla *Natural England* (in ambiente terrestre), salve ulteriori specifiche competenze per l'ambiente marino del *Secretary of State*. La *Regulation 12*, ulteriormente, detta norme di coordinamento nel caso che il danno coinvolga contemporaneamente più risorse⁵⁵.

Nell'ordinamento francese, sebbene sia stata prospettata – soprattutto in dottrina – la possibilità in sede di recepimento di affidare le compe-

⁵⁴ Regulation 10 «(1) These Regulations are to be enforced in accordance with this regulation if the damage is caused by an activity that requires a permit or registration under the Environmental Permitting (England and Wales) Regulations 2010(a).

(2) If either the Environment Agency or the Natural Resources Board for Wales is responsible for granting the permit, these Regulations are to be enforced by the Environment Agency.

(3) If the local authority is responsible for granting the permit—

(a) Part 2 is to be enforced by the local authority;

(b) Part 3 is to be enforced by—

(i) the local authority, if the damage is to land;

(ii) the Environment Agency, if the damage is to surface water or groundwater;

(iii) the Marine Management Organisation, if the damage is to marine waters, or to a natural habitat or protected species or a site of special scientific interest within those waters, out to 12 nautical miles from the baselines in England;

(iv) the Secretary of State, if the damage is to marine waters beyond 12 nautical miles from the baselines in England or the baselines in Wales; and

(v) Natural England, if the damage is to a natural habitat or a protected species or a site of special scientific interest on land or in surface water or groundwater».

⁵⁵ Regulation 12 «(1) If there is more than one type of environmental damage, so that there is more than one enforcing authority, these Regulations are to be enforced by any or all of the enforcing authorities.

(2) An enforcing authority may appoint any other enforcing authority to act on its behalf.

(3) The Secretary of State may delegate to the Director of Public Prosecutions functions in relation to the prosecution of an offence under these Regulations».

tenze amministrative ad un'autorità indipendente, la scelta finale è stata, come già evidenziato, quella di individuare nel "Préfet" l'autorità competente. In merito si afferma nel *Rapport* n° 348 (2007-2008) de M. J. Bizet "concernant le projet de loi relatif à la responsabilité environnementale"⁵⁶: «Ce choix est cohérent avec le droit existant, dans lequel l'autorité chargée de pouvoirs de police pour les risques environnementaux est principalement le préfet (polices des installations classées et de l'eau)». Per il particolare ruolo che il *Préfet* riveste nella tradizione istituzionale francese, esso appare comunque organo adeguato a garantire l'imparzialità nello svolgimento della funzione.

Va da ultimo considerato che non sembrano adeguatamente definiti i rapporti tra la disciplina generale della parte VI cod. amb., non soltanto con la disciplina delle bonifiche della parte IV e con i poteri emergenziali in ambito ambientale⁵⁷, ma più in generale con i dispositivi – spesso atipici – di protezione civile, a cui generalmente si ricorre anche nei casi di emergenza eminentemente ambientale.

Di tali lacune soffre l'effettività della tutela ambientale, soprattutto negli aspetti preventivi, risultandone un sistema ancora in concreto imperniato sull'azione successiva, che peraltro interviene più in sede penale che in quella amministrativa⁵⁸.

⁵⁶ Consultabile in *www.senat.fr*.

⁵⁷ V., in particolare, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 703 ss., il quale rileva che nel linguaggio legislativo contemporaneo il termine "ordinanza" indica degli atti aventi un contenuto di ordine dell'autorità, precisando che «Vi sono, accanto alle ordinanze del giudice, ordinanze di polizia sanitaria, stradale, di sicurezza. Nella pratica questi si usano chiamare "ordinanze normali", per distinguerle dalle "ordinanze di necessità e urgenza"; il vocabolario non deve però trarre in inganno, poiché non si tratta di atti omogenei. Le ordinanze d'urgenza sono atti *extra ordinem*, le altre sono o atti del processo o provvedimenti amministrativi». V. A.M. SANDULLI, *Diritto amministrativo*, XIV ed., Jovene, Napoli, 1984, 65 e 609, che definisce i provvedimenti in esame come "ordinanze libere". Queste ultime si caratterizzano per il ricorrere di due elementi essenziali: non solo il presupposto della necessità e urgenza, ma anche il contenuto atipico dell'atto, strumentale a consentire un intervento ove, per la tutela di un predeterminato interesse pubblico, l'ordinamento non conferisca poteri adeguati alle circostanze concrete.

⁵⁸ È ancora attuale la considerazione secondo cui il giudizio penale, che dovrebbe essere considerato *extrema ratio*, finisce con il divenire l'ambito prediletto per la tutela dell'ambiente «per la possibilità di tempestivamente intervenire con misure cautelari reali (sequestro preventivo) tali da evitare ulteriori conseguenze dannose o pericolose e sottraendo il bene all'autore del reato con una funzione dissuasiva notevole». Così, F. NOVARESE, *La tutela del parco e la protezione dell'ambiente*, in *Riv. giur. edil.*, 2003, 206, che osserva, seppur in costanza della vigenza dell'art. 18 l. 349 del 1986, come tale funzione dissuasiva venga assicurata mediante «la previsione di sanzioni amministrative o misure ripristinatorie irrogate dal giudice penale, ben più incisive delle pene bagattellari stabilite dalla normativa di settore, caratterizzata in prevalenza da reati contravvenzionali».

RUGGIERO DIPACE

SVILUPPO SOSTENIBILE, PREVENZIONE E PRECAUZIONE NELLA DISCIPLINA DEI LAVORI PUBBLICI

SOMMARIO: 1. L'influenza dei principi di sviluppo sostenibile, prevenzione e precauzione nella disciplina dei lavori pubblici. – 2. La programmazione tra prevenzione "economica" e ambientale. – 3. La prevenzione come criterio per la progettazione di opere. – 4. Gli interessi sensibili alla prova della conferenza di servizi. – 5. Le normative tecniche per la progettazione: l'esempio della normativa antisismica. – 6. Considerazioni conclusive.

1. L'influenza dei principi di sviluppo sostenibile, prevenzione e precauzione nella disciplina dei lavori pubblici

Qualsiasi attività umana ha un impatto più o meno pesante sull'ambiente circostante creando squilibri potenzialmente dannosi. Quando l'attività umana è frutto dell'azione dei pubblici poteri, come nel caso di quella volta alla realizzazione di opere e infrastrutture pubbliche o comunque allo sfruttamento del territorio, il dovere di proteggere l'ambiente e, contemporaneamente, di salvaguardare i componenti di una determinata comunità dai rischi che quell'attività può comportare, garantendone anche e soprattutto l'incolumità, deve risultare particolarmente stringente.

Lo sviluppo economico di una società, che passa anche attraverso la creazione di reti infrastrutturali e opere pubbliche efficienti e moderne, non può più prescindere da una visione attenta alla protezione ambientale e ciò anche per salvaguardare le generazioni future. I danni derivanti da uno sviluppo incontrollato si stanno dimostrando estremamente gravi e sembrano segnare rapidamente all'avvicinarsi un punto di non ritorno con riguardo al collasso del nostro ecosistema.

Restringendo l'ambito visuale del problema si può affermare che la crescente consapevolezza della gravità della situazione ha portato alcuni sistemi giuridici, in linea di massima quelli il cui sviluppo economico si è da tempo consolidato, all'affermazione di principi di estrema rilevanza per tentare un cambio di rotta delle politiche di protezione dell'ambiente¹. Tralasciando l'analisi dei sistemi extraeuropei, occorre rile-

¹ Con riguardo alla graduale emersione dell'interesse ambientale nell'ambito della

vare che il diritto eurounitario da tempo ha individuato alcuni principi che devono informare ogni politica comunitaria².

In particolare, l'esigenza di protezione dell'ambiente viene in evidenza con i principi di sviluppo sostenibile, di prevenzione e di precauzione³. Principi che devono informare sia l'attività dei legislatori nazionali sia quella delle pubbliche amministrazioni. Il principio dello sviluppo sostenibile può considerarsi come "il fondamento ultimo del principio del diritto ambientale, nel senso che ne incarna la matrice di doverosità e il vincolo posto in capo alle generazioni attuali a garanzia di quelle future"⁴.

Tale matrice del principio di sviluppo sostenibile è stata colta dal nostro legislatore nel codice dell'ambiente (d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152) che all'art. 3 *ter* prevede che ogni attività umana giuridicamente rilevante "deve conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile, al fine di garantire che il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali non possa compromettere la qualità della vita e le possibilità delle generazio-

legislazione comunitaria e nazionale si veda A. RALLO, *Funzione di tutela ambientale e procedimento amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2000; G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente (parte generale)*, Giappichelli, Torino, 2008, 3; S. GRASSI, *Problemi di diritto costituzionale dell'ambiente*, Giuffrè, Milano, 2012; M. RENNA, *I principi in materia di tutela dell'ambiente*, in *Rqda*, 2012, 62; D. SORACE, *Tutela dell'ambiente e principi generali sul procedimento amministrativo*, in S. Grassi, M.A. Sandulli (a cura di), *I procedimenti amministrativi per la tutela dell'ambiente*, Giuffrè, Milano, 2014, 3; G. ROSSI, *L'evoluzione del diritto dell'ambiente*, in *Rqda*, 2015, 2.

² L'art. 37 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea prescrive che "un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile". Si veda S. GRASSI, *Problemi di diritto costituzionale dell'ambiente*, cit., 71.

³ L'art. 191 TFUE prescrive che la politica dell'Unione in materia ambientale deve perseguire gli obiettivi della salvaguardia, tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente, della protezione della salute umana, della utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali, della promozione sul piano internazionale di misure destinate a risolvere i problemi dell'ambiente a livello regionale o mondiale e, in particolare, a combattere i cambiamenti climatici. E nel perseguimento di tali obiettivi la politica dell'Unione deve mirare a un elevato livello di tutela, tenendo conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni dell'Unione e deve essere fondata sui principi della precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché sul principio "chi inquina paga". Peraltro la politica ambientale dell'Unione deve tener conto dello sviluppo socioeconomico dell'Unione nel suo insieme e dello sviluppo equilibrato delle sue singole regioni.

⁴ F. FRACCHIA, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in M. Renna F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, 437.

ni future” (...) “in questo senso si deve informare anche l’attività della pubblica amministrazione che deve essere finalizzata a consentire la migliore attuazione possibile del principio dello sviluppo sostenibile, per cui nell’ambito della scelta comparativa di interessi pubblici e privati connotata da discrezionalità gli interessi alla tutela dell’ambiente e del patrimonio culturale devono essere oggetto di prioritaria considerazione”. Quindi, sempre secondo il codice, il principio dello sviluppo sostenibile deve consentire di individuare un equilibrato rapporto, nell’ambito delle risorse ereditate, tra quelle da risparmiare e quelle da trasmettere, affinché nell’ambito delle dinamiche della produzione e del consumo si inserisca altresì il principio di solidarietà per salvaguardare e per migliorare la qualità dell’ambiente anche futuro.

Quanto prescritto dal codice evidenzia tutta la forza, anche etica, del principio quasi un manifesto per orientare qualsiasi scelta, di tipo politico e amministrativo dei pubblici poteri, si tratta, inoltre, di una manifestazione del principio di integrazione di cui all’art. 37 della Carta dei diritti fondamentali dell’UE⁵; è stato, infatti, rilevato che il principio deve essere rispettato anche ove non si faccia questione di interventi pubblici specificamente destinati alla tutela dell’ambiente⁶.

Il codice dell’ambiente, peraltro, riprende la normativa comunitaria allorché, tra i principi generali dell’azione prescrive che “la tutela dell’ambiente e degli ecosistemi naturali e del patrimonio culturale deve essere garantita da tutti gli enti pubblici e privati e dalle persone fisiche e giuridiche pubbliche o private, mediante una adeguata azione che sia informata ai principi della precauzione, dell’azione preventiva, della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all’ambiente, nonché al principio “chi inquina paga” (art. 3 *ter*)⁷.

Prevenzione e precauzione, così come sviluppo sostenibile, pervadono l’azione dei pubblici poteri e anche questi sembrano trascendere gli specifici interventi volti alla tutela dell’ambiente per sovrintendere l’intera azione dei pubblici poteri (anche per il richiamo all’ordinamento comunitario da parte della legge n. 241/1990)⁸.

⁵ F. FRACCHIA, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, cit. 449 precisa che la norma del codice incide sull’attività amministrativa connotata da discrezionalità e che può applicarsi là dove, in primo luogo, si ravvisi un’interferenza con l’ambiente e con l’uso delle risorse.

⁶ F. FRACCHIA, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, cit. 436.

⁷ Il principio della prevenzione è stato introdotto nel Trattato CE con l’emanazione, nel 1986, dell’Atto Unico Europeo nel quale, peraltro, la materia ambientale compare per la prima volta in un’ottica autonoma rispetto alle questioni di mercato.

⁸ F. DE LEONARDIS *Il principio di precauzione*, in M. Renna F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, cit., 415.

Prevenzione e precauzione sono stati definiti come un riflesso e un'applicazione del principio di sviluppo sostenibile il che è sicuramente coerente con la ampiezza di latitudine che il diritto comunitario e quello nazionale hanno attribuito al principio dello sviluppo sostenibile⁹. Ciò non toglie che prevenzione (o meglio azione preventiva) e precauzione hanno caratterizzato, anche prima dell'affermarsi del principio di sviluppo sostenibile, l'ossatura della politica di tutela ambientale europea, tanto è vero che sono stati definiti i principi "forti" in tale materia¹⁰.

Si tratta di due principi autonomi, spesso però trattati unitariamente¹¹. Secondo una impostazione vi sarebbe una priorità logica e operativa del principio di prevenzione su quello di precauzione: il principio di precauzione consiste in una strategia strutturata di controllo del rischio pur sempre rientrante nell'ambito della tutela preventiva in quanto questa è il più che ricomprende il meno¹². La prevenzione caratterizza la politica di tutela mentre la precauzione ne è una modalità operativa¹³. Più precisamente, la precauzione delinea un metodo di analisi e studio delle problematiche connesse con la valutazione del rischio ambientale capace di dare corpo e sostanza ad un principio, quello della tutela preventiva, altrimenti privo di contenuti e significati a livello pratico operativo¹⁴. Da ciò deriva la conclusione che la precauzione sia al servizio della prevenzione.

Che la precauzione possa inquadrarsi nell'ambito della generale poli-

⁹ F. FRACCHIA, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, cit. 439.

¹⁰ R. FERRARA, *I principi comunitari della tutela dell'ambiente*, in *Dir. amm.*, 2005, 526, rileva che le politiche pubbliche si prefiggono l'obiettivo di attivare forme e strumenti di protezione a carattere preventivo capaci di operare prima che gli eventi dannosi si siano verificati relegando a un ruolo sussidiario gli strumenti di tutela ex post (come quelli del principio "chi inquina paga"). Sul principio del "chi inquina paga" e danno ambientale si veda W. GIULIETTI, *Danno ambientale e azione amministrativa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012.

¹¹ S. GRASSI, *Problemi di diritto costituzionale dell'ambiente*, cit. 99.

¹² R. FERRARA, *I principi comunitari*, cit., 531.

¹³ Di contrario avviso è G. CORSO, *La valutazione del rischio ambientale*, in G. Rossi (a cura di), *Diritto ambientale*, cit. 169, il quale afferma che il principio di precauzione in ragione della sua indeterminatezza viene invocato dalle amministrazioni per operare decisioni conservative, ma l'ambito di applicazione del principio coincide con quello delle politiche in materia ambientale e, quindi, attiene al piano delle scelte normative e non a quello dell'azione amministrativa. Chi amministra non può aggiungere cautele a quelle stabilite dal legislatore ma si deve limitare ad applicare le precauzioni previste dalle norme altrimenti tale principio diverrebbe fonte inesauribile di poteri impliciti svincolato dal principio di legalità.

¹⁴ P. DELL'ANNO, *Diritto dell'ambiente*, Cedam, Padova, 2011.

tica di prevenzione è indubitabile; infatti, alla base dei due principi vi è la considerazione che occorre in via prioritaria intervenire prima che i danni all'ambiente si siano verificati, prevenendoli e riducendo fortemente il rischio che questi si producano, in quanto i danni ambientali spesso non sono riparabili o, comunque, comportano onerose attività di ripristino dello *status quo ante*. Ma dal punto di vista dogmatico è preferibile operare una differenziazione più marcata fra i due principi in quanto le logiche ad essi sottostanti sono in parte differenti. La precauzione è stato definito come il principio per cui in caso di rischio, individuato a seguito di una preliminare valutazione scientifica obiettiva, l'amministrazione deve adottare le misure che consentano un elevato livello di protezione dell'ambiente e della salute umana¹⁵; la precauzione, quindi, parte dallo stato insufficiente ed incerto dei dati scientifici per operare le scelte conseguenti. La prevenzione, al contrario, ha come punto di partenza la raggiunta sicurezza dei dati a disposizione della amministrazione. Il principio della prevenzione, infatti, agisce dove i danni sono certi (tanto è vero che la norma nazionale non parla di rischio ma di minaccia) il suo obiettivo è quello di prevenire il danno dall'utilizzo di prodotti di cui si conosce la pericolosità per l'ambiente e che sono utilizzati tenendo conto di rischi conosciuti e scientificamente provati mentre quello della precauzione opera in situazioni in cui i danni si temono e sono tendenzialmente potenziali in una situazione di incertezza anche scientifica¹⁶.

¹⁵ F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Giuffrè, Milano, 2005. Dello stesso Autore e *Principi generali dell'attività amministrativa*, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2016, 90. Si veda anche B. MARCHETTI, *Il principio di precauzione*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2011, 149.

¹⁶ Infatti, l'art. 301 del codice dell'ambiente afferma che in caso di pericoli, anche solo potenziali, per la salute umana e per l'ambiente, deve essere assicurato un alto livello di protezione. Il rischio e la sua portata deve essere individuata a seguito di una preliminare valutazione scientifica obiettiva. L'art. 304, invece, afferma che il principio dell'azione preventiva viene in rilievo allorché un danno ambientale non si è ancora verificato, ma esiste una minaccia imminente che si verifichi, l'operatore interessato adotta, entro ventiquattro ore e a proprie spese, le necessarie misure di prevenzione e di messa in sicurezza. B. MARCHETTI, *Il principio di precauzione*, cit., 153, afferma che l'analisi del rischio costituisce il presupposto per l'azione precauzionale, l'amministrazione deve innanzitutto operare una valutazione del rischio, rigorosa e con garanzie di scientificità (*risk assessment*) per poi emanare su tale base la decisione precauzionale di gestione del rischio (*risk management*) che deve risultare appropriata e tale da non comportare un sacrificio eccessivo degli altri interessi. Peraltro la decisione precauzionale postula un'analisi costi benefici attraverso la considerazione e il

Nella sostanza le valutazioni che giustificano l'applicazione del principio della precauzione sono connotate da rischio e incertezza mentre quelle della prevenzione sono connotate da regole meno elastiche e probabilistiche¹⁷; in altri termini la mera potenzialità, o possibilità, del danno rappresenta, pertanto, il fondamentale aspetto di differenziazione del principio di precauzione rispetto a quello di prevenzione che, al contrario, trova il suo fondamento in una situazione di certezza¹⁸.

Il quadro in cui si muove il principio di prevenzione, ossia quello della certezza scientifica circa il potenziale danno ed i suoi effetti induce a ritenere che questo possa essere utilizzato come criterio informatore dell'attività legislativa e regolamentare, oltretutto di quella amministrativa. Le certezze scientifiche possono essere poste alla base di norme che pla-

bilanciamento dei potenziali vantaggi e svantaggi dell'azione/inazione (F. DE LEONARDIS, *Principi generali*, cit., 94).

¹⁷ S. GRASSI, *op. cit.*, 100.

¹⁸ Sul punto si veda Cons. Stato, Ad. Plen. 25 settembre 2013, n. 21, che delinea la differenziazione fra i due principi. Secondo la decisione innanzitutto i principi di precauzione e di prevenzione rendono legittimo un approccio anticipatorio ai problemi ambientali, sulla base della considerazione che molti danni causati all'ambiente possono essere di natura irreversibile. Per prevenire il rischio del verificarsi di tali danni, il principio di precauzione legittima l'adozione di misure di prevenzione, riparazione e contrasto a una fase nella quale il danno non solo non si è ancora verificato, ma non esiste neanche la piena certezza scientifica che si verificherà. La ricerca di livelli di sicurezza sempre più elevati porta a un consistente arretramento della soglia dell'intervento delle Autorità a difesa della salute dell'uomo e del suo ambiente: la tutela diviene "tutela anticipata" e oggetto dell'attività di prevenzione e di riparazione diventano non soltanto i rischi conosciuti, ma anche quelli di cui semplicemente si sospetta l'esistenza. Il principio di prevenzione presenta tratti comuni con il principio di precauzione, in quanto entrambi condividono la natura anticipatoria rispetto al verificarsi di un danno per l'ambiente. Il principio di prevenzione si differenzia da quello di precauzione perché si occupa della prevenzione del danno rispetto a rischi già conosciuti e scientificamente provati relativi a comportamenti o prodotti per i quali esiste la piena certezza circa la loro pericolosità per l'ambiente. La *ratio* dei principi di precauzione e di prevenzione è quella di legittimare un intervento dell'autorità competente anche in condizioni di incertezza scientifica (sulla stessa esistenza del rischio o delle sue ulteriori conseguenze), sul presupposto che il trascorrere del tempo necessario per acquisire informazioni scientificamente certe o attendibili potrebbe determinare danni irreversibili all'ambiente, allora non appare peregrino sostenere che la medesima ratio consenta l'intervento in via precauzionale o preventiva non solo quando l'incertezza da dipanare riguardi l'evento di danno, ma anche quando concerna il nesso causale e, quindi, l'individuazione del soggetto responsabile di un danno certo. In entrambi i casi, inverso, il ritardo nell'intervento giustificato dalla necessità di acquisire un livello di certezza scientifica soddisfacente può dare luogo al rischio di effetti irreversibili.

smo istituti di carattere generale¹⁹. Questa operazione appare più difficile con riguardo al principio di precauzione fondato sull'azione in presenza di incertezza e forse destinato prevalentemente ad essere azionato in situazioni puntuali.

Nella sostanza il principio di sviluppo sostenibile e di prevenzione sembrano attagliarsi meglio alla predisposizione di istituti giuridici per la realizzazione di politiche attenti agli interessi ambientali.

I citati principi hanno sicuramente una capacità di permeare e influenzare le attività che comportano lo sfruttamento del territorio compresa quella della realizzazione di lavori o opere pubbliche.

Occorre, quindi, verificare il grado di penetrazione di tali principi nella disciplina comunitaria e nazionale dei lavori pubblici analizzando gli istituti che ne sembrano essere ispirati e verificare come le decisioni delle pubbliche amministrazioni e dei giudici siano influenzate da tali principi tentando di rispondere a un interrogativo di fondo: sino a che punto lo sviluppo, anche economico, può essere frenato dalla esigenza di protezione dell'ambiente negando la realizzazione di interventi pubblici necessari per la collettività. Per rispondere a tale interrogativo occorre individuare quali sia il punto di equilibrio fra la protezione dell'ambiente e le esigenze di moderne ed efficienti infrastrutture e verificare se tale punto di equilibrio è stato in qualche modo individuato dalla normativa e come sia stato interpretato dalla giurisprudenza.

Un primo spunto di riflessione può essere dato dalle direttive del 2014, recepite dal nuovo codice dei contratti pubblici. La direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014, lega il concetto di sostenibilità alla politica degli appalti pubblici affermando al secondo considerando "che gli appalti pubblici svolgono un ruolo fondamentale nella strategia Europa 2020"²⁰ "in quanto costituiscono uno degli strumenti basati sul mercato necessari alla realizzazione di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva garantendo contemporaneamente l'uso più efficiente possibile

¹⁹ Sul punto G. CORSO, *op. cit.*, 167, analizzando il nesso tra rischio e conoscenza che lo stato delle conoscenze scientifiche è in continua evoluzione per cui le misure politiche adottate contro il rischio per l'ambiente e la salute hanno sempre un carattere di provvisorietà e contengono sempre una riserva di revoca, di adozione di misure differenti imposte dallo sviluppo della ricerca. Il carattere temporaneo della legislazione, che in linea generale, è un fatto negativo perché contrasta con l'esigenza di certezza del diritto, è invece auspicabile nella materia ambientale proprio per lo stretto collegamento che questa ha con lo sviluppo scientifico.

²⁰ Illustrata comunicazione della Commissione del 3 marzo 2010 dal titolo «Europa 2020 – Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva» («strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva»).

dei finanziamenti pubblici”. Ancora più significativamente viene sostenuto che “la vigilanza sull’osservanza delle disposizioni in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro dovrebbe essere svolta nelle fasi pertinenti della procedura di appalto, nell’applicare i principi generali che disciplinano la selezione dei partecipanti e l’aggiudicazione dei contratti, nell’applicare i criteri di esclusione e nell’applicare le disposizioni riguardanti le offerte anormalmente basse”. È una affermazione che implica idonee previsioni normative riguardanti gli interessi ambientali in tutte le fasi di realizzazione di un appalto pubblico. A titolo esemplificativo il considerando 91, occupandosi dei criteri di valutazione delle offerte afferma che il “TFUE impone che le esigenze connesse con la tutela dell’ambiente siano integrate nella definizione e nell’attuazione delle politiche e azioni dell’Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile. La presente direttiva chiarisce in che modo le amministrazioni aggiudicatrici possono contribuire alla tutela dell’ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile, garantendo loro la possibilità di ottenere per i loro appalti il migliore rapporto qualità/prezzo”

Sul punto si tornerà in seguito, ma la circostanza che merita di essere rilevata è che la nuova direttiva contiene norme che dimostrano l’ineludibilità della considerazione di interessi ambientali in ogni fase della disciplina dei contratti pubblici e tutto ciò in nell’ottica del principio della prevenzione del rischio di danno per l’ambiente e per la incolumità della cittadinanza. Nello stesso solco si è posta la legge di delega relativa al recepimento delle direttive comunitarie la quale prevede: “previsione di misure volte a garantire il rispetto dei criteri di sostenibilità energetica e ambientale nell’affidamento degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, facendo ricorso anche al criterio di aggiudicazione basato sui costi del ciclo di vita e stabilendo un maggiore punteggio per i beni, i lavori e i servizi che presentano un minore impatto sulla salute e sull’ambiente” (...) “introduzione di forme di dibattito pubblico delle comunità locali dei territori interessati dalla realizzazione di grandi progetti infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale aventi impatto sull’ambiente, la città o sull’assetto del territorio”. Si tratta solo di alcuni esempi che, però, fanno emergere una delle direttrici fondamentali della nuova disciplina dei contratti pubblici.

Peraltro, alcuni contenuti delle direttive erano stati già recepiti, prima del nuovo codice con la legge 28 dicembre 2015, n. 221, recante “Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di *green economy* e per il contenimento dell’uso eccessivo di risorse naturali” ove un

intero capo viene dedicato alle “disposizioni relative al *Green public procurement*”.

Un deciso cambio di passo si è avuto con il nuovo codice dei contratti (d.lgs. 50/2016) che prevede norme attenti alla protezione degli interessi ambientali e più in generale dello sviluppo sostenibile e della prevenzione, in tutte le fasi relative alla realizzazione di opere pubbliche, anche perché si tratta di principi che comunque devono essere rispettati alla luce del rinvio operato dall'art. 1 della legge n. 241/1990 ai principi del diritto comunitario.

Più che nella fase di aggiudicazione e di esecuzione dei contratti, ove comunque la tutela dell'ambiente assume un ruolo di primario interesse (si pensi ai criteri ambientali introdotti nei bandi di gara o ai molteplici aspetti ambientali che emergono nella gestione di cantieri), i principi di sviluppo sostenibile, prevenzione e precauzione giocano un ruolo fondamentale nelle fasi di programmazione e progettazione delle opere pubbliche che rappresentano due dei presupposti fondamentali (unitamente alla disponibilità di risorse finanziarie) per procedere alla aggiudicazione di un contratto.

2. La programmazione tra prevenzione “economica” e ambientale

La previsione di una attenta valutazione degli interessi sensibili come quello ambientale nella attività di realizzazione delle opere pubbliche rileva fin dalla fase della programmazione, o pianificazione, degli interventi da realizzare.

Il tema della programmazione si pone su un delicato crinale e, negli ultimi tempi è stato a lungo negletto, soprattutto se collegato a quello delle attività economiche private in nome di un esasperato e spesso erroneo riferimento alla libertà di iniziativa economica libera e di libera concorrenza²¹.

²¹ La bibliografia su questo tema cruciale per il diritto in generale e, in particolare, per il diritto amministrativo è sterminata. Per un approccio al tema si vedano M. S. GIANNINI, *La programmazione dal punto di vista giuridico*, ora in *Scritti*, vol. VI, Giuffré, Milano, 2005, 1091; M.S. GIANNINI, *Pianificazione*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Giuffré, Milano, 1983, 630; A. PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, Giuffré, Milano, 1963, 91; G. AMATO, *La programmazione come metodo dell'azione regionale*, in *Riv. it. dir. pubbl.*, 1971, 413; S. AMOROSINO, *I procedimenti di programmazione degli interventi straordinari nel Mezzogiorno: profili organizzatori e precettivi*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, vol. III, Giuffré, Milano, 1988, 28; M. CARABBA, *Programmazione*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. XII, Utet, Torino, 1997, 35; G. ABBAMONTE, *Programmazione economica e pianificazione*

Riferendosi precipuamente alla programmazione (o pianificazione) delle attività amministrativa si deve partire dalla considerazione di Giannini il quale rilevava che “le pianificazioni esistono da sempre, da quando esiste l’attività amministrativa. Questo perché in sé considerata la pianificazione (o programmazione: i termini sono equivalenti salvo il linguaggio normativo positivo) è una tecnica dell’azione amministrativa di durata, cioè il far svolgere questa secondo un disegno in cui vengono stabilite le ordinate spaziali, temporali e i contenuti degli oggetti e delle ordinate spaziale e temporali”²². Secondo l’Autore, l’azione amministrativa deve procedere per pianificazioni, non in termini assoluti, ma ogni volta che un’amministrazione si trovi a dover affrontare problemi che hanno dimensione temporale pluriennale, e comportano coordinamenti tra amministrazioni, enti pubblici e privati e richiedono impieghi ordinati delle varie sorte di risorse²³.

Quanto appena illustrato è perfettamente sovrapponibile alla attività di programmazione nell’ambito delle opere pubbliche.

Con la previsione di una disciplina generale sulla programmazione delle opere pubbliche il legislatore ha mirato alla razionalizzazione delle scelte della pubblica amministrazione, possibile solo attraverso una attenta valutazione della situazione nella sua globalità, che porta a individuare misure coordinate per intervenire nel settore delle infrastrutture²⁴. Ciò può avvenire con una predefinita degli obiettivi e la predisposizione di una strategia realizzativa attraverso una seria coordinata di atti²⁵. Tale modalità di azione consente di fare concreta applicazione nel-

territoriale, in *Enc. Dir.*, agg. II, Giuffrè, Milano, 1998; R. FERRARA, *La programmazione “negoziata” fra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 1999, 429; M. D’ORSOGNA, *Programmazione strategica e attività decisionale della Pubblica Amministrazione*, Giappichelli, Torino, 2001; N. RANGONE, *Le programmazioni economiche*, Il Mulino, Bologna, 2007; P. PORTALURI, *Il principio di pianificazione*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, 462.

²² M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, Il Mulino, Bologna, 1986, 131.

²³ M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, cit., 135.

²⁴ Il vecchio codice dei contratti prevedeva la programmazione obbligatoria solo con riferimento alle opere pubbliche (art. 128 d.lgs. 163/2006). Il nuovo codice estende l’obbligo di programmazione anche con riferimento alle acquisizioni di beni e servizi da parte delle amministrazioni. M. D’ORSOGNA, *Pianificazione e programmazione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, vol. V, Giuffrè, Milano, 2006, 4300. L’Autrice rileva che l’idea più recente di programmazione sia quella di “metodo” di svolgimento dell’azione amministrativa, con riguardo ai comparti più delicati e sensibili dell’ordinamento come è quello delle opere pubbliche.

²⁵ In ciò consiste il nucleo centrale della attività di programmazione. È stato infatti chiarito dalla dottrina, G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, Giuffrè, Milano, 1994,

la materia delle opere pubbliche, dei principi di efficienza, efficacia ed economicità ai quali deve essere improntata l'attività della pubblica amministrazione. All'obiettivo della razionalizzazione delle scelte strategiche si è affiancato quello della corretta allocazione delle risorse finanziarie divenuto primario in funzione della oramai cronica situazione deficitaria delle casse pubbliche.

L'attività di programmazione è prevista come obbligatoria e preliminare alla progettazione e alla realizzazione dell'opera pubblica. Si configura, infatti, come un *præ* logico giuridico rispetto alla realizzazione dell'opera pubblica ed esprime un'attività fondamentale di individuazione degli obiettivi concreti da raggiungere da parte degli organi di governo dell'ente pubblico²⁶. La *ratio* dell'attività di programmazione è quella di evitare che vengano realizzate opere inutili o al di fuori delle linee programmatiche assunte per la soddisfazione dei bisogni della collettività²⁷. Con l'attività di programmazione, l'amministrazione si vincola alle proprie scelte e questo rappresenta una garanzia in ordine alla soddisfazione delle esigenze sociali e degli interessi pubblici ai quali l'amministrazione deve attendere. L'attività di programmazione delle opere pubbliche si caratterizza per essere un momento di collegamento tra scelte politiche e scelte amministrative. Essa costituisce il territorio di confine tra il momento di determinazione delle scelte e quello di realizzazione delle stesse. Si tratta, quindi, di un'attività complessa. In una prima fase, l'amministrazione procede alla identificazione dei bisogni della collettività e alla individuazione dei lavori che ritiene funzionali al soddisfacimento degli stessi, compiendo in tal modo una attività programmatica e di indirizzo. In una seconda fase, l'amministrazione elabora studi di fattibilità, sulla base delle valutazioni tecniche, finanziarie, economiche, sociali e giuridiche, ricorrendo a una discrezionalità di tipo tecnico per predisporre gli strumenti attuativi vincolati rispetto alla scelta effettuata. Da questo punto di vista si può affermare che viene in rilievo il principio della prevenzione in senso atecnico. Ossia la programma-

193, che tale attività ricade nell'alveo dell'attività politica, anche se poi la realizzazione di tali obiettivi richiede il necessario ricorso a procedure amministrative, in quanto nessun obiettivo può essere raggiunto dalla pubblica amministrazione senza l'esercizio di poteri amministrativi e tramite procedimenti. In sostanza, la programmazione, poiché postula un insieme coordinato di interventi, si risolve in un procedimento di procedimenti.

²⁶ G. ORSONI, *Programmazione dei lavori pubblici*, in A. Carullo - A. Clarizia (a cura di), *La legge "quadro" in materia di lavori pubblici*, Cedam, Padova, 2004, 665. Si veda anche G. NARDELLI, *La programmazione*, in A. Cancrini, C. Franchini, S. Vinti (a cura di), *Il codice degli appalti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2014.

²⁷ Corte cost., 7 novembre 1995, n. 482

zione dovrebbe impedire fenomeni di programmazione rovesciata in virtù del quale si capovolgeva il rapporto tra opere e finanziamento, per cui la scelta dell'opera da realizzare era consequenziale alla disponibilità di specifici finanziamenti, in un'ottica di scelte estemporanee e, spesso, non volte alla soddisfazione delle esigenze della collettività²⁸. Infatti, il codice dei contratti (art. 21, d.lgs. 50/2016) prevede alcune rilevanti innovazioni con riferimento al rapporto tra l'attività di programmazione degli acquisti e i documenti di bilancio²⁹. In tal senso di sicuro rilievo è la prescrizione legislativa secondo la quale i programmi sono approvati nel rispetto dei documenti programmatori e in coerenza con il bilancio e con le norme che disciplinano la programmazione economico finanziaria degli enti locali. Ciò chiaramente significa che il legislatore ha voluto raccordare la fase dell'adozione del programma (triennale per i lavori e biennale per i servizi e le forniture) con la tempistica prevista per l'adozione del bilancio da parte della pubblica amministrazione. Si può affermare che tali norme rappresentano una declinazione del principio di prevenzione di matrice economica.

Ma nella fase della programmazione delle opere pubbliche viene in rilievo anche l'aspetto della massima considerazione degli interessi sensibili e, in particolare, di quello ambientale nella logica della tutela preventiva. Ancorché la programmazione non sia sottoposta a valutazione ambientale strategica comunque, il tema della tutela ambientale caratterizza tale fase preliminare e strategica in relazione alla realizzazione di interventi pubblici. Infatti, il codice prevede all'art. 21, comma 3, che le amministrazioni aggiudicatrici per l'inserimento dell'opera nel programma triennale redigano il documento di fattibilità delle alternative

²⁸ Si veda E. STICCHI DAMIANI, *La programmazione dei lavori pubblici*, in R. Villata (a cura di), *L'appalto di opere pubbliche*, Giuffrè, Milano, 2004, 260.

²⁹ La disciplina è stata recentemente completata con l'adozione da parte del ministero delle infrastrutture del regolamento (d.m. 16 gennaio 2018, n.14) previsto dall'art. 21, comma 8 del d.lgs. 50/2016. Il decreto attuativo definisce: a) le modalità di aggiornamento dei programmi e dei relativi elenchi annuali; b) i criteri per la definizione degli ordini di priorità, per l'eventuale suddivisione in lotti funzionali, nonché per il riconoscimento delle condizioni che consentano di modificare la programmazione e di realizzare un intervento o procedere a un acquisto non previsto nell'elenco annuale; c) i criteri e le modalità per favorire il completamento delle opere incompiute; d) i criteri per l'inclusione dei lavori nel programma e il livello di progettazione minimo richiesto per tipologia e classe di importo; e) gli schemi tipo e le informazioni minime che essi devono contenere, individuandole anche in coerenza con gli standard degli obblighi informativi e di pubblicità relativi ai contratti; f) le modalità di raccordo con la pianificazione dell'attività dei soggetti aggregatori e delle centrali di committenza ai quali le stazioni appaltanti delegano la procedura di affidamento.

progettuali previsto dall'art. 23, comma 5. In particolare, questa norma si occupa del progetto di fattibilità tecnico economica. Tale documento preliminare ricalca quello previsto dal precedente codice e dal suo regolamento di attuazione. Le amministrazioni, infatti, in un primo momento elaborano uno studio per individuare il quadro dei bisogni e per identificare gli interventi necessari e, successivamente, redigono uno studio di fattibilità. Si tratta, evidentemente, di atti di indirizzo che, in quanto tali, devono essere espressi dagli organi politici dell'ente e non dai dirigenti responsabili, invece, della gestione dell'ente stesso³⁰.

Lo studio preliminare è finalizzato a individuare gli interventi e i lavori strumentali al soddisfacimento del bisogno e rappresenta il documento tecnico, di natura interdisciplinare, posto alla base della programmazione triennale che deve essere effettuato per ogni singolo intervento individuato. Il documento di fattibilità deve essere redatto secondo i criteri con i quali si redige il progetto di fattibilità, così come previsto dall'art. 23, comma 1, per cui per ogni singolo intervento si devono prendere in considerazione le componenti storico-artistiche, architettoniche, paesistiche al fine di valutarne la sostenibilità ambientale, socio economico, amministrativa e tecnica³¹.

Tale studio costituisce il parametro fondamentale per la valutazione dell'ammissibilità dell'intervento e della sua effettiva e concreta rispondenza all'interesse pubblico *ab origine* individuato e, quindi, sulla base di tale studio l'amministrazione decide definitivamente se inserire o meno il lavoro nell'ambito del programma triennale.

³⁰ E. STICCHI DAMIANI, *op. cit.*, 274.

³¹ Con riferimento alla sostenibilità ambientale si pone il problema del rapporto con lo strumento della valutazione di impatto ambientale (VIA). Come noto, la VIA è una procedura tecnico-amministrativa di verifica della compatibilità ambientale di un progetto. Essa è finalizzata all'individuazione, descrizione e quantificazione degli effetti che un determinato progetto, opera o azione, potrebbe avere sull'ambiente, inteso come insieme delle risorse naturali di un territorio e delle attività antropiche in esso presenti. La VIA è uno strumento di supporto decisionale tecnico-politico finalizzato non solo a migliorare la trasparenza delle decisioni pubbliche, consentendo di definire un bilancio beneficio-danno, inteso sotto il profilo ecologico-ambientale, e sotto quello economico-sociale; inoltre, tale strumento è finalizzato a verificare la sostenibilità di ogni singolo progetto, realizzando la migliore mediazione tra esigenze funzionali di progetto e impatto sull'ambiente; a prevenire il danno ambientale, passando da un sistema di ripristino (a valle) del danno, a un sistema di previsione-prevenzione (a monte) degli impatti ambientali nella gestione del territorio e delle risorse naturali; a favorire, infine, la partecipazione di tutti gli attori sociali per garantire la condivisione delle scelte pubbliche. Come è agevole rilevare, si pone il problema del coordinamento tra lo studio di fattibilità e la VIA; si potrebbe affermare che lo studio di fattibilità rappresenta un precedente logico sul quale poi si basa la VIA.

Scopo ultimo di questa valutazione è, quindi, eliminare le ipotesi che si rivelano non soddisfacenti sia sotto il profilo economico finanziario sia sotto il profilo della utilità sociale e sotto quello della sostenibilità ambientale.

La valutazione circa la sostenibilità ambientale del progetto in sede di programmazione rappresenta forse la massima espressione della logica preventiva in relazione alla valutazione degli interessi sensibili. L'interesse alla sostenibilità ambientale rappresenta, quindi, uno dei parametri che indirizza l'attività programmatica della pubblica amministrazione e che, in linea teorica potrebbe comportare la decisione già a monte, e in assenza di valide alternative progettuali, di non arrivare alla soddisfazione del bisogno segnalato dalla collettività.

3. *La prevenzione come criterio per la progettazione di opere*

I principi dello sviluppo sostenibile e della prevenzione vengono in rilievo anche con riferimento alla fase della progettazione delle opere pubbliche. Quello della prevenzione è stato il principio ispiratore degli istituti giuridici finalizzati alla valutazione dell'impatto ambientale degli interventi umani, compresi quelli relativi alla realizzazione di opere o infrastrutture pubbliche, anche nelle forme e nei modelli "minori", dalla valutazione ambientale strategica alla autorizzazione integrata ambientale sino ai singoli studi di prefattibilità ambientale che caratterizzano progetti non sottoposti a VIA³².

La progettazione ha come finalità quella di realizzare un intervento di qualità e tecnicamente valido, nel rispetto del miglior rapporto tra benefici e costi globali della costruzione, manutenzione e gestione.

Tra i principi ai quali deve essere informata la progettazione vi è quello della minimizzazione dell'impegno di risorse materiali non rinnovabili e il massimo riutilizzo delle risorse naturali impiegate dall'intervento, miglioramento energetico, compatibilità tecnica e ambientale.

Le norme relative agli elaborati progettuali prevedono misure atte a evitare effetti negativi sull'ambiente, sul paesaggio e sul patrimonio storico artistico anche in relazione all'attività di cantiere.

³² Si vedano in generale A. POLICE, *la valutazione di impatto ambientale*, in P. Dell'Anno, E. Picozza (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente, Discipline ambientali di settore*, Cedam, Padova, 2013, 527; M. D'ORSOGNA, L. DE GREGORIIS, *La valutazione ambientale strategica*, ivi, 561; A. MILONE, *Le valutazioni ambientali*, in S. Grassi, M.A. Sandulli (a cura di), *I procedimenti amministrativi per la tutela dell'ambiente*, cit. 135.

Proprio con riferimento a quest'ultima l'attività progettuale prevede specifici studi per mitigare ogni sorta di inquinamento.

Di particolare rilevanza nell'ambito del progetto di fattibilità tecnico economica (corrispondente al precedente livello di progettazione preliminare) è la previsione dello studio preliminare sull'impatto ambientale³³. Si tratta di un elaborato che tende ad accertare la compatibilità ambientale dell'intervento e costituisce la messa a punto delle condizioni che consentono un miglioramento della qualità ambientale e paesaggistica del contesto territoriale. In particolare, il nuovo codice (art. 23, comma 6) dispone che il progetto di fattibilità sia redatto sulla base dell'avvenuto svolgimento di indagini geologiche e geognostiche, di verifiche preventive dell'assetto archeologico, di studi preliminari sull'impatto ambientale. Già nella fase di studio, il progetto deve indicare le aree impegnate, le relative eventuali fasce di rispetto e le occorrenti misure di salvaguardia, le caratteristiche prestazionali, le specifiche funzionali, le esigenze di compensazioni e di mitigazione dell'impatto ambientale. Infine, lo studio deve essere di un livello tale da consentire l'individuazione della localizzazione dell'opera o del tracciato dell'infrastruttura nonché delle opere compensative o di mitigazione dell'impatto ambientale e sociale necessarie.

Nel caso di opere soggette a VIA questa analisi rappresenta uno degli elementi sui quali impennare il successivo studio di impatto ambientale funzionale alla acquisizione della VIA favorevole³⁴. Nel caso di opere non soggette a VIA, invece, lo studio preliminare sull'impatto ambientale e la sua evoluzione nel progetto definitivo rappresentano il momento fondamentale per la valutazione della compatibilità ambientale dell'opera.

Non solo le valutazioni ambientali vengono in rilievo nel progetto di fattibilità tecnico economica ma anche in quella definitiva con lo studio

³³ Il nuovo codice demanda a un successivo decreto del ministero delle infrastrutture l'individuazione del contenuto dei vari livelli di progettazione. Fino al decreto, però, si prevede l'applicabilità delle norme di cui al regolamento di attuazione le quali prevedono che in sede di progettazione preliminare sia adottato lo studio di prefattibilità ambientale.

³⁴ La normativa in materia è stata oggetto di un recente intervento normativo. Infatti, con il d.lgs. 16 giugno 2017, n. 104, è stata data attuazione alla direttiva 2014/52/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, che modifica la direttiva 2011/92/UE, concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati, ai sensi degli articoli 1 e 14 della legge 9 luglio 2015, n. 114. Conseguentemente, sono state modificate le norme del Codice dell'ambiente (d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152).

di impatto ambientale e di fattibilità ambientale. In particolare, lo studio di impatto ambientale viene in rilievo nel caso in cui l'opera sia suscettibile di provocare notevoli variazioni sull'ambiente circostante e indica le misure necessarie alla riqualificazione ambientale e territoriale dell'area in seguito alla costruzione di una determinata opera, partendo dalle indicazioni fornite nel progetto preliminare. Questo studio deve, quindi, permettere il rilascio di tutte le approvazioni e autorizzazioni ambientali.

Si tratta di un approfondimento e una verifica delle analisi sviluppate nel progetto di fattibilità tecnico economica, volto a ridurre e a compensare l'intervento sull'ambiente e sulla salute e a migliorare, tramite l'intervento la qualità ambientale e paesaggistica territoriale.

La valutazione degli interessi sensibili in materia di progettazione può passare per la sottoposizione del progetto dell'opera al procedimento di valutazione di impatto ambientale. L'essenza di tale valutazione consiste nel fatto che non si sostanzia in una mera verifica di natura tecnica circa l'astratta compatibilità ambientale dell'opera, ma implica una complessa e approfondita analisi comparativa tesa a valutare il sacrificio ambientale imposto rispetto all'utilità socio - economica, tenuto conto anche delle alternative possibili e dei riflessi sulla stessa opzione - zero³⁵; per tale motivo è stato chiarito che la VIA non può che concernere la progettazione definitiva, dovendo individuare in concreto tutte le problematiche ambientali dell'intervento, inclusi gli effetti cumulativi dei diversi profili ambientali.³⁶ Da ciò deriva che la natura discrezionale della decisione finale (e della preliminare verifica di assoggettabilità), sul versante tecnico e anche amministrativo, rende fisiologico, coerentemente con la ratio dell'istituto, che si pervenga a una soluzione negativa tutte le volte in cui l'intervento proposto cagioni un sacrificio ambientale superiore a quello necessario per il soddisfacimento dell'interesse diverso

³⁵ La giurisprudenza ha chiarito che se tali principi operano in materia di v.i.a. – ossia con riferimento ad una procedura che si riferisce a singoli intervenuti – essi sono a *fortiori* predicabili con riguardo alla v.a.s., che per sua stessa natura si colloca nel momento, anteriore, in cui l'Amministrazione è chiamata a compiere le scelte strategiche in tema di assetto del territorio, valutando comparativamente i costi e i benefici delle diverse alternative pianificatorie. Ne deriva che una valutazione che si limiti a riscontrare la compatibilità ambientale dei singoli ambiti di trasformazione e gli effetti migliorativi che si reputano attribuibili a ciascuna delle trasformazioni previste, individualmente considerate, senza valutare effettivamente il costo ambientale delle stesse in termini di esaurimento delle disponibilità di suolo agricolo nel territorio comunale, e senza ponderare effettivamente le alternative praticabili, appare per ciò solo carente.

³⁶ Cons. St., sez. IV, 22 gennaio 2013, n. 361.

sotteso all'iniziativa³⁷. L'analisi in materia va, quindi, svolta considerando l'unitarietà dell'intervento nel suo complesso, essendo l'opera finale a incidere sul bene ambiente³⁸. Ne discende la possibilità di bocciare progetti che arrechino un *vulnus* non giustificato da esigenze produttive, ma suscettibile di venir meno, per il tramite di soluzioni meno impattanti in conformità al criterio dello sviluppo sostenibile e alla logica della proporzionalità tra consumazione delle risorse naturali e benefici per la collettività che deve governare il bilanciamento di istanze antagoniste³⁹. In questa direzione, la giurisprudenza comunitaria conferisce alla procedura di VIA, nel quadro dei mezzi e modelli positivi preordinati alla tutela dell'ambiente, un ruolo strategico che evidenzia come la politica comunitaria dell'ambiente consista, innanzi tutto, nell'evitare fin dall'inizio inquinamenti e altri danni all'ambiente, anziché combatterne successivamente gli effetti; assicurando in pratica, la tutela preventiva degli interessi ambientali⁴⁰.

La valutazione di impatto ambientale può essere preceduta dalla valutazione ambientale strategica⁴¹.

³⁷ Il giudizio di compatibilità ambientale, pur reso sulla base di oggettivi criteri di misurazione pienamente esposti al sindacato del giudice, è attraversato da profili particolarmente intensi di discrezionalità amministrativa sul piano dell'apprezzamento degli interessi pubblici in rilievo e della ponderazione rispetto all'interesse dell'esecuzione dell'opera; apprezzamento che è sindacabile dal giudice amministrativo, nella pienezza della cognizione del fatto, solo in ipotesi di manifesta illogicità o travisamento dei fatti, nei casi in cui l'istruttoria sia mancata o sia stata svolta in modo inadeguato e risulti perciò evidente lo sconfinamento del potere discrezionale riconosciuto all'Amministrazione. In altri termini, non può disconoscersi che le valutazioni tecniche complesse rese in sede di VIA sono censurabili per macroscopici vizi di irrazionalità, proprio in considerazione del fatto che le scelte dell'Amministrazione, che devono essere fondate su criteri di misurazione oggettivi e su argomentazioni logiche, non si traducano in un mero meccanico giudizio tecnico, in quanto la valutazione d'impatto ambientale, in quanto finalizzata alla tutela preventiva dell'interesse pubblico, presenta profili particolarmente elevati di discrezionalità amministrativa, che sottraggono al sindacato giurisdizionale le scelte effettuate dall'Amministrazione che non siano manifestamente illogiche o incongrue. (Tar Lazio, Roma, sez. I, 1 dicembre 2017, n. 11921).

³⁸ Cons. St., sez. IV, 9 gennaio 2014, n. 36.

³⁹ Cons. St., sez. VI, 22 febbraio 2007, n. 933

⁴⁰ Corte giust., sez. V, 21 settembre 1999, c392/96; sez. VI, 16 settembre 1999, c435/97.

⁴¹ Come la giurisprudenza ha già avuto modo di osservare (Cons. St., sez. IV, 5 luglio 2010 n. 4246), con considerazioni da ribadire nella presente sede, la valutazione di impatto ambientale (VIA) è preordinata alla salvaguardia dell'*habitat* nel quale l'uomo vive, che assurge a valore primario ed assoluto, in quanto espressivo della personalità umana (Cons. St., sez. VI, 18 marzo 2008, n. 1109), attribuendo a ogni singolo un auten-

La valutazione ambientale di piani e programmi (VAS) e la valutazione di progetti (VIA) hanno entrambe la finalità di assicurare che l'attività antropica sia compatibile con le condizioni per uno sviluppo sostenibile, siccome previsto dall'art. 4 comma 3 del codice ambiente; più in particolare, la valutazione ambientale di piani e programmi ha la finalità di garantire un elevato livello di protezione dell'ambiente, contribuendo all'integrazione delle relative previsioni, con considerazioni specificamente ambientali, che siano tali da guidare l'amministrazione nell'effettuazione delle scelte discrezionali, tipiche, per l'appunto, dei piani e dei programmi; la valutazione di singoli progetti avviene invece sulla base della progettazione preliminare ed ha l'obiettivo di verificare l'impatto sull'ambiente dell'opera progettata. In sintesi, la VAS concerne la pianificazione e la programmazione alle quali l'amministrazione è obbligata, ed è concomitante alla stessa così da favorire l'emersione dell'interesse ambientale di modo che esso venga considerato in via prioritaria dall'amministrazione; la VIA concerne i singoli progetti ed è necessaria ai fini della verifica dell'entità dell'impatto ambientale dell'opera proposta, in modo da stimolare soluzioni mitigative da valutare secondo il principio dello sviluppo sostenibile, come si è visto, sino all'opzione zero, qualora l'impatto non sia evitabile neanche con l'adozione di cautele⁴².

tico diritto fondamentale, di derivazione comunitaria (direttiva 27 luglio 1985 n. 85/337/CEE, concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati); diritto che obbliga l'amministrazione a giustificare, quantomeno *ex post* e a richiesta dell'interessato, le ragioni del rifiuto di sottoporre un progetto a VIA all'esito di verifica preliminare (Corte giust. 30 aprile 2009, C75/08). A tali fini, l'ambiente rileva non solo come paesaggio, ma anche come assetto del territorio, comprensivo di ogni suo profilo, e finanche degli aspetti scientifico naturalistici (come quelli relativi alla protezione di una particolare flora e fauna), pur non afferenti specificamente ai profili estetici della zona. A conferma di ciò, occorre ricordare che la Corte Costituzionale (sent. 7 novembre 2007 n. 367), ha affermato che "lo stesso aspetto del territorio, per i contenuti ambientali e culturali che contiene, è di per sé un valore costituzionale", da intendersi come valore "primario" (Corte Cost., sentt. nn. 151/1986; 182/2006), ed "assoluto" (sent. n. 641/1987).

⁴² Le differenze tra valutazione d'impatto ambientale e autorizzazione integrata ambientale sono da individuarsi nel fatto che mentre la prima si sostanzia in una complessa e approfondita analisi comparativa tesa a valutare il sacrificio ambientale imposto dal progetto rispetto all'utilità socio-economica dallo stesso ritraibile, tenuto conto anche delle alternative possibili e dei riflessi sulla c.d. opzione zero, investendo propriamente gli aspetti localizzativi e strutturali di un impianto e, più in generale, dell'opera da realizzare, la seconda, introdotta nel nostro ordinamento in attuazione della direttiva 96/61/CE relativa alla prevenzione e riduzione integrate dell'inquinamento, è atto che sostituisce, con un unico titolo abilitativo, tutti i numerosi titoli che erano invece prece-

Una innovazione di rilievo apportata alla disciplina della progettazione dal nuovo codice dei contratti (art. 22) è la previsione della sottoposizione a dibattito pubblico dei progetti di fattibilità (i progetti preliminari) relativi alle grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale⁴³. In particolare, le grandi opere infrastrutturali aventi impatto rilevante sull'ambiente, sulle città e sull'assetto del territorio verranno sottoposte obbligatoriamente a un dibattito pubblico che ha come sbocco quello di raccogliere le osservazioni da parte delle amministrazioni interessate e dei soggetti pubblici e privati portatori di interessi. Gli esiti del dibattito pubblico e le osservazioni raccolte sono valutate in sede di predisposizione del progetto definitivo e sono discusse in sede di conferenze di servizi relative all'opera.

Questo istituto è il frutto del processo di innovazione che in materia ambientale è stato introdotto con la fondamentale Convenzione di Aarhus del 1998 riguardante "l'accesso alle informazioni, la partecipazione dei cittadini e l'accesso alla giustizia in materia ambientale" secondo la quale il pubblico interessato deve essere esaustivamente e tempestivamente informato nella fase iniziale del processo decisionale, può presentare osservazioni e, quindi, partecipare effettivamente alle decisioni pubbliche e costituisce un passo molto rilevante verso l'effettiva partecipazione dei cittadini alle scelte decisionali di forte impatto ambientale. Il legislatore, infatti, si è reso conto che i costi sociali ed economici relativi alla realizzazione di una infrastruttura strategica di forte impatto ambientale risultano essere sicuramente maggiori allorché il progetto non sia stato condiviso dalla comunità locale dei cittadini insistenti sul territorio.

dentemente necessari per far funzionare un impianto industriale inquinante, assicurando così efficacia, efficienza, speditezza ed economicità all'azione amministrativa nel giusto temperamento degli interessi pubblici e privati in gioco, e incide quindi sugli aspetti gestionali dell'impianto Cons. St., sez. IV, 26 febbraio 2015, n. 975, in *Foro amm.*, 2015, 439. Cons. St., sez. V, 02 ottobre 2014, n. 4928.

⁴³ Questa forma partecipativa si ispira all'esperienza della *Commission National du Débat Public* (CNDP) francese, ove costituisce una fase della procedura di sviluppo dei progetti infrastrutturali a grande impatto ambientale. L'istituto del dibattito pubblico non trova alcun riferimento né nelle Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE né nella previgente normativa. È stato previsto per la prima volta dall'articolo 1, lett. qq), della legge delega al Codice dei contratti 28 gennaio 2016, n. 11, che ha disposto l' "introduzione di forme di dibattito pubblico delle comunità locali dei territori interessati dalla realizzazione di grandi progetti infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale aventi impatto sull'ambiente, la città o sull'assetto del territorio, prevedendo la pubblicazione *on line* dei progetti e degli esiti della consultazione pubblica; le osservazioni elaborate in sede di consultazione pubblica entrano nella valutazione in sede di predisposizione del progetto definitivo".

La disciplina del dibattito pubblico ha ricevuto attuazione con il D.p.c.m. 10 maggio 2018, n. 76, recante “modalità di svolgimento, tipologie e soglie dimensionali delle opere sottoposte a dibattito pubblico”⁴⁴. Si prevede l’istituzione della Commissione nazionale per il dibattito pubblico presso il ministero delle infrastrutture⁴⁵. Il regolamento descrive le modalità operative di svolgimento del dibattito pubblico. Questo si avvia con la presentazione e la contestuale pubblicazione del dossier di progetto dell’opera ed è organizzato e gestito in relazione alle caratteristiche dell’intervento e alle peculiarità del contesto sociale e territoriale di riferimento: esso consiste in incontri di informazione, approfondimento, discussione e gestione dei conflitti, in particolare nei territori direttamente interessati, e nella raccolta di proposte e posizioni da parte di cittadini, associazioni, istituzioni. Il dibattito pubblico si conclude con la presentazione del dossier finale da parte dell’amministrazione aggiudicatrice o dell’ente aggiudicatore che viene reso pubblico. L’amministrazione aggiudicatrice o l’ente aggiudicatore, infine, tengono conto del dossier conclusivo nelle successive fasi e procedure per la realizzazione dell’opera.

⁴⁴ Sullo schema di decreto attuativo recante modalità di svolgimento, tipologie e soglie dimensionali delle opere sottoposte a dibattito pubblico è intervenuto il Consiglio di Stato con il parere della commissione speciale 12 febbraio 2018, n. 359.

⁴⁵ Alla Commissione sono attribuite le seguenti funzioni: “a) monitora il corretto svolgimento della procedura di dibattito pubblico e il rispetto della partecipazione del pubblico, nonché la necessaria informazione durante la procedura; b) propone raccomandazioni di carattere generale o metodologico per il corretto svolgimento del dibattito pubblico; c) garantisce che sia data idonea e tempestiva pubblicità ed informazione, anche attraverso la pubblicazione su apposita sezione del sito internet del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, in ordine alle determinazioni adottate per il funzionamento della Commissione, alle modalità della procedura del dibattito pubblico, ai pareri resi, alla documentazione tecnica riguardante l’intervento oggetto del dibattito pubblico nonché ai risultati delle consultazioni in corso o concluse; d) organizza le attività di cui alle lettere a) e c) a livello territoriale, con il coinvolgimento attivo degli enti territoriali interessati dalla realizzazione dell’opera che segnalano alla Commissione eventuali criticità relative alle modalità operative e tecniche di svolgimento del dibattito pubblico e collaborano al fine di individuare le soluzioni migliori per le comunità locali; e) presenta al Governo e alle Camere, entro il 30 giugno con cadenza biennale, una relazione sulle risultanze delle attività di monitoraggio svolte nel biennio precedente, evidenziando le criticità emerse nel corso delle procedure di dibattito svolte, suggerendo, altresì, soluzioni finalizzate ad eliminare eventuali squilibri nella partecipazione nonché a promuovere forme di contraddittorio quali momenti di interazione costruttiva”.

4. *Gli interessi sensibili alla prova della conferenza di servizi*

Nelle procedure di realizzazione di opere pubbliche e di interesse pubblico, la conferenza di servizi si esprime sul progetto di fattibilità, al fine di indicare le condizioni per ottenere, in relazione al progetto definitivo, le intese, i pareri, le concessioni, le autorizzazioni, le licenze, i nullaosta e gli assensi, comunque denominati, richiesti dalla normativa.

Se il progetto è sottoposto a VIA, il codice dell'ambiente prevede una apposita conferenza per l'acquisizione degli atti di assenso in materia ambientale, ma la normativa del nuovo decreto legislativo che modifica la legge n. 241/1990 ne sembra allargare l'ambito di applicazione: infatti, il nuovo art. 14 comma 4, prevede che "qualora un progetto sia sottoposto a valutazione di impatto ambientale, tutte le autorizzazioni, intese, concessioni, licenze, pareri, nulla osta e assensi comunque denominati, necessari alla realizzazione del medesimo progetto, vengono acquisiti nell'ambito della conferenza di servizi di cui all'articolo 25, comma 3 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152". Si tratta di una notevole misura semplificatoria che consente di prevedere nel procedimento di approvazione del progetto una sola conferenza di servizi. La legge n. 241/1990, infatti, prevede l'integrazione delle due citate conferenze di servizi per cui il giudizio di compatibilità ambientale espresso a seguito dei lavori della conferenza andrà a sostituire tutti gli atti di assenso necessari per l'approvazione del progetto e non solo quelli ambientali necessari per la VIA⁴⁶.

Secondo questa nuova conformazione, quindi, la valutazione dell'impatto ambientale del progetto di opera dal punto di vista funzionale si intreccia con il procedimento di approvazione in seno alla conferenza di servizi del progetto dell'opera pubblica.

Uno dei problemi rilevanti in materia è rappresentato dal rapporto fra la valutazione operata in sede di VIA e la possibilità da parte delle amministrazioni preposte alla tutela degli interessi ambientali di esprimere il proprio dissenso in seno alla conferenza di servizi.

Come è noto la conferenza di servizi ha rappresentato una autentica rivoluzione nel modo di concepire l'azione della pubblica amministra-

⁴⁶ Questa conferenza viene convocata ai sensi dell'articolo 14-ter non oltre dieci giorni dall'esito della verifica documentale, di cui all'articolo 23, comma 4, del decreto legislativo n. 152 del 2006. Ciò consente all'amministrazione di verificare la completezza della documentazione prima di indire la conferenza di servizi e di avviare i lavori della conferenza prima possibile garantendone l'operatività in contemporanea allo svolgimento delle consultazioni previste dalla procedura Via. Il termine per la conclusione della conferenza è quello previsto dal codice dell'ambiente.

zione⁴⁷ costituendo il simbolo della modificazione dei paradigmi consueti del diritto amministrativo⁴⁸. È istituto che ha avuto come obiettivo quello di adeguare la funzionalità dell'amministrazione alla "sfida della complessità"⁴⁹, con l'evidente scopo di snellire i tempi della procedura concentrandone l'esito in un unico provvedimento⁵⁰. Inoltre, ha profondamente innovato le modalità attraverso le quali le pubbliche amministrazioni determinano la loro volontà provvedimentale alterando la tradizionale regola di esercizio dei poteri discrezionali. Ma proprio tali innovative caratteristiche sono state causa della vita travagliata della conferenza di servizi. Infatti, si è dimostrato estremamente difficoltoso prevedere efficaci meccanismi di coordinamento e composizione delle posizioni delle pubbliche amministrazioni coinvolte nei complessi procedimenti amministrativi oggetto di valutazione attraverso la conferenza di servizi. Da ciò le numerose incertezze normative in relazione alla individuazione delle modalità per la conclusione della conferenza e per il superamento dei dissensi espressi dalle amministrazioni interessate. Anche sul fronte dei dissensi qualificati e delle modalità per la loro composizione si sono registrate continue difficoltà. La soluzione adottata è stata quella di prevedere un potere sostitutorio a livello politico (Consiglio dei ministri), ma anche tale meccanismo è stato oggetto di recenti modifiche⁵¹.

Le disposizioni della legge n. 241/1990 rilevano nell'ambito dei contratti pubblici in quanto espressamente richiamate dal codice e, in particolare, con riferimento alle norme che occupano dell'approvazione dei progetti. In sede di conferenza dei servizi sul progetto di fattibilità le amministrazioni e i soggetti invitati sono obbligati a pronunciarsi sulla localizzazione e il tracciato dell'opera, anche presentando proposte modificative, nonché a comunicare l'eventuale necessità di opere mitigatrici e compensative dell'impatto. Restano comunque ferme le disposizioni della legge n. 241/1990 in merito alle procedure per regolare il dissenso, mentre se non vi è stato alcun dissenso le conclusioni adottate in confe-

⁴⁷ F.G. SCOCA, *Analisi giuridica della conferenza di servizi*, in *Dir. amm.*, 1999, 262.

⁴⁸ S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 621.

⁴⁹ D'ORSOGNA, *Conferenza di servizi e amministrazione della complessità*, Giappichelli, Torino, 2002.

⁵⁰ G. PAGLIARI, *La conferenza di servizi*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 704.

⁵¹ Si veda sul punto F. SCALIA, *Il silenzio assenso nelle cd. Materie sensibili alla luce della riforma Madia*, in *Urb. app.*, 2016, 11; M. SANTINI, *La conferenza di servizi dopo la riforma Madia: questione di (ulteriori) norme o di cultura?*, in *Urb. app.*, 2016, 129.

renza non possono essere modificate in sede di approvazione dei successivi livelli progettuali, a meno del ritiro e della ripresentazione di un nuovo progetto di fattibilità.

Come rilevato, le procedure relative alla gestione del dissenso da parte delle amministrazioni portatrici di interessi sensibili sono state modificate dalle nuove norme della legge n. 241/1990.

In precedenza, il dissenso qualificato innescava automaticamente un procedimento dinanzi al Consiglio dei ministri che risolveva la questione con un atto definito espressamente di alta amministrazione. La nuova normativa prevede che comunque la conferenza di servizi adotti una decisione la cui immediata efficacia viene sospesa se siano stati espressi dissensi qualificati. Nessun dissenso, quindi, può impedire l'adozione del provvedimento finale. Successivamente, entro dieci giorni dalla determinazione motivata di conclusione della conferenza, le amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico-artistico o alla tutela della salute e della pubblica incolumità possono proporre opposizione al Presidente del Consiglio dei ministri a condizione che abbiano espresso in modo inequivoco il proprio motivato dissenso prima della conclusione dei lavori della conferenza. Se l'intesa non viene raggiunta la questione sarà rimessa al Consiglio dei ministri, il quale respingendo l'opposizione farà acquisire immediata efficacia alla delibera della conferenza.

Tale innovativo meccanismo sembra comunque consentire una accurata valutazione delle ragioni del dissenso evidenziate da amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili e al tempo stesso rappresenta una soluzione che potrebbe comportare una semplificazione delle decisioni. Infatti, il rimedio oppositivo, eventuale e successivo, consente da un lato di semplificare la procedura, poiché interviene a deliberazione già acquisita e dall'altro comunque di valutare in sede "politica" le ragioni degli interessi delle amministrazioni dissenzienti se l'intesa con le amministrazioni dissenzienti non viene trovata.

5. Le normative tecniche per la progettazione: l'esempio della normativa antisismica

Nell'ambito dell'attività di progettazione, il principio di prevenzione viene in rilievo anche con riferimento all'utilizzo della normativa tecnica come quella antisismica: in questo caso la prevenzione mira ad assicurare

la tutela della incolumità pubblica, da conseguire attraverso la sicurezza delle abitazioni, più che la protezione ambientale⁵².

Se, come detto, la prevenzione tende a stabilisce disposizioni volte a evitare che si produca un danno irreversibile a persone o cose a causa di eventi e comportamenti il cui rischio fattuale è certo, a differenza della precauzione che tende a prevenire rischi in situazioni di incertezza, la normativa antisismica opera proprio nel senso della prevenzione⁵³.

In questo caso, non è possibile ritenere applicabile il principio di precauzione perché la normativa antisismica, con riguardo alla mera potenzialità di un pericolo per l'incolumità pubblica, ritiene superflua ogni indagine sulla sussistenza del pericolo; vi è una presunzione assoluta di pericolo che deriva dalla classificazione di una zona come sismica. Da tale classificazione sorge un pericolo per l'incolumità pubblica e, quindi, scatta la misura preventiva⁵⁴. In questo caso, il principio di prevenzione viene in rilievo sia con riferimento alla fase della compatibilità degli strumenti urbanistici sia con riferimento alla vera e propria progettazione dell'opera. Da ciò deriva il carattere "preventivo" della normativa antisismica.

La dichiarazione di zona sismica ha una immediata ricaduta sui procedimenti di pianificazione urbanistica e territoriale in quanto l'adozione di qualsiasi strumento urbanistico (sia generale sia particolareggiato) deve essere preceduto dal parere obbligatorio dell'ufficio tecnico regionale (già Genio civile): ciò deve avvenire prima dell'adozione ai fini della verifica della compatibilità delle rispettive previsioni con le condizioni geomorfologiche del territorio. Si vuole evitare in via preventiva che le scelte pianificatorie degli enti locali possano collidere con le esigenze di tutela del territorio in considerazione dei rischi geomorfologici del terreno dichiarato sismico.

Ma la prevenzione agisce anche con riferimento alle norme tecniche per la costruzione di edifici. Si tratta delle norme tecniche sulla costruzione previste dal testo unico in materia edilizia n. 380/2001⁵⁵.

⁵² A. CROSETTI, *La normativa antisismica quale strumento preventivo dell'incolumità pubblica*, in *Riv. giur. ed.*, 2011, 261. Sulle costruzioni in zona sismica si vedano gli artt. 83 e ss del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (Testo unico edilizia).

⁵³ A. CROSETTI, *op. cit.*, 262.

⁵⁴ Tale normativa opera per la tutela dell'incolumità pubblica che si può definire (traendo ispirazione dalle norme di carattere penalistico) come un bene giuridico a titolarità diffusa e non personalizzabile giacché è impossibile individuare un titolare esclusivo: la titolarità spetta alla collettività diffusa (interessi adespoti). Le norme antisismiche mirano sia a tutelare l'incolumità e la salute del singolo individuo sia a proteggere la vita, l'integrità fisica e la salute di pluralità indeterminate di persone.

⁵⁵ Le norme tecniche in relazione a diversi gradi di sismicità, definiscono: l'altezza massima degli edifici in relazione al sistema costruttivo, al grado di sismicità della zona

Nell'ottica di prevenzione, alla normativa antisismica si aggiungono disposizioni dettate ai fini di ridurre, nei limiti del possibile, le conseguenze dell'evento calamitoso; si tratta di norme che possono considerarsi come di "primo soccorso", emanate nell'immediatezza dell'evento e norme di ripristino e di riavviamento socio economico delle zone colpite dell'evento.

Le citate categorie normative introducono il delicato tema del rapporto tra il principio di prevenzione e i suoi strumenti attuativi (come la VIA e la VAS) e le esigenze di celerità connesse alla gestione delle emergenze. Basti pensare al caso delle azioni in materia di protezioni civile e la necessaria sottoposizione di alcuni progetti alla valutazione di impatto ambientale. La VIA rappresenta il centro di gravità del sistema delle tutele ambientali⁵⁶ ma nell'ipotesi in cui vi sia da gestire un'emergenza, sia il codice dell'ambiente (art. 6 comma 4) sia la nuova direttiva n. 2014/52/UE del 16 aprile 2014 escludono che le norme in materia di VIA debbano applicarsi ai piani di protezione civile in caso di pericolo per l'incolumità pubblica. La stessa nuova direttiva VIA afferma che "l'esperienza ha dimostrato che, nel caso dei progetti aventi quale unica finalità la risposta alle emergenze che riguardano la protezione civile, l'osservanza della direttiva 2011/92/UE potrebbe avere effetti negativi, segnatamente sull'ambiente, ed è dunque opportuno, ove del caso, autorizzare gli Stati membri a non applicare la direttiva" (Cons. 20) e che al paragrafo 3: "Gli Stati membri possono decidere, dopo una valutazione caso per caso e se così disposto dalla normativa nazionale, di non applicare la presente direttiva a progetti, o parti di progetti, aventi quale unico obiettivo la difesa o a progetti aventi quali unico obiettivo la risposta alle emergenze che riguardano la protezione civile".

Ma occorre chiedersi sulla base di quali presupposti la prevenzione deve cedere il passo alle esigenze di celerità derivanti dalla gestione delle situazioni emergenziali.

La giurisprudenza amministrativa ha affermato che in caso di calamità per le quali sia stato dichiarato lo stato di emergenza e solo in specifici

ed alle larghezze stradali; le distanze minime consentite tra gli edifici e giunzioni tra edifici contigui; le azioni sismiche orizzontali e verticali da tenere in conto del dimensionamento degli elementi delle costruzioni e delle loro giunzioni; il dimensionamento e la verifica delle diverse parti delle costruzioni; le tipologie costruttive per le fondazioni e le parti in elevazione.

⁵⁶ R. FERRARA, *I principi comunitari della tutela dell'ambiente*, in *Dir. amm.*, 2005, 516.

casi in cui la situazione d'emergenza sia particolarmente urgente al punto da non consentire l'adempimento degli obblighi imposti dalla normativa vigente in materia d'impatto ambientale per garantire la messa in sicurezza di immobili e persone da situazioni di pericolo immediato non altrimenti eliminabile, sono esclusi dalla procedura di valutazione di impatto ambientale singoli interventi disposti in via d'urgenza. In altri termini, la dichiarazione dello stato di emergenza per calamità è condizione necessaria ma non sufficiente per legittimare l'esclusione della procedura di VIA essendo altresì richiesta la presenza di una situazione di emergenza particolarmente urgente nonché la presenza di una situazione di pericolo immediato non altrimenti eliminabile. Va da sé che la sussistenza dei presupposti per escludere la procedura di VIA devono essere puntualmente indicati nell'ambito del procedimento svolto senza esperire la valutazione di impatto ambientale e devono trovare stretta connessione con il concreto dato emergenziale⁵⁷.

6. *Considerazioni conclusive*

La disamina relativa alle fasi relative alla programmazione e progettazione dei lavori pubblici dimostra come tale disciplina sia pervasa dal principio di prevenzione con riferimento a vari aspetti: in via principale la prevenzione opera sul versante ambientale, su quello della incolumità pubblica e anche, se così si può dire, su quello della razionalizzazione della spesa pubblica allorché viene in rilievo la normativa sulla programmazione.

La precauzione, invece, sembra non trovare adeguato spazio, per cui si può affermare che non si tratta di un principio ispiratore la disciplina dei lavori pubblici.

Al di là della prevalenza del principio di precauzione o di quello della prevenzione occorre rilevare che gli strumenti giuridici previsti dalla legislazione sono adeguati per far fronte ai pericoli e ai rischi, reali, legati

⁵⁷ Tar Lazio, sez. III, 3292/2010 la fattispecie riguardava la costruzione di un intero nuovo paese nelle vicinanze del precedente agglomerato senza tuttavia espletare la necessaria procedura di via; se la presenza di un pericolo immediato non altrimenti eliminabile per la messa in sicurezza di persone ed immobili è ipotizzabile con riferimento alla necessità di delocalizzare un sito, non può certo ritenersi che sussista senz'altro quando si tratta di individuare un altro sito idoneo presso il quale trasferire la frazione de localizzata; il tema è quello dell'ampiezza del potere delle ordinanze *extra ordinem*, ex art. 5 l. n. 225/1992.

alla realizzazione di interventi infrastrutturali. Ciò dovrebbe contribuire a non frenare un settore che ha sempre rappresentato un fattore rilevante per la crescita economica. Una efficace politica infrastrutturale, infatti, non ha solo un positivo impatto sul livello occupazionale, ma è indispensabile volano per l'economia nonché fattore di impulso alla modernizzazione di un territorio. Per tali motivi, storicamente la politica infrastrutturale rientra tra i più significativi settori di intervento dei pubblici poteri nell'economia.

In tempi recenti, però, a fronte dei richiamati indiscutibili vantaggi della realizzazione di opere pubbliche, sempre più spesso si assiste a fenomeni di protesta, di opposizione alla costruzione di opere che sono ritenute indispensabili per il progresso economico e sociale. Spesso l'opposizione a interventi che mirano al miglioramento della qualità della vita dei residenti in un territorio sono il frutto di strumentalizzazione politica, ma in altri casi sono rappresentazione delle paure della cittadinanza, paure che si fondano sulla incertezza delle ricadute sull'ambiente e sulla sicurezza stessa della popolazione⁵⁸. Si tratta di paure che derivano dalla percezione di rischi, e, quindi, pericoli che possono derivare dal turbamento del precedente equilibrio (c.d. *sindrome del Not In My Back Yard*, NINBY, che sembra venire in rilievo

⁵⁸ Sul tema è fondamentale U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, ristamp. 2017, per l'analisi dei cambiamenti nella società moderna sono stati apportati dal tema del rischio (soprattutto di carattere ambientale), della sua percezione da parte della collettività e della sua gestione. Da tale analisi, posta in essere agli inizi degli anni '80, si percepivano i profondi cambiamenti rispetto ai cardini fondamentali della società moderna fondate sulle rivoluzioni industriali, che avrebbero portato al centro della discussione sociologica la percezione dei rischi e la loro dimensione sociale. Tali cambiamenti avrebbero anche comportato la messa in discussione del valore della scienza e della tecnologia, che proprio quei rischi e quei pericoli hanno introdotto. L'Autore si poneva anche l'interrogativo del ruolo della politica nella società del rischio, ruolo che deve necessariamente essere quello di prevedere e gestire il rischio, prevenire l'emergenza, in rapporto di stretta collaborazione con la scienza e la tecnica. Ma già l'Autore metteva in luce che la scienza, foriera di rischi, aveva perso il monopolio sulla verità. Alla verità scientifica se ne affacciano altre presunte o pseudo scientifiche, verità relative che facendo breccia nella collettività a loro volta possono creare discussioni pericolose e, quindi, altri è più pericolosi rischi. Già l'Autore metteva in luce il ruolo che i nuovi mezzi di comunicazione avrebbero potuto avere in tale contesto, ruolo che oggi appare chiaro considerando la rivoluzione della *Information technology* (IT). Infatti, viene ritenuta di fondamentale importanza la lotta per il monopolio dei flussi informativi, questa viene considerata come il problema centrale per le "aziende" del futuro: "*non è difficile prevedere che nelle dispute organizzative del futuro queste lotte di potere per la distribuzione e per il coefficiente di distribuzione dei flussi informativi diventeranno un importante fonte di conflitto*" (op. cit., 301).

a ogni cambiamento più o meno rilevante per lo sviluppo della vita civile e economica degli Stati)⁵⁹.

L'aumento dei rischi (e, in particolare, di quelli di carattere ambientale) ha, infatti, posto le basi per una diffidenza sempre più profonda nel progresso scientifico e tecnologico e nello sviluppo armonico di progresso scientifico e progresso sociale⁶⁰.

Tali paure a volte sono indotte, coltivate e amplificate dalla cattiva informazione, da quella che, in termini filosofici e sociologici, viene chiamata "post verità" e che, più comunemente, viene assimilata al fenomeno delle c.d. *fake news*⁶¹, laddove le bugie vengono spacciate per verità alternative attraverso la forza virale del *web*⁶².

Una via per combattere tale pericolosa tendenza è quella di affermare con forza la prevalenza della tecnica e della scienza, il metodo scientifico come colonna portante del progresso, in grado di dimostrare la vacuità di critiche fondate su dicerie e dati falsi e, in secondo luogo, favorire forme di confronto e dibattito pubblico in grado di alimentare lo sviluppo di un pensiero genuinamente critico.

⁵⁹ Si veda G. DE LUCA, *NIMBY, effetto di*, in *Dizionario di Economia e Finanza Treccani* (2012), in *www.treccani.it*. Si precisa che l'espressione indica l'opposizione di uno o più membri di una comunità locale a ospitare opere di interesse generale sul proprio territorio, pur riconoscendone, a volte, la desiderabilità sociale, mentre in altri casi l'opposizione riguarda opere indesiderate, perché considerate una minaccia alla salute o alla sicurezza, oppure perché a essa si associa una riduzione dello *status* di un quartiere o di un'area geografica.

⁶⁰ U. BECK, *op. cit.*, 280.

⁶¹ Per un primo approccio al fenomeno della post verità si veda G. MADDALENA, G. GILI, *Chi ha paura della post verità? Effetti di una parabola culturale*, Marietti, Genova, 2017; M. FERRARIS, *Postverità e altri enigmi*, Il Mulino, Bologna 2017.

⁶² È di tutta evidenza l'effetto dirompente della rivoluzione digitale e soprattutto dello sconvolgimento delle classiche strutture sociali e produttive moderne apportato dall'affermazione del *web* tanto da far affermare che ci si trova di fronte a una rivoluzione tecnologica, sociale e antropologica di cui non si sono ancora prese le misure, continuando a leggere il mondo con le categorie obsolete del Capitale invece di guardare alla società attuale (postmoderna) con la categoria della "documerialità" caratterizzata dall'unione tra la forza di costruzione immanente alla documentalità e la forza di diffusione insita nella rete (M. FERRARIS, *op. cit.*, 69). L'unione, la connessione fra documenti e media sta trasformando profondamente la nostra società.

ANNARITA IACOPINO

IDEAS FOR THE CONSTRUCTION OF A MODEL FOR SOCIAL WORK IN RISK SITUATIONS

SUMMARY: 1. The system of “emergency management” in Italy. – 2. Social work in risk situations. – 3. Ideas for the construction of a new model for social work in risk situations. – 4. The transition from the emergency culture to risk culture.

1. *The system of “emergency management” in Italy*

The system of “emergency management” in Italy has always been the prerogative of the civil protection system¹.

The terminology used is not unimportant because it clearly identifies the function that the system performs: managing the critical moment following the occurrence of the event. A perspective, therefore, that overshadows the management of risk, understood as the probability of verifying a causal event of damage, and, even before, identification of the source of danger and the possibility that this becomes damage. And this despite the principles of prevention and precaution playing a central role in the legislative definition of the rules of administrative action².

¹ “Protezione civile (here, civil protection) is an expression that has fairly recently entered Italian law and common use in our language to mean the defence from a public risk (rischio in Italian²). Risk is a concept that may be used also for many aspects of the human condition, the classic philosophical-sociological treatise being *Risiko Gesellschaft* by Ulrich Beck (1986), which will be an important source of the philosophical approach of this study. Here it will be employed for the analysis of a specific public function that is named civil protection and that today, according to a German expression, is considered “one of the supreme tasks of a modern state”. This relevance, which is not only (as may appear at first sight) of administrative interest but of a directly constitutional nature, corresponds to a great progress in the scientific study of disasters (disastrologia) at international level, and Italy is well placed in this progreff. Nevertheless, we can still note the neglect of civil protection in the works of historians and (this is the object of our study) of constitutional and administrative literature”, U. ALLEGRETTI, *The Italian civil protection system. Present situation and prospects of reform*, in *Quad. Cost. online*, 2017.

² On this issue, see M.P. CHITI, *Il rischio sanitario e l'evoluzione dall'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione precauzionale*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comun.*, 2006, 7 ff.; G. D. COMPORTI, *Contenuto e limiti del governo amministra-*

The overlapping between the terms “risk” and “emergency” can be understood clearly also from an institutional point of view and, over time, the perspective has not been significantly changed, despite the civil protection system having been profoundly reshaped for the first time in 2012 and, lastly, it has been the subject of a general review following the approval, in 2017, of the Law no. 30 which contains the basic principles for the reorganisation of the system itself.

The regulation of 2012 has in fact proved completely unsuccessful as the extreme events that have occurred in recent years shown: the earthquakes of *Central Italy* in 2016, the earthquake of *Ischia* in 2017, the avalanche that struck *Rigopiano* in 2017. Although the assets of the Civil Protection Office were redefined with the forecast, in addition to the activities of “risk prevention and prevention” and “rescue of the populations”, of any other necessary and urgent activity intended to “deal with the emergency” and to “mitigate risk” connected to disasters and explicitly referring to emergency planning, training, dissemination of information and knowledge of civil protection among the population.

The events which took place in the years following the legislative amendment have shown the lack of attention to internal and external risk factors and to the planning of interventions that were able to seize not only probable events, but also exceptional ones (“the unusual cases”).

In this regard, it is enough to analyze the programming tools that, in the legislation that has just been examined, should be in charge of risk management with precautionary and preventive purposes, such as, for example, forecasting and prevention and emergency plans.

The former providing a mapping of the territory that, however, has a purely descriptive value, which only contributes to identify any risks on the basis both of the recognition of the disastrous events that occurred, and on the basis of the characteristics of the territory itself: the absence

tivo dell'inquinamento elettromagnetico alla luce del principio di precauzione, in *Riv. Giur. Ambiente*, 2005, 215 ff.; F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Giuffrè, Milan, 2005; ID. *Principio di prevenzione e novità normative in materia di rifiuti*, in *Riv. Quadr. Dir. Amb.*, n. 2, 2011, 14 ff.; R. FERRARA, *I principi comunitari di tutela dell'ambiente*, in *Dir. Amm.*, 2005, 509 ff.; ID. *Precauzione e prevenzione nella pianificazione del territorio: la “precauzione inutile”?*, in *La sicurezza del territorio. Pianificazione e Depianificazione*, Quaderni Riv. Giur. Ed., Giuffrè, Milan, 2014, 55 ff.; G. MANFREDI, *Note sull'attuazione del principio di precauzione in diritto pubblico*, in *Dir pubbl.*, 2004, 1075 ff.; M. RENNA, *I principi in materia di tutela dell'ambiente*, in *Riv. Quadr. Dir. Amb.*, 2012, 62 ff.

of the prescriptive rather, in fact, causes the precautionary and preventive function that is inherent to risk planning to fail.

The same considerations shall be applied to emergency plans. They are divided into three fundamental parts: a general part, which collects all information on the characteristics and structure of the territory; a part in which the objectives to be reached are set to give an adequate civil protection response to any emergency situation, and the responsibilities of the various actors involved; a model of intervention that assigns the responsibilities of command and control and provides for the rational use of resources, also defining a communication system

It is a “neighbourhood instrument”, that certainly contains in itself an answer to the crisis situation, but which, however, does not integrate into the organization of rescues.

A system that, moreover, does not seem to be able to be modified by its reorganization that has its origins in the Law no. 30 of 2017, which, as recently pointed out, outlines a *“complex function in which three essential moments are identified, the first one referring to the «risk of a harmful event», with respect to which essentially different moments are identified. ranging from forecasting, prevention and risk mitigation, which is obviously connected to the emergency planning activity, the second concerning the actual management of the emergencies, the third relating to their exceeding. They are then openings being realised within the new discipline, and in particular of article 18, in the sense of «spreading» the culture of risk within the administration, so as also to metabolize it within the decisions of a planning nature of the administration”*³. In fact, the third paragraph of this article provides expressly for the coordination between plans and programmes for the management and protection of the territory with the risk scenarios and the operational strategies contained in the civil protection plans; in parallel, article no. 22 provides that the Civil Protection Department ensures the coordination and management of structural and non-structural action plans for the “overall improvement of the management of emergencies and ... [of] the reduction of risks ...”.

However, these openings do not allow a trend reversal of system that remains focused on civil protection functions, as can be seen from the

³ L. GIANI, *Dalla cultura dell'emergenza alla cultura del rischio: potere pubblico e gestione delle emergenze*, in S. MARIANTONI, A. VACCARELLI, *Individui, comunità e istituzioni in emergenza*, Franco Angeli, Milan, 2018.

examination of the planning purposes indicated by article no. 18: definition of information strategies and intervention model containing the organization of the structures for carrying out civil protection activities; definition of the communication flows between the components and operational structures of the National Service of Civil Protection concerned; definition of the mechanisms and procedures for the revision and updating of the planning, for the organization of exercises and for the related information to the population, to be ensured also during the event, etc.

It is, therefore, a system that does not seem to seize the fundamental need to define (or rather to impose), through programming tools and planners, adequate measures that allow us to eliminate the risk of the occurrence of the uncertain event, to restrict the phenomenon thus normalizing not only what is very probable, but also what is very unlikely. A system in which, *inter alia*, there is a lack of coordination between preventive and precautionary planning and operational planning, which determines the impossibility of defining an effective risk management system: the programmes and the plans do not identify the precaution and prevention tools and, in essence, maintain the characteristic of a system focused on the moment following the occurrence of the event, or, if they identify them, they are limited to civil protection activities and not to real prevention (and precaution) activities.

This is why a reinterpretation of the system has become necessary in order to allow the transition from the culture of emergency to one of risk, through the identification of an overall methodology, based on the principles of precaution and prevention, which must permeate not only the legislative level, but all the activity of the public administration, up to the concrete decision.

2. *Social work in risk situations*

This much is quite clear in the social services sector, which is a key sector for activating the resilience of those communities that are affected

by the calamitous event⁴. The analysis of the methods used by social service after the earthquake in the central Italy in 2016 has highlighted the total lack of useful tools for social workers, both with reference to prevention, and management of emergency: the current model, in fact, does not allow operators to acquire sufficient knowledge and, consequently, to possess the specific capacities necessary to operate in emergency situations.

The organizational model of Civil Protection does not provide a specific social service intervention, despite the fundamental role that the social services play in helping the populations in case of emergency situations, as a link between the health area and the psycho-educational one, and thus allowing the integration between the various services in the social-health area even in such exceptional circumstances.

Also in this case, however, the overlapping between emergency and risk that characterizes the Italian crisis management system is clear. An outstanding example is the “PASS” Directive, issued by the President of the Council of Ministers on 6 April 2013. The examination of the provision shows, in fact, the attention to the moment following the occurrence of the event, so much so that the assumption on which the provisions contained in the directive are based is that “the calamitous events included in the cases referred to in article 2, no. 225 Law 24 February 1992, can determine the reduction or interruption of basic health care services and social and health assistance to the affected populations”.

The Directive identifies the broad lines and basic characteristics that the Social Health Assistance Places (PASS) must possess in order to be used in emergency situations following disastrous events, but which does not impose on the regions and autonomous provinces how prepare them and use them when an emergency occurs.

The benefits of the PASS fall within the activities of the civil protection health function; the PASS is therefore an “emergency structure” (which is part of the “mobile convoy” of civil protection, national or regional) which has as its main purpose that of supporting the local health system affected by disasters. PASS, according the directive, are set up “in ordinary time to be used in emergencies”; they are entrusted with the task of providing the health service of a region

⁴ AA.VV. *Servizio Sociale e calamità naturali. Interventi di servizio sociale*, Edizioni EISS, Rome, 2016; AA.VV., *Il servizio sociale nell'emergenza. Esperienze e prospettive dall'Abruzzo all'Emilia*, Aracne, Rome, 2013.

with autonomous province affected by a catastrophe, a structure in which, in the case of the unavailability or inadequacy of the structures assigned in an ordinary way, healthcare staff can carry out basic and socio-health; to integrate, at the request of the Health Service, the territorial services, with qualified health personnel for basic health care and social-health assistance.

Another emergency structure is the one defined by the previous Directive, dated June 13, 2006, with which the President of Council of Ministers had set the maximum criteria to face the psycho-social needs that arise as a result of national emergencies through actions and coordinated interventions able to guarantee effective and quality responses. In particular, in defining the organizational network, the document provides for the establishment of autonomous regions and provinces – in relation to the geosocial characteristics and the extent of the risks present in its territory, of the Psychosocial team for emergencies – Epe. The teams operate within the emergency system, guaranteeing their intervention in case of catastrophic events.

The Directive also seems to address the issue of prevention, in particular emphasizing the importance of training within prevention strategies: “The widespread and in-depth knowledge of risk scenarios, organizational procedures and the most appropriate behaviour to be taken in emergencies, may in fact improve supervisory levels, reduce response times, reinforce the most effective behaviour to combat threats and limit the effects of damaging events”.

The document, in fact, identifies the general purpose of each training action in this field: to disseminate and consolidate effective strategies to deal with the dangers by rapidly activating perceptive selection processes and complex cognitive processes, in the face of intense emotions and non-ordinary communication processes. Professionals working in psychosocial field must be adequately trained and updated to carry out activities that are typical of a collective emergency context: information activities aimed at the population on stress management techniques and on reactions to critical situations; reunification activities with family members; data collection for post-emergency assessment; information related to the practical needs of the population.

Therefore, in the system is a growing awareness of the indispensability of a preventive and specific formation that allows the condition of social discomfort deriving from the catastrophe to be dealt with given the complexity of the need, which requires a multidisciplinary

mensional reading, and the different nature of the need itself, depending on the geosocial characteristics of the territory.

However, even in this case, the openings of the system concern almost exclusively the moment following the occurrence of the event and in any case they did not become into effective tools contained in civil protection plans.

This becomes evident by analyzing the guidelines relating to the drafting of the municipal emergency plan and in particular the definition of the organizational network.

In fact, the emergency plan contains all the intervention procedures to be implemented when an emergency event occurs, ensuring coordination of the structures called to manage the emergency; defining the main actions to be carried out and the subjects to be involved in the occurrence of an emergency event and reports the flow of information that must be guaranteed between the institutional subjects and the Municipality and the subjects operating in the territory that contribute to the management of the emergency, as well as actions to guarantee the timely communication of information of the population.

For this purpose, the Guidelines of the Civil Protection Department provide for the establishment of a Municipal Operative Centre (COC), a coordination centre that supports the Mayor in the management of the emergency, in the direction and coordination of the relief and assistance services to the population. The Guidelines identify 14 support functions within the COC and also the tools for coordination between the various functions, so as to guarantee an efficient and immediate response to the different needs that emerge in emergency situations.

Among the various support functions, Function no. 2: Health, Social Care and Veterinary ensures the management of medical assistance, veterinary assistance and social assistance services; monitoring the situation from a health, veterinary and social assistance perspective; the information to the Mayor about the situation in progress and the progress of rescue operations and of the resources employed and available and therefore of the eventual need to find further resources and means. Function no. 13: Assistance to the population, guarantees of assistance to the population who are homeless or subject to other difficulties (accommodation, food, services); management of aid to the population, with particular reference to the identification of priorities; drafting of the deeds necessary for the provision of buildings or areas.

It is evident how the social services can assume a fundamental role within these two functions, given capillary knowledge of the territory

and above all the needs of the population, as well as the specific professional competence in the interventions supporting the “fragile” population, but it is also evident how his role seems to be marginal, on the contrary, since it is not declined in detail and, above all, does not carry out responsibilities and coordination functions. In fact, if the municipal emergency plans are analyzed, it will be possible to verify that the person responsible for the health service is responsible for Function 2 and the representatives of the voluntary organizations (for example, the Red Cross) are responsible for Function 13.

In addition to that, there are no legislative provisions for the coordination of the municipal emergency plan with social planning nor, at the same time, participation of social workers in drafting emergency plans.

3. Ideas for the construction of a new model for social work in risk situations

In the context of an institutional system that guarantees not only individual resilience but also that of the whole community, social workers play a fundamental role⁵. It is worth pointing out in this regard that the article 40 of Code of ethics of social workers expressly provides: “*In the event of a major catastrophe or serious social emergency, a social worker must make themselves available to their employers or to the competent authorities, so that they can use their skills to assist in programmes and interventions aimed at overcoming the crisis*”.

The aim of this provision can be understood if we consider the degree of knowledge and integration in the territory that social workers have, thus being able to play a fundamental role in the management of emergencies. It would therefore be desirable that in emergency situations the Civil Protection service should have social professionals in it, so as to encourage coordinated and multidisciplinary and

⁵ “Il servizio sociale, [...], si colloca con appropriatezza come una delle discipline deputate a svolgere un ruolo attivo e strategico entro il sistema della Protezione civile, tanto quanto va impiegato nella protezione quotidiana della vita delle persone nei territori”, L. GUI, *Funzioni e prospettive del servizio sociale nelle calamità. Primi esiti di una ricerca*, in AA.VV. *Servizio Sociale e calamità naturali. Interventi di servizio sociale*, cit., 106.

instantaneous action, without committing errors and above all standardizing the aid responses.

It is therefore necessary to identify, referring mainly to the function of social service, instruments and “rational” procedures, both in the static-organizational profile and in the dynamic-functional profile, in order to outline a possible planning and regulatory model that allows the overcoming the critical aspects of the current decision-making model, by bringing into the ordinary framework interventions in the case of extraordinary events.

Tools and procedures that not only guarantee the appropriate training of social workers and allow their active participation in the planning of interventions, but also contemplate, in advance of the event taking place, prevention activities, such as community risk education as well as the construction of a network between the institutional actors and those not present in the territory which, in times of crisis, allow to provide adequate responses to the needs of the population, ensuring the activation of the resilience of the affected community and the consequent immediate activation of the population that can in this way immediately take control of events, and then maintain and strengthen it in the subsequent stages of recovery and reconstruction.

In particular, planning and programming tools and procedures not only for the emergency, but also for the preceding and the following moment, avoid overlapping between the motions of risk and emergency, guarantee immediate and effective intervention and play a fundamental role in the process of resilience and resistance⁶. The experiences of the past few years have trated demons this. On the occasion of the 2009 earthquake in *L'Aquila*, social service systems collapsed and social workers themselves, many of them victims, were absent for days from their professional contexts, resulting in the impossibility of activating all the necessary services. In *Emilia Romagna*, in 2012, the social services system, well structured and supported by a special regional and territorial organization, became a reference point for the population⁷.

In this regard, it must however be emphasized that organization of social workers in that case was born and was managed by the Council of Social Workers of *Emilia Romagna* that has collected the availability of

⁶ T. CRESPELLANI, *Terremoto: “evento naturale” ed “evento sociale”*, speech at Festival Scienza. L'alfabeto della Scienza - V Edizione, Cagliari, 6-11 November 2012.

⁷ A. FIORENTINI, *Storie emiliane. L'Azione dell'Ordine regionale*, in AA.VV. *Servizio Sociale e calamità naturali. Interventi di servizio sociale*, cit., 27 ff.

its members. By coordinating with the Regional Civil Protection Agency and the Coordination of Regional Social Policies, volunteer social workers were assigned to the territory on the basis of need. The Regional Council also activated immediately after the event a telephone number available to citizens but also to social workers; it developed an aid and support procedure and, as a result of the experience in the field, has highlighted the need to develop a model of intervention (the “Sisma Group” was created with the aim of identifying ways of participating in civil protection activities).

And it is from experience that it is possible to identify the aims of social work in areas where natural (and non-natural) risks are present. In fact, prior to the occurrence of the event, the social service must first be able to participate in planning, organization, monitoring and verification of the Civil Protection initiatives, but must also implement specific training courses to contribute to providing information to the population and to encourage and stimulate the active participation of the community, through the provision of forms of aid and organization.

In the emergency phase, social workers must always guarantee, while taking into account the particular conditions, respect for human dignity, the need for intimacy, the right to privacy, the maintenance of family relationships. They must be able to accept, through the organization of a system of intervention of professional social service, demands expressed by the persons affected. Finally, social services must be able to participate in planning after the event, promoting services and initiatives aimed at the community and the people who guarantee social reconstruction of the community and favour processes of elaboration of the event, both individually and collectively.

Consequently, preparation of social workers should consist, at the same time, in professional preparation in the strict sense of the word (knowing what to do, available and usable resources, creation of new tools) and in the acquisition of skills to become community trainers. Preparing people in the pre-emergency is, in fact, fundamental, we must know how to give the right knowledge, the right tools, so that the event is not simply suffered by the community, but that it is able to be reborn and can continue to write its own story and that together with the sense of belonging can find the right motivation for mutual collaboration and the maintenance of those shared values that make a community such.

Experience also teaches that in situations of natural disasters two “types” of social workers are indispensable: social workers, employees of the local institution affected by the disaster and social workers from

outside the territory. The first play a fundamental role in the preparation of intervention, by applying physical, social, economic knowledge of territory, people, associative realities, social and economic resources and their distribution in the territory. This social worker acts to promote the creation of places and moments of meeting, aimed at raising awareness and knowledge of hazards of the territory in question.

These activities take place in “ordinary” situations, thus establishing relations between the associations and the local population, in order to create a capillary network which, in the event of an emergency, is promptly activated. The preparation of the population would allow the acquisition of precise knowledge: what hazards loom over the territory; what causes; what will the consequences be; what are the traumatic events will occur; how to act.

Social workers outside the territory, on the other hand, arrive at the moment of emergency as a support to social workers of the place where the event occurred, they must be provided with tools to operate effectively: the social workers must therefore be provided with information on affected population, its territory, as well as an indication of all the instruments that can be activated.

4. The transition from the emergency culture to risk culture

The foregoing considerations thus demonstrate the fundamental role of planning and programming of social interventions in the areas where natural hazards (but not only) are present.

Moreover, in these territories risk management also represents a social need and, therefore, must become an integral part of social planning, which represents the response to the needs of the territory. Consequently, the centrality of social planning becomes apparent, which is the instrument of social planning that has the task of reading the socially understood territory, seizing its characteristics and potential, to define objectives of the medium-term social protection system, in compliance with the universalistic criterion of network logic, through broad social involvement.

Planning allows development of organizational strategies in relation to the needs, processes, services and resources of the territory, and therefore also of risk management strategies. From this perspective, a further profile is intercepted that is proper to the administration of risk and that is represented by the relationship that exists between technique

(science) and law and therefore the unavoidability of the consideration of technical-scientific data in the provision of a management system. of the risk, also from a social point of view, connoted by effectiveness and, therefore, by the provision of rational tools and procedures that condition the administrative decision to the data itself, both on the planning level and on the specific decision level.

The “protection” and crisis management system, and the legislative and regulatory instruments connected to it must therefore be closely connected to the prevention system, through the identification of risks and the planning of protection measures, also from a social point of view, in areas that these risks present. From this perspective, it would perhaps be appropriate to re-establish the system starting from the concept of civil security, as is the case in the French legal system⁸, in which the prevention, “protection” and crisis management system finds its central core in planning tools of prevention interventions, which is accompanied by an operational, progressive and permanent planning, thus allowing the management of risk and crisis situations according to a pattern that leads back to the “ordinary” nature of the work and, in this way, brings about the transition from emergency to risk culture.

⁸ Concept of “*sécurité civile*” is actually defined by article L112-1 of Code de la sécurité intérieure that reads: “*La sécurité civile (...) a pour objet la prévention des risques de toute nature, l’information et l’alerte des populations ainsi que la protection des personnes, des biens et de l’environnement contre les accidents, les sinistres et les catastrophes par la préparation et la mise en œuvre de mesures et de moyens appropriés relevant de l’Etat, des collectivités territoriales et des autres personnes publiques ou privées*”.

FRANCESCO GASPARI

PREVENZIONE E PIANIFICAZIONE DEI RISCHI E DELLE EMERGENZE IN AMBITO AEROPORTUALE

SOMMARIO: 1. Trasporto aereo e crescita del volume di traffico negli aeroporti. – 2. Sicurezza aeronautica, prevenzione e pianificazione dei rischi e delle emergenze. Il principio di precauzione. – 3. Il Piano di Emergenza Aeroportuale. – 4. I poteri di ordinanza nella regolazione delle situazioni emergenziali aeroportuali. – 5. L'Ente Nazionale per l'Aviazione Civile e i gestori aeroportuali nell'attuale assetto normativo. – 5.1 L'Ente Nazionale per l'Aviazione Civile. – 5.2 Il gestore aeroportuale. – 6. La ripartizione di competenze pubblicistiche tra ENAC e gestore aeroportuale in materia di operazioni di verifica dell'efficacia del Piano di Emergenza Aeroportuale. – 7. Considerazioni conclusive.

1. *Trasporto aereo e crescita del volume di traffico negli aeroporti*

Le politiche di liberalizzazioni dell'Unione europea in materia di trasporto aereo attuate dalla fine degli anni Ottanta del secolo scorso hanno determinato “una vera e propria rivoluzione nel sistema del trasporto aereo”¹.

La libertà di accesso all'esercizio dell'attività di trasporto aereo, riconosciuta a tutti i vettori eurounitari, ha determinato un'intensa crescita del traffico aereo², che a sua volta ha prodotto un notevole incremento del congestionamento dei maggiori aeroporti dell'Unione³.

¹ Così G. SILINGARDI, *I controlli sui servizi aerei*, intervento al Convegno su *La riforma dell'aviazione civile in Italia*, Roma, 30 giugno 1998, in *Dir. prat. av. civ.*, n. 1, 1998, 33, 34.

² M.E. LEVINE, *Airport Congestion: When Theory Meets Reality*, in *Yale Journal on Regulation*, vol. 26, n. 1, 2009, 37, 58, il quale descrive efficacemente tale fenomeno con l'espressione “*more flights to more places*”.

³ Cfr., sul punto, S. ZUNARELLI, *Lezioni di diritto dei trasporti*, Bonomo, Bologna, 2005, 152; R. INVERNIZZI, M.A. SANDULLI, *Trasporti aerei e aeroporti*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. Chiti e G. Greco, *Parte speciale*, tomo IV, Giuffrè, Milano, 2007, 2025, 2080-2081; M. SEBASTIANI, *Il settore aereo fra liberalizzazione e concentrazione*, in *L'industria*, n. 1, gennaio-marzo 2002, 107, 107-108. Sul problema del congestionamento si v., altresì, M.E. LEVINE, *Airport Congestion*, cit., 37 ss. Sul problema del congestionamento a livello internazionale come conseguenza dei processi di liberalizzazione del trasporto aereo si v. WTO, *Report of the Second Session of*

Come rilevato dalla Commissione europea⁴, fra il 1992 e il 2008 le rotte intracomunitarie sono aumentate del 120%, e nello stesso periodo le rotte intracomunitarie con più di due compagnie aeree concorrenti sono aumentate del 320%.

In un'altra Comunicazione⁵, la Commissione rileva come il traffico aereo in Europa sia triplicato tra il 1980 e il 2000 e il numero delle rotte aeree intracomunitarie sia aumentato del 150% tra il 1992 e il 2005. Secondo le stime riportate dalla Commissione, se si conferma la tendenza attuale, la domanda di servizi aerei raddoppierà nell'arco di 20 anni⁶.

Anche stime più recenti confermano tale trend. Si prevede, infatti, che il settore aeronautico continuerà a crescere nei prossimi 20 anni e che nel periodo 2017-2036 le compagnie aeree europee acquisteranno oltre 7.500 nuovi aerei per un valore superiore a \$ 1100 miliardi⁷.

Nel 2016, il traffico passeggeri in Europa è aumentato del 4,3% rispetto al 2015, nonostante la situazione economica, le incertezze politiche legate soprattutto alla c.d. Brexit, oltre alle problematiche legate alla sicurezza e al terrorismo⁸.

the Review Mandated under Paragraph 5 of the Annex on Air Transport Services held on 2 October 2007, S/C/M/89, 19 novembre 2007, § 69.

⁴ Comunicazione della Commissione, *Un futuro sostenibile per i trasporti: verso un sistema integrato, basato sulla tecnologia e di agevole uso*, 17 giugno 2009, COM (2009), 279 def., punto 8, nota 9.

⁵ Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Un piano d'azione per migliorare le capacità, l'efficienza e la sicurezza degli aeroporti in Europa*, 24 gennaio 2007, COM (2006) 819 def., punto n. 1, 2.

⁶ Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Un piano d'azione per migliorare le capacità, l'efficienza e la sicurezza degli aeroporti in Europa*, 24 gennaio 2007, COM (2006) 819 def., punto n. 2, 2. Su tali dati e sulla continua crescita del traffico aereo in Europa (e nel mondo) si v., altresì, J. ALMUNIA, *The role of public services in "Europe 2020"*, Discorso tenuto al CEEP Congress di Madrid, 31 maggio 2010 (Speech/10/276).

⁷ Così BOEING, *Current market outlook 2017-2036*, 58-59, disponibile su internet, alla pagina web <http://www.boeing.com/resources/boeingdotcom/commercial/market/current-market-outlook-2017/assets/downloads/cmo-2018-2-22.pdf>.

⁸ BOEING, *Current market outlook 2017-2036*, cit., 58. Cfr., altresì, ENAC, *Dati di traffico*, 2017, disponibile su internet, alla pagina web https://www.enac.gov.it/Home/Strilli_Secondari/info133524029.html; Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Una strategia per l'aviazione in Europa* del 7 dicembre 2015, COM (2015) 598 final.

Anche a livello globale si prevede che il trasporto aereo continui a crescere in modo significativo nei prossimi anni⁹.

Tali dati sono importanti ai fini del presente scritto per una duplice ragione. Da un lato, essi mostrano come gli aeroporti – parte fondamentale del sistema dell'Unione europea in materia di trasporto aereo – abbiano assunto un'importanza crescente per l'economia europea¹⁰. Dall'altro lato, la notevole mole di passeggeri e merci che ogni giorno transitano all'interno degli aeroporti, non solo determina la congestione degli aeroporti, con tutte le relative problematiche, ma impone anche di adottare un adeguato (e più evoluto) approccio nell'affrontare le situazioni di crisi (o di emergenza) dovute ad incidenti, attacchi terroristici, ecc. Si tratta, cioè, di adottare politiche e misure di sicurezza aeroportuale volte non (più) soltanto alla gestione dell'emergenza *ex post*, vale a dire come risposta bensì immediata, ma successiva all'evento dannoso, ma anche e soprattutto all'esercizio di un controllo preventivo ed anticipato sulle fonti di pericolo e di danno per l'uomo¹¹.

2. Sicurezza aeronautica, prevenzione e pianificazione dei rischi e delle emergenze. Il principio di precauzione

Negli ultimi 50 anni si è assistito ad un notevole miglioramento della sicurezza aeronautica, che ha portato nel corso degli anni ad “una diminuzione significativa del tasso d'incidenti”¹².

Il miglioramento della sicurezza nel trasporto aereo è stato, in larga parte, determinato sia dall'evoluzione del concetto di qualità e del con-

⁹ BOEING, *Current market outlook 2017-2036*, cit., 19, laddove si rileva che “[a]s the industry has evolved from its infancy in the 1940s through the dawn of the jet age, the number of passengers traveling annually has grown from about 100 million in 1960 to just over 1 billion in 1987. It took 18 years to double to 2 billion passengers, and only 7 more years to grow to 3 billion. The upward trajectory is expected to continue, especially in regions such as China, India, and Southeast Asia as these economies expand and more people choose air travel”.

¹⁰ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *La politica aeroportuale nell'Unione europea: assicurare capacità e qualità atte a promuovere la crescita, la connettività e la capacità sostenibile*, 1 dicembre 2011, COM (2011) 823 def., § 1, punto 1.

¹¹ Cfr., in merito, A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Il Mulino, Bologna, 2008, 192.

¹² B. FRANCHI, *L'attività di prevenzione nel diritto aeronautico: profili normativi e problematiche giuridiche*, in *Resp. civ. prev.*, n. 6 del 2009, 1231 ss., il quale richiama i dati forniti dall'*International Civil Aviation Organization* (ICAO).

trollo di qualità stesso¹³, sia dal ricorso alla valutazione del rischio, inteso come “funzione dei fattori di pericolosità, vulnerabilità ed esposizione”¹⁴. Un tale *risk assessment* “indica, anzitutto, il passaggio da una logica meramente successiva, di soccorso rispetto alle conseguenze di un fatto lesivo ormai verificatosi, a una logica preventiva che si basa, appunto sullo studio del rischio (la previsione) che si colloca in un momento precedente all’evento dannoso (sia esso naturale o umano) ed ai suoi possibili effetti”¹⁵.

In altri termini, si è registrata, negli ultimi decenni, un’evoluzione dell’approccio alla sicurezza, “che ha portato dalla sicurezza c.d. reattiva, per la quale i miglioramenti nascono in risposta ad incidenti, alla sicurezza c.d. proattiva, che nasce quando l’intero sistema pone la prevenzione degli incidenti come fondamento dell’organizzazione”¹⁶.

Come è stato rilevato, il passaggio alla prevenzione del rischio è dovuto principalmente a due fattori: per un verso, l’aumento delle norme, interne ed europee, che hanno affidato alle amministrazioni il compito di valutare il rischio (che diventa così un parametro dell’azione amministrativa); per un altro verso, l’affermazione del principio di precauzione come principio generale che opera come supporto tecnico e scientifico nell’attività amministrativa¹⁷.

Il primo fattore può essere configurato come un allargamento del principio di legalità, giacché “quando la norma assegna un compito all’amministrazione, questa ha l’obbligo di attuarlo”¹⁸. Alla luce di ciò, tutte le amministrazioni pubbliche devono valutare – nell’ambito della loro attività ordinaria – la pericolosità di attività o di prodotti al fine di permettere il loro svolgimento o la loro produzione. La materia della

¹³ Agenzia nazionale per la sicurezza del volo (ANSV), *Rapporto informativo 2008*, Roma, 2009, 52.

¹⁴ Così A. FIORITTO, *L’amministrazione dell’emergenza*, cit., 192.

¹⁵ Così A. FIORITTO, *L’amministrazione dell’emergenza*, cit., 193, il quale rileva inoltre che la valutazione del rischio indica “la misura di quanto i singoli beni della vita siano esposti ad una potenziale alterazione o distruzione al verificarsi di uno specifico e determinato evento” (*ibidem*). Cfr., inoltre, M.P. CHITI, *Il rischio sanitario e l’evoluzione dall’amministrazione dell’emergenza all’amministrazione precauzionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, 1 ss.; A. ANTONINI, *Prevenzione degli incidenti aerei: profili evolutivi della normativa*, in AA.VV., a cura di B. Franchi, S. Invernizzi, *Prevenzione degli incidenti aerei. La nuova normativa internazionale e dell’Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2015, 243 ss.

¹⁶ ANSV, *Rapporto informativo 2008*, cit., 52.

¹⁷ A. FIORITTO, *L’amministrazione dell’emergenza*, cit., 193.

¹⁸ A. FIORITTO, *L’amministrazione dell’emergenza*, cit., 193, il quale aggiunge che la legalità opera non solo come parametro ma anche come obbligo.

protezione civile fornisce un chiaro esempio del passaggio dalla logica del mero soccorso, di cui alla disciplina precedente alla legge 24 febbraio 1992, n. 225¹⁹, a quella della previsione-prevenzione del rischio, introdotta da tale normativa²⁰ e oggi contenuta, dopo l'abrogazione di siffatta legge, nel d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1, recante *Codice della protezione civile*²¹.

Per quanto riguarda il trasporto aereo, le specificità tecniche che caratterizzano tale tipo di trasporto hanno determinato, nel corso del tempo, la elaborazione di strumenti di prevenzione a garanzia della sicurezza del volo. Tali strumenti trovano il rispettivo fondamento giuridico in fonti normative eterogenee e multilivello²².

Nell'ambito del trasporto aereo, la dottrina individua quattro tipologie di strumenti di prevenzione. In primo luogo, la c.d. *regulatory safety*, vale a dire “la fissazione di norme, di varia natura, finalizzate a creare le premesse perché la navigazione aerea venga esercitata in sicurezza”. In secondo luogo, le attività ispettive, “finalizzate a verificare che le norme esistenti in materia di sicurezza del volo trovino costante e corretta applicazione”. In terzo luogo, “il monitoraggio costante di tutti i fattori pregiudizievoli per la sicurezza del volo al fine di ricavarne elementi utili a fini di prevenzione”. Infine, le inchieste tecniche sugli incidenti e sugli inconvenienti gravi (o mancati incidenti), “finalizzate ad individuare le cause degli eventi per evitarne, anche tramite l'emanazione di proposte migliorative della sicurezza del volo (raccomandazioni di sicurezza), il ripetersi”²³.

¹⁹ Recante *Istituzione del Servizio nazionale della protezione civile*.

²⁰ Cfr., sul punto, C. MEOLI, *La protezione civile*, in AA.VV., a cura di S. Cassese, *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, Tomo II, vol. V, Giuffrè, Milano, 2003, 2145, 2151.

²¹ Entrato in vigore il 6 febbraio 2018.

²² La nozione di prevenzione è rintracciabile nell'ICAO *Accident Prevention Manual* (Doc 9422), laddove si precisa che “the objective of accident prevention is to prevent aircraft accident, thus improving public confidence in the safety of air travel, saving lives and money and reducing suffering”. Cfr., sul punto, B. FRANCHI, *L'attività di prevenzione*, cit., 1232, spec. nota n. 5. Tale *Manual* è stato sostituito dall'ICAO *Safety Management Manual* (SMM) (Doc 9859), che definisce anche concetti quali *Safety management system*, inteso come “A systematic approach to managing safety, including the necessary organizational structures, accountabilities, policies and procedures”, nonché *Risk mitigation*, inteso come “The process of incorporating defences or preventive controls to lower the severity and/or likelihood of a hazard's projected consequence”, mentre con il termine *Defences* s'intendono “Specific mitigating actions, preventive controls or recovery measures put in place to prevent the realization of a hazard or its escalation into an undesirable consequence”.

²³ B. FRANCHI, *L'attività di prevenzione*, cit., 1233-1234. Sul concetto di *safety* e sulla

Il secondo fattore che favorisce il passaggio alla logica della prevenzione dei rischi è l'affermazione del principio di precauzione²⁴, che dalla sua originaria applicazione al diritto dell'ambiente assurge oggi a principio generale del diritto dell'Unione europea, nonché a principio generale dell'azione amministrativa nell'ordinamento interno, in virtù del rinvio operato dall'art. 1 della legge n. 241 del 1990 ai principi dell'ordinamento dell'Unione²⁵.

La giurisprudenza dell'Unione ha definito il principio in esame come

distinzione tra *safety* e *security* v. S. BUSTI, *L'Allegato 19 "Safety Management" alla Convenzione relativa all'aviazione civile internazionale*. Nuovi spunti normativi per la *safety* aeronautica, in AA.VV., a cura di B. Franchi, S. Invernizzi, *Prevenzione degli incidenti aerei*, cit., 139, 139-141; F. PELLEGRINO, *Sicurezza e prevenzione degli incidenti aeronautici nella normativa internazionale, comunitaria e interna*, Giuffré, Milano, 2007, 71 ss. Si v., altresì, A. ANTONINI, *La sicurezza in campo aeronautico*, in AA.VV., a cura di U. La Torre, A.L.M. Sia, *La sicurezza nel trasporto e nelle infrastrutture della navigazione marittima ed aerea*, Soveria Mannelli, Catanzaro, 2011, 267 ss.; C. MEDINA, *I profili di safety*, in AA.VV., a cura di G. Camarda, M. Cottone, M. Migliarotti, *La sicurezza negli aeroporti*, Giuffré, Milano, 2005, 33 ss.; A. XERRI SALAMONE, *La sicurezza come valore nel diritto della navigazione e dei trasporti e nella formazione di un diritto comune europeo*, in AA.VV., a cura di R. Tranquilli Leali, E. Rosafio, *Sicurezza navigazione e trasporto*, Giuffré, Milano, 2005, 155 ss.; E. TURCO BULGHERINI, voce *Sicurezza della navigazione*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, Giuffré, 1990, 461 ss.; R. JAKHU, K.-W. CHEN, *The missing link in the global aviation safety and security network: the case of Taiwan*, McGill CRASL, Occasional Paper Series No. XX, September 2016, 1, spec. nota n. 5; WEBER L., *The Chicago Convention*, in AA.VV., a cura di P.S. Dempsey, R. Jakhu, *Routledge Handbook of Public Aviation Law*, New York, Routledge, 2016, 9, 16. Sulla *aviation safety* a livello internazionale e sul ruolo dell'ICAO v. HUANG J., *Aviation Safety through the Rule of Law. ICAO's Mechanisms and Practices*, Kluwer law International, Alphen aan den Rijn, 2009.

²⁴ A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza*, cit., 194.

²⁵ M.P. CHITI, *Il rischio sanitario*, cit., 7 ss.; F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Giuffré, Milano, 2005, 57, 65 ss.; ID., *Il principio di precauzione*, in AA.VV., a cura di M. Renna, F. Saitta, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffré, Milano, 2012, 413 ss.; B. MARCHETTI, *Il principio di precauzione*, in AA.VV., a cura di M.A. Sandulli, *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffré, 2011, 149 ss.; R. FERRARA, *I principi comunitari di tutela dell'ambiente*, in *Dir. amm.*, n. 3 del 2005, 509, 532 ss.; ID., *La protezione dell'ambiente e il procedimento amministrativo nella "società del rischio"*, in *Dir. soc.*, 2006, 507 ss.; P. SAVONA, *Dal pericolo al rischio: l'anticipazione dell'intervento pubblico*, in *Dir. amm.*, 2010, 355 ss.; G. ROSSI, *Parte generale*, in AA.VV., a cura di G. Rossi, *Diritto dell'ambiente*, Giappichelli, Torino, 2008, 39; MARINI L., *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario*, Cedam, Padova, 2004; A. POLICE, *Principi e azione amministrativa*, in AA.VV., a cura di F.G. Scoca, *Diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2017, 191, 210; V. CERULLI IRELLI, *Introduzione*, in AA.VV., a cura di N. Paolantonio, A. Police, A. Zito, *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Giappichelli, Torino, 2005, 1, 4.

*“un principio generale del diritto comunitario che fa obbligo alle autorità competenti di adottare provvedimenti appropriati al fine di prevenire taluni rischi potenziali per la sanità pubblica, per la sicurezza e per l'ambiente, facendo prevalere le esigenze connesse alla protezione di tali interessi sugli interessi economici”*²⁶.

Il principio di precauzione trova fondamento costituzionale nelle norme relative alla tutela della salute, della sicurezza delle persone e dell'ambiente²⁷.

Il suo scopo principale consiste nel fornire *“parametri di giudizio nei contesti in cui prevale l'incertezza, considerata la necessità che l'amministrazione arrivi comunque a una decisione”*²⁸. Ne deriva *“un ampliamento della logica della funzione, dovendosi giustificare l'azione anche nel caso in cui non sia certa la pericolosità del fattore contro il quale la decisione viene assunta in via precauzionale”*²⁹.

Il principio di precauzione si differenzia da quello di proporzionalità³⁰ e di prevenzione³¹, *“perché le decisioni assunte in base a questi ultimi*

²⁶ Così, Tribunale CE, sentenza 26 novembre 2002, cause riunite T-74/00 e altre, punto 184. Sul ruolo “costruttivo” giocato dalla giurisprudenza dell'Unione europea con riguardo al principio di precauzione v. la Comunicazione della Commissione europea sul principio di precauzione, COM(2000) 1 final, 2 febbraio 2000. In dottrina v. D. AMIRANTE, *Il principio precauzionale fra scienza e diritto. Profili introduttivi*, in *Dir. gest. amb.*, 2001, 16, 31-32; G. CORDINI, *Diritto ambientale comparato*, Cedam, Padova, 2002, 202 ss.

²⁷ Cfr., sul punto, A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza*, cit., 195-196.

²⁸ A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza*, cit., 196.

²⁹ A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza*, cit., 196.

³⁰ Il principio di proporzionalità è definito all'art. 5, par. 4, del Trattato sull'Unione europea (TUE), secondo il quale *“In virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati”*. Sull'applicazione di tale principio v., inoltre, il Protocollo n. 2 al TFUE.

³¹ Una definizione di prevenzione è contenuta all'art. 2, comma 3, d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1 (Codice della protezione civile), secondo cui *“La prevenzione consiste nell'insieme delle attività di natura strutturale e non strutturale, svolte anche in forma integrata, dirette a evitare o a ridurre la possibilità che si verifichino danni conseguenti a eventi calamitosi anche sulla base delle conoscenze acquisite per effetto delle attività di previsione”*. I successivi commi 4 e 5 specificano che cosa si debba intendere per attività di prevenzione non strutturale e strutturale, rispettivamente. Una definizione di prevenzione, in parte diversa, era contenuta nell'art. 3, comma 3, legge 24 febbraio 1992, n. 225, abrogato dal citato Codice della protezione civile. Si noti come la prevenzione sia strettamente connessa con la previsione (così A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza*, cit., 197), definita dall'art. 2, comma 2, del medesimo Codice, come *“[...]l'insieme delle attività, svolte anche con il concorso di soggetti dotati di competenza scientifica, tecnica e amministrativa, dirette all'identificazione e allo studio, anche dinamico, degli scenari di*

sono ancora riconducibili ad un esercizio tradizionale del potere amministrativo vincolato ai precetti del diritto positivo”³². In un sistema di incertezza tecnico-scientifica, la conformità del potere amministrativo alle regole della funzione (regole intrinseche del suo esercizio) diviene fondamentale e prevalente rispetto alla conformità al dato legislativo (regole estrinseche)³³. Le regole intrinseche della funzione esistono e vivono indipendentemente dal fatto che siano state positivamente riconosciute e il giudizio di conformità a tali regole della funzione è prevalentemente un giudizio sul fatto³⁴, a differenza del giudizio di conformità al dato legislativo.

Tra gli strumenti di prevenzione mediante i quali si garantisce la sicurezza nel settore assume particolare importanza l'istituto del Piano di Emergenza Aeroportuale (PEA)³⁵.

Il PEA ha la sua base giuridica in molteplici fonti, di carattere multi-

rischio possibili, per le esigenze di allertamento del Servizio nazionale, ove possibile, e di pianificazione di protezione civile”.

³² A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza*, cit., 196.

³³ F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione*, cit., 345.

³⁴ Così G. MORBIDELLI, *Il principio di ragionevolezza nel procedimento amministrativo*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, Cedam, Padova, 1998, III, 92. Cfr., inoltre, F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione*, cit., 345-346; A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza*, cit., 196-197.

³⁵ Un altro strumento di prevenzione molto importante, che però non verrà analizzato in questa sede, è il piano di rischio, disciplinato nell'ordinamento interno dal Regolamento (ENAC) per la costruzione e l'esercizio degli aeroporti, Edizione 2 del 23 ottobre 2014, pubblicato l'11 novembre 2014, Cap. 9, punto 6, dall'art. 707, Cod. nav., nonché – a livello internazionale – dall'Annesso 14 ICAO e – a livello eurounitario – dal Regolamento (UE) n. 139/2014 della Commissione del 12 febbraio 2014 *che stabilisce i requisiti tecnici e le procedure amministrative relativi agli aeroporti ai sensi del regolamento (CE) n. 216/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio*. In particolare, il citato Regolamento dell'ENAC (punto 6.1) “fornisce gli indirizzi sulla base dei quali i Comuni redigono i piani di rischio rivolti alla tutela del territorio limitrofo agli aeroporti per il rischio connesso all'attività aerea” e definisce il piano di rischio come “un documento contenente le indicazioni e le prescrizioni da recepire negli strumenti urbanistici dei singoli Comuni ai sensi dell'art. 707 del codice della navigazione” (punto 6.3). Tali indicazioni e prescrizioni “sono finalizzate a tutelare il territorio dalle conseguenze di un eventuale incidente” (*ibidem*). Il piano di rischio è definito dalla giurisprudenza amministrativa come uno strumento che vincola gli enti locali nella loro discrezionalità urbanistica: Tar Bolzano, 12 settembre 2011, n. 312, in *Riv. giur. edil.*, n. 5 del 2011, 1276 ss., con nota di F. GASPARI, *Piani di rischio, strumenti urbanistici e sicurezza delle attività aeronautiche*. In dottrina, sui piani di rischio si veda il recente contributo di M. PIRAS, *Istituzione dell'infrastruttura aeroportuale. Vincoli alla limitrofa proprietà privata*, in AA.VV., a cura di S. Busti, E. Signorini, G.R. Simoncini, *L'impresa aeroportuale a dieci anni dalla riforma del codice della navigazione: stato dell'arte*, Giappichelli, Torino, 2016, 35 ss.

livello. A livello interno, tale strumento si fonda sul Codice della navigazione (artt. 687, 705, 718, 726, 727)³⁶, sulla legge 9 novembre 2004, n. 265³⁷, su diversi atti normativi dell'ENAC³⁸, nella sua attività nell'ambito del *regulatory safety*³⁹; a livello dell'Unione europea, su un insieme organico di norme in materia di sicurezza aeronautica⁴⁰; a livello internazionale, infine, sull'Annesso 14 ICAO⁴¹.

³⁶ Sulla polizia degli aeroporti v. A. LEFEBVRE D'OVIDIO, G. PESCATORE, L. TULLIO, *Manuale di diritto della navigazione*, Giuffrè, Milano, 2011, 158-159; M. CASANOVA, voce *Polizia aeronautica*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, XI, Torino, Utet, 1995, 123.

³⁷ *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 8 settembre 2004, n. 237, recante interventi urgenti nel settore dell'aviazione civile. Delega al Governo per l'emanazione di disposizioni correttive ed integrative del codice della navigazione.*

³⁸ Regolamento per la costruzione e l'esercizio degli aeroporti, cit., Cap. 9, recante "Prevenzione e gestione dei rischi"; Circolare APT 18A del 30 gennaio 2008, recante "Piano di emergenza aeroportuale – incidente aereo".

³⁹ Cfr., in merito, B. FRANCHI, *L'attività di prevenzione*, cit., 1234 ss.

⁴⁰ A livello eurolunitario è stato elaborato un complesso organico di norme a presidio proprio della sicurezza del volo, come ad esempio il Regolamento CE n. 216/2008, che stabilisce regole comuni nel settore dell'aviazione civile e che istituisce l'EASA, l'Agenzia europea per la sicurezza aerea. Cfr., in merito, B. FRANCHI, *L'attività di prevenzione*, cit., 1234 ss.; A. MASUTTI, *Il diritto aeronautico. Lezioni, casi e materiali*, Giappichelli, Torino, 2009, 219 ss.

⁴¹ Gli standard e le pratiche raccomandate contenute nel menzionato Annesso 14 sono state recepite nell'ordinamento interno mediante il citato Regolamento per la costruzione e l'esercizio degli aeroporti dell'ENAC. Gli Annessi ICAO assumono particolare rilevanza nell'ambito della sicurezza del volo. Incerta era la natura giuridica di tali documenti. La giurisprudenza penale ha affermato che le indicazioni dell'ICAO "quale che sia il loro stato di recepimento negli ordinamenti interni nazionali, esprimono indiscutibilmente lo "stato dell'arte" in materia di sicurezza dei voli e della movimentazione degli aeromobili, quella "buona tecnica", quella universale buona tecnica che nessun causidico può negare debba costituire parametro della diligenza di chiunque, chiamato dalla sua posizione di garanzia, debba occuparsi nell'ambito della comunità internazionale del perseguimento di quel bene primario che è la vita di un numero indeterminato ma assolutamente cospicuo di esseri umani": così Trib. Milano, V Sez. pen., in composizione collegiale, 16 aprile 2004, disponibile alla pagina web www.comitato8ottobre.com/download/processo/it/86Sentenza%20LINATE%2015.7.04.doc. Sulla natura degli annessi ICAO e sul loro recepimento nell'ordinamento italiano la dottrina prevalente ritiene che gli Stati membri della Convenzione di Chicago "non sono obbligati a conformare il loro ordinamento agli annessi, ma sono soltanto tenuti a collaborare per assicurare il più alto grado possibile di uniformità": così A. LEFEBVRE D'OVIDIO, G. PESCATORE, L. TULLIO, *Manuale*, cit., 43-44, nonché dottrina ivi richiamata (nota n. 104). La dottrina minoritaria ritiene, invece, che sussista un obbligo di adeguamento da parte dei sistemi nazionali: così A. MASUTTI, *Il diritto aeronautico*, cit., 34.

3. Il Piano di Emergenza Aeroportuale

Una delle caratteristiche delle situazioni di emergenza è la loro imprevedibilità, mentre possono essere oggetto di pianificazione i rischi e le modalità di intervento nelle fasi di emergenza⁴². Nella logica della prevenzione e della riduzione degli effetti negativi la funzione di pianificazione svolge un ruolo centrale⁴³.

Tale ruolo è svolto nella materia della sicurezza aeronautica dal Piano di Emergenza Aeroportuale, che è espressione del principio di pianificazione dei rischi e delle emergenze⁴⁴.

La pianificazione delle emergenze in tale ambito aeroportuale “*consente di far fronte alle emergenze che possono verificarsi nell'aeroporto o nelle sue vicinanze*”⁴⁵, mediante la individuazione delle procedure per programmare le azioni di risposta di enti diversi o servizi interni o esterni all'aeroporto⁴⁶.

L'obiettivo della pianificazione consiste nel minimizzarne gli effetti con particolare riguardo alla salvaguardia di vite umane dei beni e dell'ambiente ed al mantenimento delle operazioni sull'aeroporto⁴⁷.

La pianificazione implica un'attenta attività di prevenzione-previsione⁴⁸, vale a dire una valutazione delle “*possibili situazioni di rischio derivanti dalle attività che si svolgono nell'aeroporto*” in relazione “*alla dimensione, complessità e tipo delle attività che si svolgono nell'aeroporto*”⁴⁹.

Il piano di emergenza dell'aeroporto consente di affrontare in modo

⁴² Così A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza*, cit., 199.

⁴³ Così ancora A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza*, cit., 199.

⁴⁴ La pianificazione di più ampio respiro è quella contenuta nel Codice della protezione civile (d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1), che detta un sistema complesso, articolato sulla base delle competenze dei vari enti territoriali e sulla rilevanza dell'evento: cfr., sul punto, A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza*, cit., 199. Più in generale, sul sistema nazionale della protezione civile v. C. MEOLI, *La protezione civile*, cit., 2145 ss.

⁴⁵ ENAC, Regolamento per la costruzione e l'esercizio degli aeroporti, cit., punto 1.1.

⁴⁶ ENAC, Circolare APT 18A, cit., punto 3.1.

⁴⁷ ENAC, Regolamento per la costruzione e l'esercizio degli aeroporti, cit., punto 1.1, che menziona come esempi di emergenze, oltre quelle relative agli aeromobili, sabotaggi, dirottamenti, incendi, eventi naturali. In generale, su tali aspetti, si v. A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza*, cit., 191 ss.

⁴⁸ A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza*, cit., 197.

⁴⁹ ENAC, Regolamento per la costruzione e l'esercizio degli aeroporti, cit., punto 1.1, secondo il quale sono, dunque, da considerare, ad esempio, la gestione delle merci, di sostanze chimiche, di materiali pericolosi, di combustibile.

organizzato eventi potenzialmente pericolosi che si possono verificare in ambito aeroportuale individuando le procedure per coordinare l'azione di risposta di diversi enti o servizi, interni ed esterni all'aeroporto⁵⁰.

Il PEA è adottato dall'ENAC e reso esecutivo con ordinanza⁵¹, anche se il gestore "*quale titolare della concessione per la gestione aeroportuale, dotato di organizzazione infrastrutture e mezzi e di adeguata conoscenza delle potenzialità e dell'organizzazione dell'aeroporto e delle possibili condizioni di rischio, predispone, per le parti di competenza, il piano di emergenza*"⁵².

L'ambito territoriale di applicazione del piano coincide di norma con il sedime aeroportuale e quelle aree adiacenti al sedime⁵³.

La valutazione del rischio associato alle attività svolte in aeroporto assume specifica e particolare rilevanza nella redazione del piano, che tiene conto delle tipologie degli aeromobili, delle attività aeroportuali, delle caratteristiche del territorio e delle risorse disponibili all'interno ed all'esterno dell'aeroporto⁵⁴.

Il contenuto del piano di emergenza è specificato dalla normativa dell'ENAC⁵⁵, che prevede anche che le strutture organizzative del gestore responsabili per le attività derivanti dall'attuazione del piano debbano essere identificate nel manuale dell'aeroporto⁵⁶.

⁵⁰ ENAC, Regolamento per la costruzione e l'esercizio degli aeroporti, cit., punto 2.1; ENAC, Circolare APT 18A, cit., punto 3.1.

⁵¹ ENAC, Regolamento per la costruzione e l'esercizio degli aeroporti, cit., punto 2.2; ENAC, Circolare APT 18A, cit., punti 3.2 e 4. L'art. 2, comma 3, legge n. 265 del 2004 prevede, inoltre, che l'ENAC, tramite le proprie articolazioni periferiche (vale a dire, le direzioni aeroportuali), adotti e renda esecutivo il PEA, dopo aver sentito il gestore aeroportuale e l'ENAV, per quanto di loro competenza, nonché gli altri organismi pubblici che operano in aeroporto, al fine di tenere conto delle diverse esigenze. Cfr., in merito, F. PELLEGRINO, *Le competenze del gestore aeroportuale nel quadro della safety e della security dell'aviazione civile*, in AA.VV., a cura di S. Busti, E. Signorini, G.R. Simoncini, *L'impresa aeroportuale*, cit., 75.

⁵² ENAC, Regolamento per la costruzione e l'esercizio degli aeroporti, cit., punto 2.3; ENAC, Circolare APT 18A, cit., punto 4, il quale stabilisce che "*il gestore predisponga le parti di propria competenza del Piano di emergenza e le sottoponga all'ENAC per valutazione*".

⁵³ ENAC, Circolare APT 18A, cit., punto 3.4.

⁵⁴ ENAC, Regolamento per la costruzione e l'esercizio degli aeroporti, cit., punto 2.3; ENAC, Circolare APT 18A, cit., punto 3.3.

⁵⁵ ENAC, Regolamento per la costruzione e l'esercizio degli aeroporti, cit., punto 2.4, che indica i tipi di emergenza previsti, gli enti coinvolti e relative responsabilità, informazioni sui contatti in caso di emergenza e una mappa a griglia codificata dell'aeroporto e delle aree limitrofe.

⁵⁶ ENAC, Regolamento per la costruzione e l'esercizio degli aeroporti, cit., punto

Nella pianificazione del rischio e nella gestione delle emergenze, l'informazione e la comunicazione rappresentano una funzione strategica, in quanto *“maggiore è la consapevolezza e la preparazione della popolazione rispetto ai fatti emergenziali, minore sarà il numero dei beni giuridici lesi dal fatto stesso, nonché la gravità della lesione alla quale gli stessi andranno incontro”*⁵⁷.

Non a caso, nella gestione delle emergenze aeroportuali, la prima delle tre fasi di cui si compone lo *“schema per l'emergenza”*⁵⁸ viene individuata nella *“conoscenza e comunicazione”*⁵⁹, con un ruolo preponderante assegnato al sistema ATS con il compito di portare agli agenti del soccorso l'immediata notizia dell'emergenza. Una tale fase è fondamentale per raccogliere informazioni necessarie e funzionali all'assunzione di decisioni efficaci e si pone, inoltre, come momento cruciale per l'uso e per la circolazione delle informazioni⁶⁰.

È necessario evitare che in situazioni di emergenza le informazioni restino all'interno dell'amministrazione che le ha raccolte, limitandone così la circolazione a discapito dell'efficacia del piano⁶¹, tenendo conto che *“il buon esito delle attività durante l'emergenza è strettamente correlato alle azioni effettuate nei primi 15 minuti dall'avvenimento”*⁶². Per tale

2.6. Secondo il punto 5 della Circolare ENAC APT 18A, cit., *“Sono oggetto di trattazione nel Manuale dell'aeroporto le procedure utilizzate dal gestore per la definizione dei contenuti delle parti del Piano di propria competenza, per il monitoraggio dell'adeguatezza nel tempo di tali contenuti, per la qualificazione del personale coinvolto nelle attività correlate alle emergenze, nonché l'allocazione delle responsabilità per tali attività”*.

⁵⁷ Così A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza*, cit., 200. La funzione di comunicazione delle amministrazioni pubbliche si è notevolmente sviluppata a partire dalla legge 7 agosto 1990, n. 241 sul procedimento amministrativo fino alle recenti normative in materia di agenda digitale ed *e-government*, sulle quali v., per tutti, E. CARLONI, *L'amministrazione aperta. Regole strumenti limiti dell'open government*, Maggioli, Rimini, 2014. Tra i numerosi studi sulla comunicazione v. V. MAZZARELLI, *Discrezionalità e consenso: l'amministrazione irragionevole*, Gangemi, Roma, 2003; AA.VV., a cura di G. Arena, *La funzione di comunicazione nelle pubbliche amministrazioni*, Maggioli, Rimini, 2001; AA.VV., a cura di M. Cammelli, M.P. Guerra, *Informazione e funzione amministrativa*, Maggioli, Rimini 1997; M.A. SANDULLI, voce *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, IV, Giuffrè, Milano, 2000, 1.

⁵⁸ Disciplinato al punto 3 del Regolamento (ENAC) per la costruzione e l'esercizio degli aeroporti, cit., e dal punto 3.5 della Circolare ENAC APT 18A, cit.

⁵⁹ ENAC, Regolamento per la costruzione e l'esercizio degli aeroporti, cit., punto 3.1, lett. a). Le altre due fasi sono il *“soccorso”* e il *“post soccorso”* (lett. b) e c), rispettivamente).

⁶⁰ Cfr., in merito, A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza*, cit., 200 ss.

⁶¹ Su tale profilo, v. A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza*, cit., 201.

⁶² Così ENAC, Circolare APT 18A, cit., punto 3.5

ragione, la fase “*conoscenza e comunicazione*” (come le altre fasi) devono essere disciplinate nel piano di emergenza, nel quale deve essere chiaramente definito, tra l’altro, il “*flusso delle comunicazioni tra le diverse unità/uffici attivate con l’emergenza*”⁶³.

Si prevede che il piano definisca e codifichi, “*nei limiti del prevedibile, il flusso di informazioni che intercorre tra i soggetti attori della gestione dell’emergenza, al fine di rendere disponibili agli stessi, con la necessaria tempestività ed in modo chiaro e conciso esclusivamente le notizie necessarie per la gestione dell’emergenza*”⁶⁴.

L’efficacia del piano è verificata attraverso esercitazioni programmate, disciplinate dalla normativa dell’ENAC⁶⁵.

Le procedure per la valutazione periodica dell’adeguatezza del piano e per l’analisi dei risultati, allo scopo di migliorarne l’efficacia⁶⁶, assumono un’importanza fondamentale⁶⁷, anche per determinare eventuali carenze del piano (che deve essere tempestivamente eliminata⁶⁸), e sono effettuate su iniziativa dell’ENAC⁶⁹.

I risultati delle esercitazioni sono acquisiti dall’ENAC e oggetto di analisi al fine di verificare l’adeguatezza del piano nel tempo⁷⁰.

In ordine al ruolo e alle funzioni del gestore aeroportuale nell’ambito del piano di emergenza aeroportuale⁷¹, dobbiamo rilevare che al gestore vengono attribuiti importanti compiti nell’ambito della gestione delle emergenze⁷², anche se l’esercizio di attività di coordinamento ed impulso

⁶³ ENAC, Circolare APT 18A, cit., punto 3.5.

⁶⁴ ENAC, Circolare APT 18A, cit., punto 3.6.

⁶⁵ ENAC, Circolare APT 18A, cit., punto 6; ENAC, Regolamento per la costruzione e l’esercizio degli aeroporti, cit., punto 4.

⁶⁶ ENAC, Regolamento per la costruzione e l’esercizio degli aeroporti, cit., punto 4.1.

⁶⁷ Cfr., sul punto, F. PELLEGRINO, *Le competenze del gestore aeroportuale*, cit., 76.

⁶⁸ Il Regolamento per la costruzione e l’esercizio degli aeroporti dell’ENAC, cit., punto 4.2, dispone che “*Ogni carenza riscontrata durante le esercitazioni o durante un’emergenza reale deve essere prontamente eliminata dai soggetti interessati*”.

⁶⁹ ENAC, Circolare APT 18A, cit., punto 6. Come è stato affermato dalla recente giurisprudenza amministrativa, i compiti in tema di pianificazione e gestione delle esercitazioni al fine della verifica periodica dell’efficienza del PEA sono necessariamente attribuiti all’ENAC, con esclusione del gestore aeroportuale: Cons. Stato, Sez. VI, sentenza 11 dicembre 2013, n. 5946, punto 4.1.2, su cui v. più ampiamente *infra*.

⁷⁰ ENAC, Regolamento per la costruzione e l’esercizio degli aeroporti, cit., punto 4.5; ENAC, Circolare APT 18A, cit., punto 6.4.

⁷¹ Su cui v. più ampiamente *infra*.

⁷² In particolare, il gestore tra le fasi del “*soccorso*” e del “*post soccorso*” assicura “*una funzione di raccordo operativo fra le necessità del soccorso e le risorse dello scalo*”

nei confronti di molteplici soggetti pubblici coinvolti nella gestione della sicurezza aeroportuale nel suo complesso è riservata all'ENAC.

4. I poteri di ordinanza nella regolazione delle situazioni emergenziali aeroportuali

Il corretto utilizzo dei poteri di ordinanza nella regolazione delle situazioni emergenziali aeroportuali è stato vagliato *funditus* dalla recente giurisprudenza amministrativa⁷³, che ha espresso una serie di importanti principi⁷⁴.

In particolare, nella prima delle richiamate pronunce⁷⁵, il Consiglio di Stato ha riformato una sentenza del TAR Emilia Romagna⁷⁶, che aveva rigettato un ricorso presentato dalla Sogeap S.p.a., Aeroporto di Parma, G. Verdi, contro l'Ente Nazionale Aviazione Civile (ENAC), Di-

(ENAC, Regolamento per la costruzione e l'esercizio degli aeroporti, cit., punto 3.1, ultimo periodo). Deve, altresì, individuare, nell'ambito delle infrastrutture aeroportuali, "idonei locali, da adibire a "centro operativo per l'emergenza", che devono essere immediatamente disponibili al verificarsi dell'emergenza" (Regolamento *de quo*, punto 3.2). Inoltre, deve "identificare una persona che assume il controllo del centro per la specifica emergenza con il compito di acquisire e diffondere le informazioni agli enti coinvolti per una migliore efficacia delle azioni durante l'emergenza e tenere i necessari contatti con le competenti strutture dell'ENAC" (*ibidem*). Il gestore deve poi provvedere "affinché il sistema di comunicazione tra il "centro operativo per l'emergenza" e gli enti coinvolti sia adeguato alle esigenze dell'aeroporto in condizioni di emergenza. Tale sistema comprende dispositivi di allarme idonei a fornire immediata notizia dell'emergenza" (Regolamento in questione, punto 3.3). Il gestore deve anche "provvedere affinché siano disponibili in aeroporto, al verificarsi dell'emergenza, adeguate risorse aeroportuali", come, tra l'altro, mezzi per il trasporto di persone ferite e locali per il primo soccorso (Regolamento in esame, punto 3.4, nonché ENAC, Circolare APT 18A, cit., punto 3.5).

⁷³ Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 11 dicembre 2013, n. 5946, in *Il Foro amm.-CdS*, 2013, II; Consiglio di Stato, Sez. IV, 9 febbraio 2015, n. 661, in *Il Foro amm.*, 2015, I, 435.

⁷⁴ Su tale giurisprudenza amministrativa v. B. FRANCHI, *Riparto delle competenze normative ed amministrative sugli aeroporti civili*, in AA.VV., a cura di S. Busti, E. Signorini, G.R. Simoncini, *L'impresa aeroportuale*, cit., 21, 25 (con particolare riferimento alla sentenza n. 5946 del 2013 citata).

⁷⁵ A cui ha integralmente aderito la giurisprudenza successiva (della IV Sezione del Consiglio di Stato), sopra richiamata.

⁷⁶ T.A.R. Emilia Romagna, Parma, Sez. I, 6 marzo 2012, n. 119. Per un commento a tale sentenza v. F. PELLEGRINO, *Le competenze del gestore aeroportuale*, cit., 76 ss., nonché sia consentito rinviare a F. GASPARI, *Poteri e funzioni dell'ENAC e del gestore aeroportuale in materia di Piano di Emergenza Aeroportuale (PEA)*, in *Riv. dir. ec. trasp. amb., Giureta*, 2013, 53.

reazione Aeroportuale di Bologna, Rimini, per l'annullamento di un'ordinanza dell'ENAC, con la quale era stato modificato il Piano di Emergenza Aeroportuale (PEA), predisposto da Sogeap S.p.a., nella parte in cui attribuiva ad ENAC, anziché al gestore aeroportuale, la pianificazione e lo svolgimento delle esercitazioni per verificare l'efficacia del PEA in questione. In particolare, con detta modifica, si attribuiva alla medesima Società, *inter alia*, la "*Verifica del P.E.A. pianificando ed organizzando periodicamente esercitazioni totali o parziali*"⁷⁷.

La Società ricorrente censura la suddetta ordinanza dell'ENAC sotto un duplice profilo. Da un lato, tale atto viene considerato illegittimo, in quanto violerebbe una serie di articoli del Codice della navigazione (e segnatamente, gli articoli 687, 705, 718, 726, 792 e 1174), poiché il gestore aeroportuale non avrebbe titolo a coordinare anche i soggetti pubblici presenti in aeroporto, ma soltanto quelli privati. Da tale considerazione, la ricorrente fa discendere la conseguenza che spetterebbe all'ENAC l'attuazione delle esercitazioni per verificare la funzionalità del PEA, in quanto ciò implica il necessario coordinamento anche di soggetti pubblici (quali, Vigili del Fuoco, Polizia, Carabinieri e Guardia di Finanza). Dall'altro lato, l'ordinanza sarebbe viziata per eccesso di potere, dal momento che, ad avviso della ricorrente, vi sarebbe contraddittorietà tra l'impugnata ordinanza e il Regolamento ENAC per la costruzione e l'esercizio degli aeroporti, che attribuisce all'ENAC il compito di adottare le iniziative per assicurare il buon andamento del piano, tra le quali rientra la pianificazione delle esercitazioni.

Prima di analizzare più nel dettaglio i profili riguardanti la ripartizione di competenze pubblicistiche relative alle attività di pianificazione e di svolgimento delle esercitazioni per verificare l'efficacia del PEA, sembra opportuno svolgere alcune considerazioni di carattere preliminare sull'ENAC e sulla figura del gestore aeroportuale, tenendo conto dell'assetto normativo a seguito delle riforme apportate al Codice della navigazione dal d.lgs. 9 maggio 2005, n. 96⁷⁸.

⁷⁷ In altri termini, la ragione del contendere tra Sogeap S.p.A. ed ENAC riguarda la individuazione del soggetto deputato a predisporre tutte le operazioni di verifica dell'efficacia del PEA, tra le quali rientrano le esercitazioni.

⁷⁸ In materia di *Revisione della parte aeronautica del Codice della navigazione*. Si avverte che dell'incidenza del Regolamento (UE) n. 139/2014 sull'attuale assetto codicistico con riguardo al piano di emergenza aeroportuale si tratterà nel paragrafo 6 del presente contributo.

5. *L'Ente Nazionale per l'Aviazione Civile e i gestori aeroportuali nell'attuale assetto normativo.*

5.1. *L'Ente Nazionale per l'Aviazione Civile*

L'istituzione dell'Ente Nazionale per l'Aviazione Civile (ENAC), avvenuta con il d.lgs. 25 luglio 1997, n. 250, si inserisce nell'ambito di un profondo processo di trasformazione dell'intero assetto dell'organizzazione ministeriale, incluso l'apparato amministrativo della navigazione aerea⁷⁹.

A seguito di siffatta riorganizzazione, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti si avvale, nel settore del trasporto aereo, da un lato, della Direzione generale per il trasporto aereo, che opera all'interno del Dipartimento per i trasporti aereo, marittimo, per gli affari generali, il personale e i servizi informativi, dall'altro, dell'ENAC⁸⁰.

L'art. 1, d.lgs. n. 250/1997, qualifica l'ENAC come ente pubblico non economico, dotato di autonomia regolamentare, organizzativa, amministrativa, patrimoniale, contabile e finanziaria (comma 1), sottoposto all'indirizzo, vigilanza e controllo del Ministro dei trasporti e della navigazione (comma 2)⁸¹.

L'art. 687 del Cod. nav., come modificato dal d.lgs. 9 maggio 2005, n. 96, stabilisce che "*L'Ente nazionale per l'aviazione civile (ENAC), nel rispetto dei poteri di indirizzo del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, nonché fatte salve le competenze specifiche degli altri enti aeronautici, agisce come unica autorità di regolazione tecnica, certificazione, vigilanza e controllo nel settore dell'aviazione civile, mediante le proprie strutture centrali e periferiche, e cura la presenza e l'applicazione di sistemi di qualità aeronautica rispondenti ai regolamenti comunitari*" (comma 1)⁸².

⁷⁹ In argomento, v. A. MASUTTI, *Il diritto aeronautico*, cit., 35-36.

⁸⁰ Sulle funzioni attribuite alla Direzione generale v. A. MASUTTI, *Il diritto aeronautico*, cit., 37. Sull'ENAC v. G. MASTRANDREA, *Costituzione e prospettive dell'Ente nazionale per l'aviazione civile*, in *Dir. prat. av. civ.*, n. 1 del 1998, 17 ss.

⁸¹ Cfr., in merito, M. CASANOVA, M. BRIGNARDELLO, *Diritto dei trasporti*, vol. I, *Infrastrutture e accesso al mercato*, Giuffrè, Milano, 2011, 164 ss.; L. TROVÒ, *Organizzazioni ed enti della navigazione aerea*, in AA.VV., a cura di R. Lobianco, *Compendio di diritto aeronautico*, Giuffrè, Milano, 2009, 14, 17. Cfr., altresì, A. MASUTTI, *Il diritto aeronautico*, cit., 35-36.

⁸² Cfr., in merito, M. GRIGOLI, *Profili normativi della navigazione aerea*, Cacucci, Bari, 2006, 15 ss.; E. TURCO BULGHERINI, *La riforma del codice della navigazione – Parte aerea*, in *Dir. e prat. av. civ.*, n. 1-2 del 2006, 21, 28, 32-33; A. LEFEBVRE D'OVIDIO, G. PESCATORE, L. TULLIO, *Manuale*, cit., 66-67; A. MASUTTI, *Il diritto aeronautico*, cit., 38;

Attualmente, in base all'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 250/1997, l'ENAC esercita poteri e competenze sia amministrative sia tecniche, che in precedenza spettavano alla Direzione Generale dell'Aviazione Civile (DGAC) del Ministero dei trasporti e dell'aviazione civile, al Registro Aeronautico Italiano (RAI) e all'Ente Nazionale della Gente dell'Aria (ENGA), ai quali l'ENAC successe funzionalmente⁸³.

Oltre alla sua organizzazione centrale, l'ENAC svolge le funzioni ad esso attribuite dall'ordinamento, funzioni elencate, *inter alia*, all'art. 2, d.lgs. n. 250/1997, nonché nel Codice della navigazione⁸⁴, anche attraverso articolazioni territoriali.

Il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti esercita funzioni di vigilanza, indirizzo e controllo sull'attività dell'ENAC (art. 11, comma 1, d.lgs. n. 250/1997). In particolare, il Ministero emana le direttive generali per la programmazione dell'attività dell'Ente, stabilisce gli indirizzi generali in materia di politica tariffaria, approva le proposte di pianificazione e di sviluppo del sistema aeroportuale nazionale, vigila che l'attività dell'Ente corrisponda ai fini pubblico-istituzionali e si attui con criteri di efficacia, efficienza, economia e sicurezza, nel rispetto delle direttive generali impartite ed in conformità agli impegni assunti con il contratto di programma (art. 11, comma 2, d.lgs. n. 250/1997).

In definitiva, l'ENAC si configura come "*organo ed ente regolatore dell'attività di trasporto aereo*"⁸⁵, e non già come autorità amministrativa indipendente, tra i cui tratti distintivi vi è l'assenza di qualsivoglia controllo governativo. In altri termini, per essere tali, le autorità *de quibus* devono essere indipendenti dal potere esecutivo, il che non si verifica nel caso dell'ENAC, espressamente qualificato dal legislatore (d.lgs. n. 250/1997) come "*ente pubblico non economico*"⁸⁶.

M. CASANOVA, M. BRIGNARDELLO, *Diritto dei trasporti*, cit., 165; B. FRANCHI, *Riparto delle competenze*, cit., 22.

⁸³ L. TROVÒ, *Organizzazioni*, cit., 18; A. MASUTTI, *Il diritto aeronautico*, cit., 37; A. LEFEBVRE D'OVIDIO, G. PESCATORE, L. TULLIO, *Manuale*, cit., 66-67; M. CASANOVA, M. BRIGNARDELLO, *Diritto dei trasporti*, cit., 164-165, in particolare nota n. 17.

⁸⁴ In base all'art. 687, comma 2, Cod. nav., "*Le attribuzioni e l'organizzazione dell'ENAC e degli altri enti aeronautici sono disciplinate dalle rispettive norme istitutive, nonché dalle norme statutarie ed organizzative*".

⁸⁵ Così T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III *ter*, 27 febbraio 2003, n. 4267, 16.

⁸⁶ Sui diversi *sintomi rivelatori dell'indipendenza*, vale a dire sugli elementi dalla cui presenza la dottrina ritiene individuabile la piena autonomia di un soggetto investito di pubbliche funzioni, cfr. F. MERUSI, M. PASSARO, voce *Autorità indipendenti*, in *Enc. dir.*, vol. VI, *Aggiornamento*, Giuffrè, Milano, 2002, 143, 172; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Giappichelli, Torino, 2007, 102 ss.; L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*,

L'istituzione dell'Autorità (indipendente) di Regolazione dei Trasporti (ART) è stata operata dal decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1⁸⁷, convertito dalla legge 24 marzo 2012, n. 27, il cui art. 36, comma 1, modificando l'art. 37, decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201 (convertito dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214), stabilisce che tale Autorità “*opera in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione*”⁸⁸.

La costituzione dell'Autorità rappresenta uno dei tratti più qualificanti del lavoro di adeguamento normativo del legislatore nazionale al processo di liberalizzazione del settore dei trasporti, integrato da un quadro comune di principi a livello di singoli Stati membri⁸⁹. La costituzione dell'ART completa il sistema di regolazione indipendente nel settore dei servizi di pubblica utilità, mediante l'estensione del modello del-

Giappichelli, Torino, 2002, 196; ID., *L'organizzazione amministrativa*, in AA.VV., a cura di F.G. Scoca, *Diritto amministrativo*, cit., 120, 148 ss.; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Giappichelli, Torino, 2009, 22 ss. Parte della dottrina rileva, peraltro, la difficoltà di individuare un “modello” di autorità indipendente universalmente valido: così E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffré, Milano, 2010, 251. Sulla atipicità delle *authority* si v., altresì, S. CASSESE, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffré, Milano, 2009, 98; M. DE BENEDETTO, *L'autorità garante della concorrenza e del mercato*, Il Mulino, Bologna, 2000, 79; A. POLICE, *Tutela della concorrenza*, cit., 95 ss., 127 ss.

⁸⁷ Recante *Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività* (c.d. Decreto liberalizzazioni).

⁸⁸ Sull'Autorità di Regolazione dei Trasporti v., tra i diversi contributi e senza pretesa di completezza, A. FRIGNANI, *L'Autorità dei trasporti: fra tutela della concorrenza e regolazione*, in *Dir. ind.*, 2014, 105; A. MARINO, *L'autorità di regolazione dei trasporti*, in *Riv. dir. nav.*, n. 2 del 2012, 832; A. TONETTI, *L'Autorità di regolazione dei trasporti*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 6 del 2012, 589; S. LOIACONO, P. OCCHIUZZI, *L'Autorità di Regolazione dei Trasporti*, in AA.VV., a cura di F. Bassan, *La regolazione dei trasporti in Italia: l'ART e i suoi poteri, alla prova dei mercati*, Giappichelli, Torino, 2015, 63; E. TURCO BULGHERINI, *Il settore aeroportuale*, *ivi*, 243; S. LOIACONO, *L'Autorità di regolazione dei trasporti: profili evolutivi del sistema di tutela del consumatore “passeggero” nel contesto dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. turismo*, 2014, 283. La costituzione di un'autorità indipendente per i trasporti è stata proposta anche in altri momenti storici, come nel 1995 e nel 2008, ma tali iniziative si sono arenate per valutazioni di carattere politico. Cfr., specialmente in merito all'iniziativa del 1995, M. SEBASTIANI, *Perché (e come) un'Autorità per i trasporti in Italia*, Workshop *Le autorità indipendenti e l'autorità di regolazione dei trasporti*, Università di Roma “Tor Vergata”, 12–13 febbraio 2007, 6. Altra dottrina ha, invece, vagliato l'opportunità di istituire un'Autorità in materia di trasporto aereo a livello eurounitario: J. NAVEAU, *Le droit de la CEE va-t'il influencer le Droit Aérien International?*, in *Annals of Air & Space Law*, vol. XIII, 1988, 161, 171; A. LOEWENSTEIN, *European Air Law: Towards a new system of International Air Transport Regulation*, Nomos, Baden–Baden, 1991, 141 ss.

⁸⁹ Così S. LOIACONO, P. OCCHIUZZI, *L'Autorità di Regolazione dei Trasporti*, cit., 64.

le autorità indipendenti al settore dei trasporti⁹⁰, come ha affermato la Corte costituzionale⁹¹.

In base al medesimo art. 36, comma 1, l'Autorità è competente nel settore dei trasporti e dell'accesso delle relative infrastrutture e ai servizi accessori, in conformità con la normativa europea e nel rispetto del principio di sussidiarietà e delle competenze delle regioni e degli enti locali (Titolo V Costituzione). La legge istitutiva attribuisce all'Autorità una funzione generale di regolazione avente natura normativa (in materia di accesso, corrispettivi, diritti degli utenti e qualità dei servizi⁹²), nonché amministrativa e di *enforcement*⁹³.

Sarà, dunque, interessante verificare in che modo saranno definiti i rapporti tra l'ENAC, l'Autorità di Regolazione dei Trasporti e il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, che comunque dovranno essere improntati ad una "*stretta ed intensa collaborazione*"⁹⁴.

5.2. Il gestore aeroportuale

In generale, possiamo osservare come la funzione principale dell'aeroporto consista nell'assicurare il compimento delle operazioni relative agli aeromobili, ai passeggeri e alla merce, in guisa da consentire ai vettori aerei di fornire i servizi di trasporto aereo⁹⁵.

⁹⁰ Cfr., sul punto, S. LOIACONO, P. OCCHIUZZI, *L'Autorità di Regolazione dei Trasporti*, cit., 64-65; A. CAMANZI, *L'Autorità di regolazione dei trasporti nel sistema delle Autorità indipendenti*, 22 ottobre 2013, consultabile alla pagina web in https://www.autorita-trasporti.it/wp-content/uploads/2013/11/Intervento_Presidente_in_Astrd_22_ottobre_2013.pdf; E. TURCO BULGHERINI, *Il settore aeroportuale*, cit., 251.

⁹¹ Sentenza 15 marzo 2013, n. 41.

⁹² Art. 37, comma 2, lett. a), b), d) ed), d.l. n. 201/2011.

⁹³ Cfr., sul punto, S. LOIACONO, P. OCCHIUZZI, *L'Autorità di Regolazione dei Trasporti*, cit., 66. Si v., altresì, E. TURCO BULGHERINI, *Il settore aeroportuale*, cit., 253 ss.

⁹⁴ Così E. TURCO BULGHERINI, *Il settore aeroportuale*, cit., 271.

⁹⁵ Cfr., in merito, A. LEFEBVRE D'OVIDIO, G. PESCATORE, L. TULLIO, *Manuale*, cit., 156. Sulle gestioni aeroportuali, oltre alla letteratura richiamata *infra*, v. D. DOMINICI, *La gestione aeroportuale nel sistema del trasporto aereo*, Giuffrè, Milano, 1982; M. RIGUZZI, *L'impresa aeroportuale*, Cedam, Padova, 1984; M.M. COMENALE PINTO, F. MORANDI, L. MASALA, *Le gestioni aeroportuali*, Giuffrè, Milano, 2005. Sul carattere demaniale del bene aeroporto v. A.M. SANDULLI, S. ROSA, voce *Aerodromo*, in *Enc. dir.*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1958, 637, 638-639; D. GAETA, voce *Demanio aeronautico*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Giuffrè, Milano, 1964, 84-85; S. RICCIO, voce *Aerodromi (o aeroporti)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. I, Roma, 1988, 4-5; D. ROMANELLI, M. RIGUZZI, voce *Aerodromo*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, vol. I, Utet, Torino, 1987, 22, 24; M. CASANOVA, M. BRIGNARDELLO, *Diritto dei trasporti*, cit., 159; G. SIRIANNI, *Gli aeroporti*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale* (a cura di S. Cassese), t. III, Giuffrè, Milano, 2003, 2565 ss.

A tal fine, l'aeroporto viene gestito, nel suo complesso, da una società (gestore aeroportuale) cui è affidato il compito di amministrare e di gestire tutte le infrastrutture aeroportuali⁹⁶.

Il Codice della navigazione (art. 704) si preoccupa di precisare che il gestore aeroportuale deve innanzitutto assicurare il puntuale rispetto degli obblighi assunti con la convenzione e con il contratto di programma stipulati con l'ENAC al fine di ottenere l'affidamento in concessione della gestione⁹⁷.

L'art. 705 Cod. nav., come novellato dal d.lgs. 15 marzo 2006, n. 151, disciplina la figura del gestore aeroportuale, qualificandolo come *“il soggetto cui è affidato, sotto il controllo e la vigilanza dell'ENAC, insieme ad altre attività o in via esclusiva, il compito di amministrare e di gestire, secondo criteri di trasparenza e non discriminazione, le infrastrutture aeroportuali e di coordinare e controllare le attività dei vari operatori privati presenti nell'aeroporto o nel sistema aeroportuale considerato”*⁹⁸. Nella medesima disposizione, al secondo comma, si legge che *“Fermo restando la disciplina del titolo VII e comunque le competenze attribuite agli organi statali in materia di ordine e sicurezza pubblica, difesa civile, prevenzione degli incendi e lotta agli incendi, soccorso e protezione civile, il gestore aeroportuale [tra l'altro] organizza l'attività aeroportuale al fine di garantire l'efficiente ed ottimale utilizzazione delle risorse per la fornitura di attività e di servizi di livello qualitativo adeguato, anche mediante la pianificazione degli interventi in relazione alla tipologia di traffico”*⁹⁹.

⁹⁶ A. LEFEBVRE D'OVIDIO, G. PESCATORE, L. TULLIO, *Manuale*, cit., 156; E. ILLICA MAGRINI, *Gli aeroporti e i servizi aeroportuali*, in AA.VV., a cura di S. Zunarelli, *Il diritto del mercato del trasporto*, Cedam, Padova, 2008, 347, 351, a cui si rinvia anche per un esame dei profili evolutivi della gestione degli aeroporti (incluse le diverse forme di gestione: *“diretta”*, *“totale”* e *“parziale”*).

⁹⁷ In merito, v. M. CARRETTA, *Le gestioni aeroportuali*, in AA.VV., a cura di R. Lobianco, *Compendio*, cit., 61, 64.

⁹⁸ Cfr., sul punto, P. DI PALMA, *Il diritto degli aeroporti nel nuovo codice della navigazione: le concessioni aeroportuali*, in *Rass. Avv. Stato*, n. 3 del 2005, 295; A. LEFEBVRE D'OVIDIO, G. PESCATORE, L. TULLIO, *Manuale*, cit., 158; M. CARRETTA, *Le gestioni aeroportuali*, cit., 61; M. CASANOVA, M. BRIGNARDELLO, *Diritto dei trasporti*, cit., 167-168; B. FRANCHI, *Riparto delle competenze*, cit., 22; F. PELLEGRINO, *Le competenze del gestore aeroportuale*, cit., 67. La definizione riportata nel testo principale coincide con quella di gestore aeroportuale adottata a livello eurounitario: v., ad esempio, art. 2, Direttiva 96/67/CE del 15 ottobre 1996, relativa all'accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti della Comunità. Su tali aspetti v. E. ILLICA MAGRINI, *Gli aeroporti*, cit., 350.

⁹⁹ Per un'analisi più dettagliata dei compiti che il gestore aeroportuale è chiamato a svolgere si rinvia a A. MASUTTI, *Il diritto aeronautico*, cit., 72 ss.; M. CASANOVA, M. BRI-

Per quanto riguarda la natura giuridica del gestore, l'art. 705, Cod. nav., prevede che tra le altre competenze, esso “*propone all'ENAC l'applicazione delle misure sanzionatorie previste per l'inosservanza delle condizioni d'uso degli aeroporti e delle disposizioni del regolamento di scalo da parte degli operatori privati fornitori di servizi aerei e aeroportuali*” (e *bis*), nonché “*applica, in casi di necessità e urgenza e salva ratifica dell'ENAC, le misure interdittive di carattere temporaneo previste dal regolamento di scalo e dal manuale di aeroporto*” (e *ter*)¹⁰⁰.

Già sulla base di tali disposizioni appare evidente come le attività che il gestore aeroportuale è chiamato a svolgere siano riconducibili all'esercizio di funzioni pubblicistiche trasferitegli *ex lege* al gestore concessionario¹⁰¹.

Inoltre, l'attività che il gestore aeroportuale è chiamato a svolgere si presenta come “*attuazione di fini pubblici*”¹⁰². Il gestore – che è e rimane un soggetto privato¹⁰³, almeno sotto il profilo formale, atteso che sotto il profilo sostanziale può essere partecipato da capitale pubblico¹⁰⁴ – eser-

GNARDELLO, *Diritto dei trasporti*, cit., 168-169; F. PELLEGRINO, *Le competenze del gestore aeroportuale*, cit., 67 ss.

¹⁰⁰ Sulle competenze richiamate nel testo e per una rassegna delle altre funzioni del gestore si rinvia a M. CARRETTA, *Le gestioni aeroportuali*, cit., 64 ss.

¹⁰¹ Cfr., sul punto, P. DI PALMA, *Il diritto degli aeroporti nel nuovo codice della navigazione*, cit., 298-299. Parte della dottrina afferma che le gestioni aeroportuali si configurano come “*servizio pubblico d'impresa*”: A. LEFEBVRE D'OVIDIO, G. PESCATORE, L. TULLIO, *Manuale*, cit., 156; M. RIGUZZI, *L'impresa aeroportuale*, cit., 24 ss.; F. PELLEGRINO, *Le competenze del gestore aeroportuale*, cit., 65-66.

¹⁰² L'espressione appartiene a M.S. GIANNINI, voce *Esercizio privato di pubbliche attività*, in *Enc. dir.*, vol. XV, Giuffrè, Milano, 1966, 685. L'A. afferma che “*esistono attività le quali si presentano come «attuazione di fini pubblici», svolte non da persone fisiche o giuridiche titolari di organi della pubblica amministrazione, bensì da privati*” (*ibidem*). Altra dottrina (G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in AA.VV., a cura di V.E. Orlando, *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Vol. II, pt. III, Società editrice libraria, Milano, 1935, 235, 235) rileva come rientri nell'esercizio di funzioni pubbliche “*qualunque forma di attività privata, attraverso la quale vengano ad attuarsi fini propri dello Stato, o in generale di un ente pubblico*”. Cfr., altresì, F.G. COCA, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, *Aggiornamento*, vol. VI, Giuffrè, Milano, 2002, 75, 109.

¹⁰³ P. PATRITO, *L'esercizio privato di pubbliche funzioni*, in *Giur. it.*, 2010, 1471, 1471; A. AZZENA, voce *Esercizio privato di pubbliche funzioni e di pubblici servizi*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. VI, Utet, Torino, 1991, 165, 167; T.V. RUSSO, *Sistema concessorio, esercizio privato di pubbliche funzioni e operatività del principio di sussidiarietà*, in AA.VV., a cura di R. Di Raimo, V. Ricciuto, *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia*, Esi, Napoli, 2006, 247, 248-249.

¹⁰⁴ Si v., tra gli altri, Aeroporti di Puglia S.p.a. e SEA – Società Esercizi Aeroportuali S.p.a., soggetti privati partecipati da capitale pubblico. Il Gruppo SEA, ad esempio, gesti-

cita una funzione pubblica¹⁰⁵ e la sua attività è (oggettivamente) amministrativa¹⁰⁶, doverosa nel suo esercizio¹⁰⁷, in quanto ad esso (gestore) demandata *ex* provvedimento amministrativo (concessione)¹⁰⁸. Il perseguimento dell'interesse pubblico, da un lato, e il titolo giuridico – rappresentato nella specie dall'investitura in base alla concessione del gestore del compito di perseguire l'interesse pubblico – dall'altro, rendono possibile qualificare come oggettivamente amministrativa l'attività svolta dal gestore¹⁰⁹.

sce il sistema aeroportuale milanese in base alla Convenzione, di durata quarantennale, sottoscritta nel 2001 fra SEA ed ENAC. SEA è una società per azioni, il cui capitale sociale è detenuto per una quota pari al 55,59 % da azionisti pubblici (tra cui il 54,81 % dal Comune di Milano), mentre per una quota pari al 44,41 % da azionisti privati (tra cui 35,75 % da 2i Aeroporti S.p.a. e 8,62 % da F2i Sgr S.p.a., in nome e per conto di F2i – secondo Fondo italiano per le Infrastrutture): <http://www.seamilano.eu/it/governance/azionariato>. Diversamente, Aeroporti di Roma – AdR S.p.a. è una società per azioni a prevalente capitale privato. Infatti, l'azionista principale è Atlantia S.p.a., che detiene il 99,384% del capitale sociale, mentre soltanto lo 0,351 di AdR è detenuto da enti locali (Città Metropolitana di Roma capitale e Comune di Fiumicino): cfr. <http://www.adr.it/azn-principali-azionisti>. Atlantia S.p.a. è, a sua volta, partecipata da soggetti privati: cfr. <http://www.atlantia.it/it/il-gruppo/azionariato>. Sul processo di privatizzazione delle gestioni aeroportuali v. E. ILLICA MAGRINI, *Gli aeroporti*, cit., 353 ss.; A. MASUTTI, *Il diritto aeronautico*, cit., 67 ss.; M. CASANOVA, M. BRIGNARDELLO, *Diritto dei trasporti*, cit., 164 ss., 179-180; P. DI PALMA, *Il diritto degli aeroporti nel processo di liberalizzazione e privatizzazione del trasporto aereo: casi e questioni*, Procom, Roma, 2006.

¹⁰⁵ Funzione pubblica intesa – ancora con Zanobini – “non soltanto nel suo profilo teleologico, ma anche come attività peculiare di organi amministrativi [. . .] e quindi, deve ritenersi, come attività regolata dal diritto amministrativo in quanto esercizio di poteri amministrativi e non, invece, come semplice attività di perseguimento di fini pubblici”, con strumenti giuridici di diritto pubblico (in base al principio di legalità) o di diritto comune: cfr., in merito, A. AZZENA, voce *Esercizio privato*, cit., 167.

¹⁰⁶ F.G. SCOCA, voce *Attività amministrativa*, cit., 109; A. AZZENA, voce *Esercizio privato*, cit., 167.

¹⁰⁷ A. AZZENA, voce *Esercizio privato*, cit., 170; F.G. SCOCA, voce *Attività amministrativa*, cit., 109.

¹⁰⁸ I titoli che legittimano il privato ad esercitare una pubblica funzione possono essere molteplici: legge, provvedimento amministrativo, atti di natura convenzionale. Cfr., in merito, F. DE LEONARDIS, voce *Esercizio privato di pubbliche funzioni e pubblici servizi*, in *Diz. dir. pubbl.* (diretto da S. Cassese), vol. III, Giuffrè, Milano, 2006, 2296, 2300. In giurisprudenza si v., *inter alia*, Cons. Stato, sez. VI, 28 ottobre 1998, n. 1478, in *Foro it.*, 1999, III, c. 178 ss., con nota di R. GAROFOLI, *Sviluppi in tema di giurisdizione amministrativa e regole costituzionali: organo indiretto, nozione comunitaria di amministrazione aggiudicatrice, riparto per blocchi di materie (d.leg 80/98)*; G. MIELE, *La distinzione tra ente pubblico e privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, vol. I, 98, 98.

¹⁰⁹ Cfr. F.G. SCOCA, voce *Attività amministrativa*, cit., 109-110. Cfr., altresì, A. MASUTTI, *Il diritto aeronautico*, cit., 61 ss.

Come noto, la nozione di esercizio privato di funzione e servizi pubblici¹¹⁰ fu introdotta per la prima volta dal Santi Romano nei primi anni del Novecento, ed ha trovato applicazione in giurisprudenza¹¹¹ ed è stata recepita nei testi legislativi¹¹². L'esercizio privato di pubbliche funzioni è un istituto che oggi trova applicazione anche in ambito eurounitario, allorché determinati soggetti aventi una veste privata “[svolgano] un'attività che, piuttosto che alle norme organizzative nazionali, risponde a norme di diritto privato e a principi, regole e requisiti stabiliti dal diritto comunitario, sia primario, sia secondario”. Tali soggetti privati svolgono funzioni pubbliche “nell'interesse della collettività europea e con riferimento all'ordinamento comunitario”¹¹³.

La natura pubblica delle società di gestione aeroportuale è stata influenzata sia dalla normativa eurounitaria sia dalla giurisprudenza dell'Unione europea. Infatti, con particolare riferimento alla disciplina degli appalti, il gestore aeroportuale viene ad assumere la veste di organismo di diritto pubblico¹¹⁴. Ne consegue che società di diritto privato

¹¹⁰ Sull'esercizio privato di pubbliche funzioni la letteratura è molto ampia. In questa sede è sufficiente richiamare, senza pretesa di completezza, alcune tra le opere più significative in materia: SANTI ROMANO, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, 1912, 189 ss.; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. III, 1958, 385 ss.; ID., *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, cit., 235 ss.; M.S. GIANNINI, voce *Esercizio privato*, cit., 685-686; G. MIELE, *La distinzione*, cit., 98 ss.; F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, II, *Rapporti giuridici e diritti subiettivi – I subietti. Gli oggetti dei rapporti giuridici (nascita, estensione e modificazione dei rapporti giuridici amministrativi)*, Padova, 1914, ristampa Padova, 1992, 863-864. Tra le Opere più recenti si v. A. AZZENA voce *Esercizio privato*, cit., 165 ss.; A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005; F. DE LEONARDIS, voce *Esercizio privato*, cit., 2296 ss.; F.G. SCOCA, voce *Attività amministrativa*, cit., 108 ss.; L. GIANI, *L'organizzazione amministrativa*, cit., 150 ss.; N. PECCHIOLO, *I soggetti privati ex art. 1, comma 1 ter della legge n. 241/1990 dopo le recenti modifiche alla disciplina del procedimento amministrativo recate dalla legge n. 69/2009*, in *www.giustamm.it*; D. MARRAMA, *sub art. 1, comma 1 ter*, in AA.VV., a cura di N. Paolantonio, A. Police, A. Zito, *La pubblica amministrazione e la sua azione*, cit., 117.

¹¹¹ Si v. la fondamentale sentenza delle sezioni unite della Corte di Cassazione n. 12221 del 29 dicembre 1990, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 321, con nota di F. SATTA, *Concessione di opere pubbliche e atti del concessionario*.

¹¹² Art. 1, comma 1 ter, legge n. 241 del 1990.

¹¹³ Così D. BEVILACQUA, *L'esercizio privato di funzioni amministrative comunitarie*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 7 del 2008, 732, 737-738.

¹¹⁴ Così Tar Lazio, Roma, sez. III ter, 26 febbraio 2003, n. 1559, sulla quale si v. R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Nel Diritto, Roma, 2012, 168, nota n. 38. Cfr., altresì, A. MASUTTI, *Il diritto aeronautico*, cit., 67 ss. L'art. 3, comma 1, lett. d), d.lgs. 18 aprile 2006, n. 50 (Codice contratti pubblici) definisce l'organismo di diritto pubblico come “qualsiasi organismo, anche in forma societaria [...]”.

saranno qualificate come amministrazioni aggiudicatrici indipendentemente dalla loro qualificazione nel diritto interno¹¹⁵. A tale riguardo, il Consiglio di Stato¹¹⁶ ha affermato che “*la nozione comunitaria di organismo di diritto pubblico [...] non incide né tantomeno altera la natura giuridica (pubblica o privata) dei soggetti cui si riferisce: essa assume rilievo ai soli fini dell'individuazione della normativa applicabile per la scelta della s.g.r. erogatrice di servizi*”.

In base alla rilevanza pubblicistica del gestore aeroportuale, si giustificano i poteri che l'ordinamento gli attribuisce. In particolare, il Regolamento per la costruzione e l'esercizio degli aeroporti definisce il gestore come “*Il soggetto cui è affidato, insieme ad altre attività o in via esclusiva, il compito di amministrare e di gestire le infrastrutture aeroportuali e di coordinare e controllare le attività dei vari operatori presenti nell'aeroporto considerato*”. Nel medesimo Regolamento si legge poi che “*Il gestore è titolare di concessione per la progettazione, lo sviluppo, la realizzazione, l'adeguamento, la gestione, la manutenzione e l'uso degli impianti e*

- istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi caratteri non industriale o commerciale;

- dotato di personalità giuridica;

- la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico”.

¹¹⁵ In generale, sull'istituto dell'organismo di diritto pubblico si v. E. CASSETTA, *Manuale*, cit., 99 ss.; R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale*, cit., 156 ss.; B. MAMELI, *L'organismo di diritto pubblico: profili sostanziali e processuali*, Giuffrè, Milano, 2003; D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Jovene, Napoli, 2003; R. CARANTA, *L'organismo di diritto pubblico questo sconosciuto*, *Giur. it.*, 2003, 1687; M.P. CHITI, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, Bologna, 2000; S. CASSESE, *La nozione di pubblica amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, 920; M.G. ROVERSI MONACO, *La teoria dell'ente pubblico in forma di società. Considerazioni critiche*, Giappichelli, Torino, 2004; R. GAROFOLI, *L'organismo di diritto pubblico: orientamenti interpretativi del giudice comunitario e dei giudici nazionali a confronto*, in *Foro it.*, 1998, 134; AA.VV., a cura di M.A. Sandulli, *Organismi e imprese pubbliche: natura delle attività e incidenza sulla scelta del contraente e tutela giurisdizionale*, Giuffrè, Milano, 2004; F. PATRONI GRIFFI, *Le nozioni comunitarie di amministrazione: organismo di diritto pubblico, impresa pubblica, società in house*, in *Rassegna Astrid*, n. 20 del 2005; E. CHITI, *Gli organismi di diritto pubblico tra Consiglio di Stato e Corte di Giustizia*, in *Urb. app.*, 1999, 71; L. GIANI, *L'organizzazione amministrativa*, cit., 146 ss.

¹¹⁶ Cons. Stato, sez. cons. atti normativi, pareri 13 gennaio 2003, n. 4751 e 1 luglio 2002, n. 1354, in *Cons. St.*, 2003, I, 705 e 2002, I, 2607.

delle infrastrutture aeroportuali, comprensivi dei beni demaniali datigli in affidamento dell'aeroporto e ne assume le relative responsabilità”.

Per quanto riguarda il procedimento concessorio, l'art. 704, Cod. nav., stabilisce che alla concessione della gestione totale aeroportuale degli aeroporti e dei sistemi aeroportuali di rilevanza nazionale si provvede con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e, limitatamente agli aeroporti militari aperti al traffico civile, con il Ministro della difesa (comma 1). Il provvedimento concessorio, nel limite massimo di durata di quarant'anni, è adottato, su proposta dell'ENAC, all'esito di selezione effettuata tramite procedura di gara ad evidenza pubblica secondo la normativa dell'Unione, previe idonee forme di pubblicità, nel rispetto dei termini procedurali fissati dall'ENAC, sentita, laddove competente, la regione o provincia autonoma nel cui territorio ricade l'aeroporto oggetto di concessione (comma 2).

L'affidamento in concessione è subordinato alla sottoscrizione di una convenzione fra il gestore aeroportuale e l'ENAC, nel rispetto delle direttive emanate dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti. Il gestore aeroportuale e l'ENAC stipulano, altresì, entro sei mesi dalla conclusione del primo esercizio finanziario successivo all'affidamento in concessione, un contratto di programma mediante il quale si recepisce la disciplina di regolazione aeroportuale emanata dal CIPE in materia di investimenti, corrispettivi e qualità, e quella recata dall'art. 11 *nonies* del decreto legge 30 settembre 2005, n. 203, convertito, con modificazioni, dalla legge 2 dicembre 2005, n. 248, concernente i diritti aeroportuali ed il piano di recupero degli investimenti effettuati dal gestore (art. 704, comma 4, Cod. nav., come sostituito dall'art. 4, d.lgs. n. 151/2006)¹¹⁷.

Per quanto attiene al suo contenuto, l'art. 704, comma 5, Cod. nav., stabilisce che la convenzione debba contenere il termine, almeno quadriennale, per la verifica della sussistenza dei requisiti soggettivi e oggettivi e delle altre condizioni che hanno determinato il rilascio del titolo, compresa la rispondenza dell'effettivo sviluppo e della qualità del servizio reso agli operatori e agli utenti alle previsioni contenute nei piani di investimento di cui all'atto di concessione. La convenzione deve inoltre contenere le modalità di definizione ed approvazione dei programmi quadriennali di intervento, le sanzioni e le altre cause di decadenza o revoca della concessione, nonché le disposizioni necessarie alla regolazione ed alla vigilanza e controllo del settore¹¹⁸.

¹¹⁷ Cfr., in merito, E. TURCO BULGHERINI, *Il settore aeroportuale*, cit., 262.

¹¹⁸ Sul procedimento concessorio v., più ampiamente, E. ILLICA MAGRINI, *Gli aero-*

6. *La ripartizione di competenze pubblicistiche tra ENAC e gestore aeroportuale in materia di operazioni di verifica dell'efficacia del Piano di Emergenza Aeroportuale*

La disciplina delle funzioni e dei compiti attribuiti ai diversi soggetti – pubblici e privati – che operano in ambito aeroportuale è desumibile dagli articoli 687, 705 e 718 del Codice della navigazione.

Oltre a quanto stabiliscono gli artt. 687 e 705¹¹⁹, l'art. 718¹²⁰ demanda ad ENAC i poteri autoritativi di vigilanza sui soggetti privati che esercitano la propria attività in ambito aeroportuale, nonché ulteriori poteri di impulso e supervisione sui diversi soggetti pubblici operanti in ambito aeroportuale¹²¹.

La disposizione da ultimo citata assume particolare rilevanza in ordine alla ripartizione di competenze pubblicistiche tra ENAC e gestore aeroportuale, anche nell'ambito delle attività inerenti alla pianificazione e allo svolgimento delle esercitazioni per verificare l'efficacia del PEA¹²². In particolare, l'art. 718, comma 2, Cod. nav., stabilisce che *“I soggetti privati che esercitano un'attività nell'interno degli aerodromi sono soggetti alla vigilanza dell'ENAC, nell'esercizio dei poteri autoritativi di competenza, nonché al coordinamento e controllo del gestore aeroportuale. Ferme restando le competenze delle forze di polizia, i soggetti pubblici operanti negli aeroporti si coordinano su impulso e sotto la supervisione dell'ENAC”*.

porti, cit., 357 ss.; A. MASUTTI, *Il diritto aeronautico*, cit., 72 ss.; M. CARRETTA, *Le gestioni aeroportuali*, cit., 66 ss., al quale si rinvia anche per l'esame dei profili riguardanti la società di gestione aeroportuale (ivi, 68 ss.); A. LEFEBVRE D'OVIDIO, G. PESCATORE, L. TULLIO, *Manuale*, cit., 157-158; M. CASANOVA, M. BRIGNARDELLO, *Diritto dei trasporti*, cit., 165 ss.; P. DI PALMA, *Il diritto degli aeroporti nel nuovo codice della navigazione*, cit., 295 ss. Sulla competenza statale e non regionale del rilascio delle concessioni aeroportuali si v. Corte cost., 30 gennaio 2009, n. 18, sulla quale si v. P. DI PALMA, *L'illegittimità costituzionale della legge regionale della Lombardia n. 29/07 sul trasporto aereo*, in *Rass. Avv. Stato*, 2008, 234; C. DI SERI, *La “priorità logico-giuridica” del vizio di incompetenza di leggi regionali in contrasto con il diritto comunitario*, in *Giur. it.*, n. 8/9 del 2009, 1885; M. DEIANA, *Riflessioni sulla slot allocation*, in *Studi economico-giuridici*, 2009, 173; BUSTI S., *Slot «vietato» alla Regione Lombardia*, in *Le Regioni*, 2009, 684.

¹¹⁹ Su cui ci siamo già soffermati sopra.

¹²⁰ Rubricata *“funzioni di polizia e di vigilanza”*.

¹²¹ Cfr., sul punto, A. LEFEBVRE D'OVIDIO, G. PESCATORE, L. TULLIO, *Manuale*, cit., 158-159; F. PELLEGRINO, *Le competenze del gestore aeroportuale*, cit., 70.

¹²² Sui rapporti tra ENAC e Ministero in materia di gestioni aeroportuali totali v. Cons. St., Sez. II, parere 9 novembre 2005, n. 1281, in *Dir. trasp.*, 2006, 523, con nota di P. DI PALMA, *Ripartizione di competenze fra ministero ed ENAC in tema di gestioni aeroportuali totali*.

Il gestore aeroportuale come soggetto privato che svolge pubbliche funzioni è, dunque, sottoposto *ex lege* alla vigilanza dell'ENAC¹²³. La giurisprudenza amministrativa ha chiarito che “[...] in virtù del Dlg 250/1997, l'ENAC si configura quale Autorità aeronautica nazionale, vale a dire il soggetto giuridico deputato all'assolvimento delle funzioni d'amministrazione attiva, di controllo e di vigilanza nel settore pubblico dell'aviazione civile e nei confronti dell'attività delle società di gestione aeroportuale”¹²⁴.

In base al richiamato quadro normativo, si è sostenuto in giurisprudenza¹²⁵ che le competenze e il ruolo che la legge attribuisce all'ENAC e al gestore aeroportuale afferiscano a due “macroaree” affatto distinte. La prima, relativa alla perfetta funzionalità delle infrastrutture aeroportuali, demandata al gestore unico, mentre la seconda, relativa alla regolazione tecnica e al controllo nel settore dell'aviazione civile, demandata ad ENAC.

Un tale approccio non è stato fatto proprio dal Consiglio di Stato¹²⁶, il quale ha affermato che “la bipartizione fra “macroaree [...] non sembra tenere in adeguata considerazione gli ulteriori e pregnanti poteri di stampo pubblicistico spettanti ad ENAC in tema di regolamentazione, certificazione, vigilanza e controllo anche [...] in tema di prevenzione e gestione delle emergenze e di sicurezza in ambito aeroportuale”.

Il complessivo sistema delineato con la riforma del 2005 (e specificato nel Regolamento per la Costruzione e l'Esercizio degli Aeroporti - RCEA) attribuisce ad ENAC ulteriori, rilevanti poteri – di stampo pubblicistico – inerenti alla pianificazione e alla gestione delle esercitazioni in materia di sicurezza in ambito aeroportuale¹²⁷.

La pianificazione e la gestione delle esercitazioni inerenti alla sicurezza in ambito aeroportuale disciplinate dal capitolo 9 del RCEA¹²⁸ implicano l'esercizio di attività di coordinamento ed impulso nei confronti

¹²³ Cfr., in merito, A. MASUTTI, *Il diritto aeronautico*, cit., 73.

¹²⁴ Così Tar Lazio, Sez. III ter, 29 gennaio 2004, n. 1488.

¹²⁵ TAR Emilia Romagna, Parma (Sezione Prima), 6 marzo 2012, n. 119.

¹²⁶ Cons. St., Sez. VI, 11 dicembre 2013, n. 5946 e Cons. St., Sez. VI, 4 febbraio 2015, n. 661.

¹²⁷ Cons. Stato, Sez. VI, 11 dicembre 2013, n. 5946, punto 3.2. Di diverso avviso è F. PELLEGRINO, *Le competenze del gestore aeroportuale*, cit., 76, la quale ritiene che il Regolamento n. 139/2014 attribuisca al gestore aeroportuale, *inter alia*, la pianificazione delle esercitazioni per la verifica periodica dell'efficienza e dell'adeguatezza del piano di emergenza aeroportuale (che coinvolge necessariamente enti pubblici).

¹²⁸ In tema di Prevenzione e gestione dei rischi.

di molteplici soggetti pubblici¹²⁹ coinvolti nella gestione della sicurezza aeroportuale nel suo complesso; attività che il legislatore ha riservato alla competenza di ENAC, come si desume dal secondo comma dell'art. 718, Cod. nav.¹³⁰.

La prevenzione in ambito aeroportuale, di cui il PEA costituisce espressione, è dunque da considerare una funzione ordinaria dell'ENAC¹³¹. Sotto tale profilo, si deve rilevare che, sebbene il sistema normativo vigente attribuisca poteri di coordinamento e di controllo al gestore aeroportuale nei confronti dei soggetti privati operanti in aeroporto (comb. disp. artt. 705 e 718, Cod. nav.), ciò non implica che anche le attività riconducibili a soggetti privati e che possono venire in rilievo in sede di pianificazione e di gestione delle esercitazioni inerenti alla sicurezza in ambito aeroportuale non siano demandate alle competenze e ai poteri propri di ENAC. Tale conclusione è giustificata tenendo conto, da un lato, dei preminenti interessi di rilievo pubblicistico che ineriscono la materia della sicurezza aeroportuale e, dall'altro lato, dell'inconfigurabilità per ragioni sistematiche di poteri di coordinamento ed impulso in capo al gestore nei confronti di soggetti pubblici¹³².

Secondo il Consiglio di Stato, dunque, nella delicata materia della sicurezza aeroportuale, all'ENAC non sono demandati *“soltanto compiti di regolazione tecnica e di controllo”*, ma a tale Ente sono attribuiti *“più significativi compiti operativi di coordinamento, impulso e gestione delle attività dei vari soggetti pubblici e privati coinvolti in questa cruciale attività, in quanto tale bisognosa di un momento di sintesi ad opera di un soggetto pubblico particolarmente autorevole e qualificato”*¹³³.

Si noti come il Regolamento (UE) n. 139/2014 – attuativo del Regolamento (CE) n. 216/2008 – non modifichi l'attuale ripartizione di com-

¹²⁹ ENAV, Polizia di Stato, Guardia di Finanza, Vigili del Fuoco e Aeronautica militare.

¹³⁰ Cons. Stato, Sez. VI, 11 dicembre 2013, n. 5946, punto 3.2.1. In termini, Cons. Stato, sentenza n. 661 del 2015, punto 2. Cfr., sul punto, B. FRANCHI, *Riparto delle competenze*, cit., 25.

¹³¹ Infatti, come rileva la dottrina (A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza*, cit., 193), “[l]a prevenzione deve essere considerata una funzione ordinaria delle amministrazioni in quanto rappresenta un profilo ineludibile di tutte le materie che contengono una finalità di sicurezza (ciascuna nel proprio ambito di competenza), così come avviene tradizionalmente per la sicurezza e l'ordine pubblico o per la sanità”.

¹³² Cons. St., Sez. VI, 11 dicembre 2013, n. 5946, punti 3.2.2 e 3.3. Aderisce a tale impostazione Cons. Stato, sentenza n. 661 del 2015, punto 2. Cfr., sul punto, FRANCHI B., *Riparto delle competenze*, cit., 25.

¹³³ Cons. St. Sez. IV, 9 febbraio 2015, n. 661, punto 4.2.

piti all'interno dello Stato membro in materia di sicurezza aeroportuale. Infatti, pur essendo l'obiettivo dichiarato di tale Regolamento quello di *"mantenere un livello elevato ed uniforme di sicurezza dell'aviazione civile nell'Unione, perseguendo nel contempo l'obiettivo di un miglioramento generale della sicurezza aeroportuale"*¹³⁴, nel successivo considerando n. 7 si afferma che *"Scopo del presente regolamento è di non modificare l'attuale ripartizione dei compiti all'interno dello Stato membro"*. Anche se tale affermazione riguarda un contesto specifico (quello della gestione degli ostacoli nei dintorni di un aeroporto), il Regolamento esprime, nel considerando da ultimo citato, un principio importante di portata generale¹³⁵, che dunque è destinato a rilevare anche in ordine al Piano di Emergenza Aeroportuale¹³⁶.

7. Considerazioni conclusive

L'ordinamento giuridico riconosce al gestore un ruolo di primario rilievo, giacché esso è chiamato a garantire il funzionamento dell'intera infrastruttura aeroportuale¹³⁷. È stato rilevato inoltre come il legislatore attribuisca al gestore compiti che trascendono la mera gestione commerciale, *"essendo egli tenuto non solo a coordinare l'attività degli altri operatori impegnati nei servizi a favore dell'utenza ma anche ad instaurare un rapporto prioritario con gli enti e le società che svolgono, nel settore del trasporto aereo, servizi pubblici o di interesse generale"*¹³⁸.

Ciononostante, nella distribuzione dei poteri pubblicistici in materia di sicurezza aeroportuale, l'ENAC svolge un ruolo cruciale e la preven-

¹³⁴ Considerando n. 2.

¹³⁵ Così B. FRANCHI, *Riparto delle competenze*, cit., 26.

¹³⁶ Per una diversa ricostruzione v. F. PELLEGRINO, *Le competenze del gestore aeroportuale*, cit., 71 ss., la quale, muovendo dal considerando n. 8, nonché dall'Allegato IV, capo B, al Regolamento n. 139/2014 ritiene che la normativa codicistica (in particolare, artt. 705, comma 1 e 718, comma 2) debba essere riletta alla luce del Regolamento in esame, il quale – ad avviso dell'A. – sembra voler attribuire, ancorché sotto la supervisione dell'ENAC, *"ben più ampi poteri al gestore, tra cui il coordinamento di tutti gli operatori, anche pubblici, presenti in aeroporto"* (ivi, 71). Secondo l'A., la giurisprudenza amministrativa (in particolare, la sentenza del Consiglio di Stato n. 5946 del 2013, a cui ha aderito, come visto, la giurisprudenza successiva del medesimo Consesso, in particolare sentenza n. 661 del 2015) debba ritenersi superata per effetto del Regolamento n. 139 in esame (ivi, 79-80).

¹³⁷ In termini, B. FRANCHI, *Profili organizzatori dell'attività aeroportuale dopo la riforma del codice della navigazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 1954, 1958.

¹³⁸ Così A. MASUTTI, *Il diritto aeronautico*, cit., 75.

zione in tale ambito deve essere considerata una sua funzione ordinaria. I diversi tentativi di riversare sui gestori aeroportuali poteri autoritativi di regolazione delle situazioni emergenziali aeroportuali sono stati neutralizzati dal Consiglio di Stato, che ha ritenuto il riconoscimento di tali poteri ai gestori incompatibile con il sistema ordinamentale vigente (come sopra ricostruito).

In ambito aeroportuale, soltanto all'ENAC l'ordinamento ha attribuito la possibilità dell'esercizio dei poteri in questione, sia in "*considerazione dei preminenti interessi di rilievo pubblicistico che ineriscono la materia della sicurezza aeroportuale*", sia per "*l'inconfigurabilità per ragioni sistematiche di poteri di coordinamento ed impulso in capo al gestore nei confronti di soggetti pubblici*". La giurisprudenza amministrativa sottolinea come la sintesi delle attività di coordinamento nell'ambito della sicurezza aeroportuale "*non possa che essere demandata al soggetto pubblico (l'ENAC) cui è istituzionalmente demandato il richiamato complesso di funzioni e poteri in tema di regolamentazione, certificazione, vigilanza e controllo nel settore dell'aviazione civile*"¹³⁹.

Il gestore aeroportuale svolge un ruolo attivo e propositivo, sia a livello centrale che periferico, allo scopo di garantire un corretto e sicuro svolgimento delle attività a favore degli utenti. Nell'ambito delle attività inerenti all'implementazione e alla verifica di efficacia del PEA, tale ruolo del gestore è però limitato ad un compito di coordinamento "*di secondo livello*", riguardante unicamente le attività di sicurezza degli operatori privati presenti nell'aeroporto, restando ferma la necessità di riservare ad ENAC – in base agli artt. 705 e 718 del Cod. nav. – i primari compiti di coordinamento fra i diversi soggetti pubblici e privati coinvolti in *subiecta materia*¹⁴⁰.

Sotto il profilo della natura giuridica, si è visto come il legislatore escluda che all'ENAC possa essere riconosciuta la qualifica di autorità amministrativa indipendente nel settore del trasporto (aereo), qualifica che invece il legislatore attribuisce all'Autorità di Regolazione dei Trasporti.

¹³⁹ Cons. St., Sez. VI, 11 dicembre 2013, n. 5946, punti 3.2.2 e 3.3. In termini, Cons. St. Sez. IV, 9 febbraio 2015, n. 661, punto 2.

¹⁴⁰ Cons. St., Sez. VI, 11 dicembre 2013, n. 5946, punto 3.4.

PIERPAOLO GRUOSSO - MARIA SGARAMELLA

THE BASILICATA CASE STUDY.
THE REGION RESILIENCE
IN THE FACE OF THE CONSTANT INCREASE
IN THE INFLUX OF TOURISTS*

SUMMARY: 1. Introductory remarks. – 2. Legal framework. Precaution and prevention: two useful principles in the relationship between tourism and environment. – 3. The actors of change: shared responsibility. – 4. Relevance of tourism in Basilicata. Some data. – 5. Economic instruments and legal instruments: a necessary cooperation. – 6. The S.M.A.R.T. system. – 7. Regional regulation. – 8. The operational proposal.

1. *Introductory remarks*

For several decades now, tourism demand and supply have been steadily expanding at an international level, making the sector of tourism one of the main elements of economic growth. Basilicata is developing, also thanks to the designation of Matera as European Capital of Culture for 2019. Recently, in fact, the New York Times, has positioned the city in 3rd place out of 52 places to visit in 2018 in the world¹.

Considering this trend, the theme of environmental sustainability has been introduced within public obligations that must foresee and prevent simultaneously the risks of the damage due to the increase of tourist flows² in the territory (although the scientific data is not certain), especially in a region as fragile and authentic as Basilicata.

It is helpful to apply the legal logic underlying the precautionary and preventive principles in order to ensure an adequate approach that allows on the one hand Basilicata to find a “*way out*” from the situation of marginality, which is natural to its geographical position, and on the

* Although the survey is the result of a close collaboration between the two authors, the drafting of paragraphs 1, 2, 3, 8, is to be attributed to Teresa Maria Sgaramella, while that of paragraphs 4, 5, 6, 7 to Pierpaolo Gruosso.

¹ Annual report 2018 New York Times: “*52 Places to go in 2018*”.

² According to the official definition given by the WTO, “*Tourism means all the activities of people who move or stay outside the usual environment for at least 24 hours and in any case for a period not exceeding one year*”.

other hand does not permit the region to assume the role of a polluting tourist industry.

These principles are closely linked to the concept of sustainable and responsible tourism. Both concepts have in common the attention to future generations and appear functional to balance the interests of developing economic growth and ensuring access to the substantial cultural heritage that this region has to offer.

Sustainable tourism is linked to sustainable development, which focuses on the importance of empowering actors in development processes³ to “*ensure that it (development) meets the needs of the present generation without compromising the ability of future generations to meet their own needs*”.

The aim would be not to dissipate the social and economic potential intrinsic in tourism by reconciling it with the need to safeguard the environment.

In 2002 the World Tourism Organization of the United Nations, declared that the marketing of destinations is oriented by the three E's: Entertainment, Excitement and Education, the far-sighted preservation of the authenticity of a destination through sustainable land management and “*intelligent*” planning, in order not to overstress the Tourist Loading Capacity of a given geographical area⁴, this approach can ensure constant and lasting development.

In this work we will focus our attention on the risks of environmental damage caused by non-sustainable tourism, suggesting an experimental system that could be applied to Basilicata.

Although there are doubts about the ability of “*sustainable*” systems to face these problems, in our opinion, adopting a certification system in an area aimed at making tourism sustainable seems a possible and timely response to this problem. Considering that the “*transition*” towards sustainable tourism is possible only when there is a real cultural change with a dual approach, both *bottom-up* (citizens' initiative, businesses and

³ “*The future of all of us*”, Brundtland Commission on Environment and Development Report, was published in 1987. For the participation of all to be central: “*the satisfaction of basic needs requires not only a new era of economic growth for countries in which the majority of the inhabitants are poor but also a guarantee that these poor have their fair share of the resources necessary to sustain such growth. Such equity should be supported both by political systems that ensure effective citizen participation in the decision-making process and by greater democracy in international decision-making*”.

⁴ E. CIMNAGHI, G. MONDINI, M. VALLE, *Capacità di Carico Turistica* – Quaderni della valorizzazione, No 5, MIBACT Publ., Rome, 2017.

tourists) and *top-down*, i.e. with the guidance of local administrations, through the legal instruments available.

The above considerations are also supported by the contents of the Faro Convention of 27 February 2013 on the value of cultural heritage for societies and the concept of “*heritage community*”⁵, identified in Article 2.b) as “*a group of persons who attribute value to specific aspects of cultural heritage that they wish to support and transmit to future generations, in the framework of public action*”⁶.

Enhancing the arguments to the present paper, Article 6 par. 1 of the Code of the Cultural Patrimony and Landscape Establishes that the valorisation of the cultural patrimony “*consists in the exercise of the functions and in the discipline of the activities directed to promote the knowledge of the cultural patrimony and to assure the best conditions of use and public fruition ... with the aim to promote the development of the culture*”, specifying in par. 2 that it must be “*implemented in compatible ways with the protection and such as not to prejudice its needs*”⁷.

These are some of the notions on the basis of which legal scholars and economists have tried to identify suitable tools to preserve the territory and areas interested by tourism.

The public interest in preserving the landscape and the environment often conflicts with the interest in economic development, in view of possible “*side effects*”, and with the “*selfish*” financial interests of companies.

The tourism economy is not free from this conflict, although it certainly cannot be questioned that tourism flows can be an opportunity for growth for the so-called third sector⁸.

⁵ The text is available on the website of the Council of Europe <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/199.htm>.

⁶ During the drafting of the text of the Convention, the use of the term “*community*” in the two official versions, English and French, was the subject of heated debate: the French term *communauté*, in fact, has a more precise legal meaning than the English *community*, which designates “*a group of individuals who are naturally associated by some factor such a place of residence, historic events or simply because they choose to associate in a common cause*”. Thus, N. FOJUT, *quoted*, 20. For a detailed analysis of the Convention see C. CARMOSINO, *La convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore del patrimonio culturale per la società*, in *Rivista di arti e diritto on-line*, 1, 2013.

⁷ Legislative Decree No 42, 22 January 2004, published in the Gazette. Office. No 45 of 24 February 2004, alternate member-Ord. No 28/L, as amended by: Article 1(36) of Law No 308 of 5 December 2004, published in Official Journal of the European Union. Office No 302 of 27 December 2004, S.O. 187 and subsequent amendments and supplements.

⁸ Tourism Economy in Basilicata, *Regional Economic Observatory*, August 2008.

In this context, functional public regulation can play an essential role in developing integrated and renewed solutions that promote the resilience of territories and cities, as well as the local communities⁹.

For the sake of clarity, it seems appropriate to first highlight that the concept of resilience referred to in this paper will be related to sustainable tourism development and environmental risks, in order to identify (*rectius* to renew the use) of legal instruments that the Public Administration can guide to the pursuit of territorial quality.

The aim is to increase legal mechanisms to welcome tourism as a dynamic driving force and to seize the changes taking place as an opportunity for growth and evolution, thanks to preventive public intervention.

The concept of resilience (strengthening of territories and their communities), has favoured the diffusion of knowledge and action in all fields, and requires an exact definition of “*borders*”¹⁰.

2. *Legal framework. Precaution and prevention: two useful principles in the relationship between tourism and environment*

The connections between sustainable tourism and environmental protection raise the question of whether and how the general principles for the protection of the environment can be usefully applied, from the point of view of the interpretative evolution of the legal instruments available to the legal system aimed at making public and private entities responsible in a context of cooperation.

The principle of preventive protection becomes a model to which legal instruments of positive law can be adapted, since it might be able to apply rules that are suitable for outlining systematic interventions detached from dangerous emergency logics.

The precautionary principle implies flexibility that comes from its general legal scope, which makes it suitable for being well and effectively applied to all facets of environmental risks.

⁹ Upon this theme: P. STELLA RICHTER, *nozione del “territorio del governo” dopo la riforma dell’articolo 117 Cost.*, in *Gius. Civ.*, 2003, 107 ff.

¹⁰ For more in-depth analysis on resilience J.B. KINDER and M.S. HARAWIRA, *Resilience System in Edmonton*, University of Alberta, Edmonton, 2018.

However, a clarification seems appropriate and concerns the need to apply this principle in a manner that it effectively conforms to the Article No 15 of the Rio Declaration of 1992¹¹ and in order to not reduce its application to a mere procedural or purely formal obligation¹².

A proper application of the principle can be made by using the Environmental Certifications¹³, aimed at guaranteeing that private individuals comply with certain impact requirements on the territory, when carrying out their activities.

For the purposes of this reflection, also appears interesting the precautionary principle when declined from the subjective point of view and in particular from the point of view of liability that arises from its violation, establishing a liability *ex ante*, *in itinere* and *ex post*

¹¹ The principle of precaution and prevention was first affirmed in international law with The Rio Declaration on Environment and Development of 1992, which states that “*In order to protect the environment, States shall apply the precautionary principle to the fullest extent within their abilities. Where there is a risk of serious or irreversible harm, the absence of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing the adoption of appropriate and effective measures, including cost-based measures, aimed at preventing environmental degradation*”. It was subsequently acquired by EU law. In fact, within the Maastricht Treaty (Art. 130 R(2)), “*it is stated that Community policy on the environment is based on the ‘precautionary principle and on the principle of preventive adoption’*”. In the Treaty of Amsterdam, on the other hand, the principle is taken over in Article 2(1). Article 191 TFEU “*The Union’s policy on the environment shall aim at a high level of protection taking into account the diversity of situations in the various regions of the Union. It shall be based on the precautionary principle and on the principles that preventive action should be taken, that environmental damage should as a priority be rectified at source and that the polluter should pay*”.

¹² R. FERRARA, *Precauzione e Prevenzione nella pianificazione del territorio: La “precauzione inutile”?* in Riv. Giur. Edilizia, 2012, 61; the note by R. FERRARA *cit.* is emblematic. “*the sentence of the Constitutional Court no. 196 of 2004 (in www.giurcost.org), in relation to the building amnesty in the 2003 version, where it is judged, in the concretely necessary, and above all sufficient that the landscape as a value has been equally considered during an administrative procedure. On the other hand, it does refer to a mere ‘procedural obligation’*”.

¹³ S. SPLENDIANI, *Le certificazioni ambientali e di qualità delle destinazioni turistiche: il panorama italiano*, in *Comunicare le destinazioni balneari, il ruolo della Bandiera Blu in Italia*, T. PANCARELLI (Edc), Franco Angeli, Milan, 2015.

(compensatory type)¹⁴ requiring the adoption of precautionary measures even in the presence of scientific uncertainty¹⁵.

3. *The actors of change: shared responsibility*

The processes generated by tourism and its impact on the territory, may be positive or negative, from an environmental, economic and social perspective, involving actors public and private.

This is a preliminary consideration, which we have reached from previous reflections, that leads us to hypothesize the possibility of reasoning in terms of shared responsibility¹⁶ for the purpose of configuring legal institutions capable of activating or consolidating decision-making processes suitable for outlining possible economic and social benefits in favour of each player in the tourism industry (public authorities as well as tourists).

Thus the legal mechanism could work in terms of incentives through some tax rewards activated by the choice of tourist facilities certified as sustainable, so as to trigger a cultural process of change suitable to establish a responsible relationship with the territory, changing their nature, from “greedy travellers” to “temporary citizens”.

¹⁴ On this theme J.-M., LAVIEILLE, *Les principes généraux du droit international de l'environnement et un exemple: le principe de précaution*, Université de Limoges, Mémoire présenté par Yambila Florent LANKOANDE Sous la direction de M. le Professeur Frédéric BOUIN, 2005, which takes into account the three profiles considered in the text and states that the precautionary principle “consiste à dire que non seulement nous sommes responsables de ce que nous savons, de ce que nous saurions dû savoir mais, aussi, de ce dont nous saurions dû nous douter”.

¹⁵ R. BERTUZZI, A. TEDALDI, *Ambiente in generale. Il principio di precauzione in materia ambientale*, in *Ambiente in genere*, 2017- Note (7) “In this regard, in the judicial sphere, the first significant reference to the precautionary principle is made by the International Tribunal for the Law of the Sea in the case of blue fin tuna, which has seen Australia and New Zealand appeal against Japan, against its programme of fishing for blue fin tuna in the Pacific Ocean (*International Tribunal for the Law of the Sea, Southern Bluefin Cases. Requests for provisional measures, order, 1999*). In justifying the application of the protective measures requested by the applicants, the Court of First Instance has in fact applied the precautionary principle in order to avoid “further deterioration of the southern blue fin tuna stock”, and this despite “there is scientific uncertainty regarding measures which it considers appropriate under the circumstances to preserve the respective rights of the parties to the dispute or to prevent serious harm to the marine environment”.

¹⁶ A. NOLKAEMPER, D. JACOBS, *Shared Responsibility in International Law: A Conceptual Framework*, in *Michigan Journal of International Law*, Vol. 34, Issue 2.

In this logic, a system could be applied to connect sustainable certifications obtained by economic operators of tourism with tax concessions in favour of tourists that orient their choices towards structures that have demonstrated environmental “*responsibility*”.

On the basis of these considerations, this analysis aims to identify legal instruments applicable to tourism policies in Basilicata using the existing regulations.

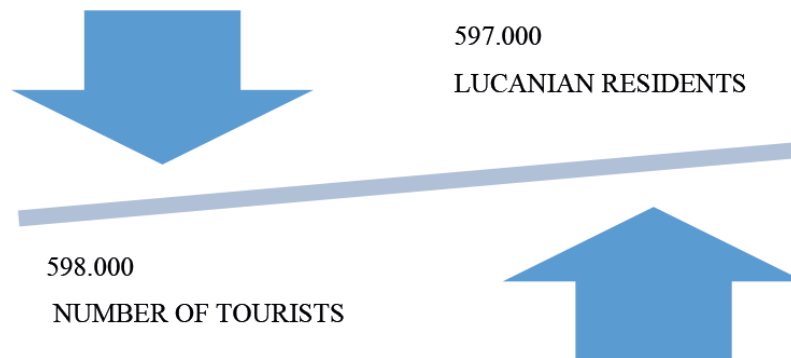
By leveraging the logic of the application of the precautionary principle in environmental law, it is useful to focus the attention on the tourist tax that, in its current and potential characteristics, lends itself to a proactive involvement of tourists in regional policies oriented towards sustainability. In this regard, a legal system of public-private cooperation within the framework will be proposed of the existing legal coordinates in Basilicata.

4. *Relevance of tourism in Basilicata. Some data*

It would be useful to include some data which clearly show the growing relevance of tourism Basilicata.

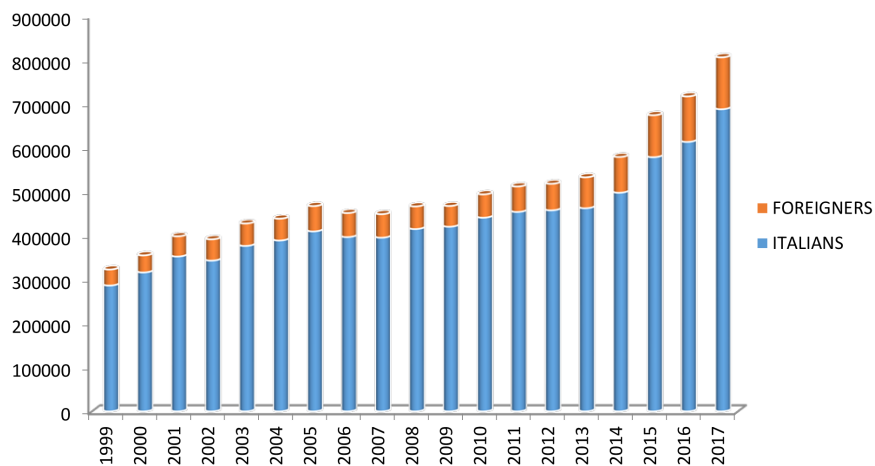
With reference to the impact, the figure for 2015 appears to be significant, when the number of tourists in Basilicata exceeded the number of the resident population:

Figure 1 - Tourists in Basilicata. Year 2015



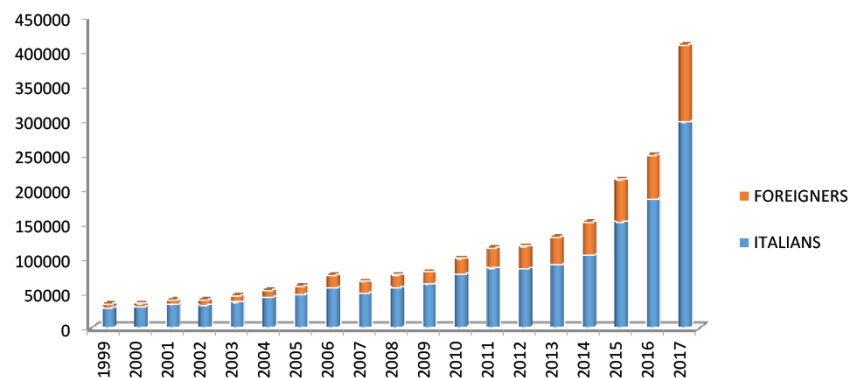
The following graphs show the increase in the number of tourists over the period 1999-2016, respectively in Basilicata and more specifically in the city of Matera:

Figure 2 - Statistical analysis of arrivals Basilicata Region, years 1999/2017



Data Source Apt Basilicata

Figure 3 - Statistical analysis of arrivals in the city of Matera, years 1999/2017



Data Source Apt Basilicata

On the basis of the demand, and without ignoring the variability of levels of tourism development between the different areas of the region,

it can be agreed with the forecasts¹⁷ that the expansion phase will continue for some years to come.

An uncontrolled inflow of tourists risks exceeding a threshold undermining territorial balances, by negatively affecting the quality of life of resident population and by affecting its economical structure caused by the growth of public investment at prohibitive levels.

Considering the potential of tourist economy in which Basilicata seems keen to invest with the aim of strengthening the economic sector¹⁸, there can be no delay the embarking on the path of strategically planned development with high levels of consultation between public and private actors. Therefore it is necessary to abandon the spontaneous development processes based on the non professional gradual adaptation of supply to the trends of the demand.

Hence the importance of legal models and instruments that promote governance processes and strategic interaction between tourism services (dedicated or supporting) and services in function of the enhancement and protection of the territory, aimed on the one hand at satisfying tourist demand, and on the other at ensuring their quality.

5. Economic instruments and legal instruments: a necessary cooperation

Agreeing on the dialogue between knowledge¹⁹, and considering all the innovative management models related to the tourism phenomenon, the one proposed by the World Tourism Organization to the public bodies in charge of the territorial management of tourist destinations emerges, by way of example, with the introduction of an important indicator called Tourist Loading Capacity (TLC).

According to the official definition, the Loading Capacity of a tourist location consists of the maximum number of people who visit, in the same period, the locality without compromising its environmental, physical, economic and socio-cultural characteristics and without reducing the satisfaction of tourists (WTO, 2000). The tourist capacity

¹⁷ F. POLLICE, *Obiettivo Basilicata: Destinazione di qualità e linee di intervento* in *Welcome Basilicata*, Regione Basilicata Publ., 2017, 34.

¹⁸ In this regard, however, it should be noted that, despite the declarations of intent, Basilicata does, indeed, have a tourism plan in place until 2008.

¹⁹ G. IACOVONE, *Il diritto amministrativo nel dialogo tra saperi: note minime su alcune innovazioni in tema di legalità, sicurezza, beni comuni*, in *Dir. amm.*, 2014, 215 ff.

of a given location is set by balancing the TLC without reducing the satisfaction of Tourists.

The aim of the TLC is to define tourism scenarios that can be effectively pursued without compromising, in the long term, the endogenous resources, the social fabric, the economy and the cultural identity of a given territory.

It appears absolutely essential to associate the identification of legal instruments capable of intervening in situations in which the “*potential*” of future events is uncertain, due to the “*ecological surprise*” with which society coexists²⁰.

In this regard, the administrative function, can play a fundamental role in managing risks of scientific uncertainty²¹.

An example is provided by the “*Cultural Heritage Risk Charter*”²² that claims that the Ministry shall draw up an updated knowledge map of the risk situation for the public and private cultural heritage, including the relative data bank. In this regard, however, it cannot be ignored that this system, despite the appreciation at international level, has unfortunately not been implemented throughout the country, in fact the indicators in many cases are not available, or (if available) are not up to date. A further example of the useful and profitable exercise of the administrative function in Italy in the tourism sector is the “*Umbria Green Card*” project; through the provision of a sustainability protocol by the accommodation facilities adhering to a system of territorial enhancement and protection, and a specific Green Card available to tourists, which aims to link sustainable tourism, alternative mobility and territorial enhancement²³.

6. The S.M.A.R.T system

In the field of sustainable tourism the local administrative function includes the reflection and the operational proposal referred to in this paper, which focuses on the use of the tourist tax in connection with the

²⁰ M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente. Come sistema complesso, adattativo, comune*, Giappichelli, Turin, 2007, 245.

²¹ A. BARONE, *Governo del territorio e sicurezza sostenibile*, Cacucci, Bari, 2013, 40.

²² Drawn up in the 1990s by the Superior Institute for Conservation and Restoration which legal basis relies in the art. 1, para. 2, lett. b, of Act No. 84 of 19 April 1990.

²³ More information on the *Umbria Green Card* can be found at <http://www.umbriagreencard.it/>.

certification system. This would allow the coverage of the additional costs of public services, helping to reduce the impact of tourism on the environment.

For the sake of completeness, it is necessary to study the framework of the tourist tax in our legislation.

The tourist tax was introduced with Article 4 of Legislative Decree no. 196/2003, 23/2011, under which the provincial capital municipalities, the unions of municipalities (as well as the municipalities included in the regional lists of tourist resorts or cities of art), may establish a tourist tax to be paid by those staying in accommodation facilities located on their territory, to be applied, depending on the price of the accommodation, up to five euros per night of stay.

The proceeds will be used to finance interventions in the field of tourism, maintenance, use and recovery of local cultural and environmental heritage, as well as local public services²⁴.

Article 4 of the Legislative Decree No. 23/2011 submits, to a specific government regulation, to be adopted within sixty days from the date of entry into force of the Legislative Decree itself, the general rules for the implementation of the tourist tax. This regulation, however, has not been issued to date and so the detailed rules have been left to the regulations of individual municipalities.

The profile that most concerns this provision and that has particularly occupied administrative jurisprudence is the verification of compliance by municipal regulations with the provisions of paragraph 1 of Article 4 of Legislative Decree No. 23 of 14 March 2011, pursuant to which the proceeds of the tax *“is intended to finance interventions in the field of tourism, including those in support of accommodation facilities, as well as interventions for the maintenance, use and recovery of local cultural and environmental assets, as well as the related local public services”*. In this regard, it should be noted that the revenue from the tax is subject to a *“destination”* limitation, thereby differentiating it from the *“purpose”* tax.

Case law²⁵, clarified that the legislator does not require that the revenue collected by the municipalities from the tourist tax are to be

²⁴ According to the article cited in the text, moreover, the tourist tax can replace, in whole or in part, any charges imposed on tourist buses for circulation and parking within the municipal territory.

²⁵ T.A.R. Puglia, Sec. I, 17 April 2012, judgment No. 736; T.A.R. Puglia, Sec. III, 19 April 2012, judgment No. 748.

allocated to new expenses, but that it has to be used to finance interventions in the field of tourism²⁶.

Also interesting are the guidelines offered by the provisions of the Regulations of Matera city, in line with the provision of paragraph 1 of Article 4 of Legislative Decree No. 23 of 14 March 2011²⁷.

The Tourist tax represents only one of the different fiscal instruments that are destined to nourish the municipal tax system²⁸ to

²⁶ "The introduction of the new tourist tax does not necessarily correspond to an increase in expenditure forecasts, as, without prejudice to compliance with the destination constraint imposed by the legislator, the proceeds of the new tax can well be used to ensure continuity, compared to previous years, of services provided by the municipality in the field of tourism and maintenance of the territories" This analysis is extracted from G. BERETTA, *L'imposta di soggiorno. Amnesie legislative ed esigenze di riforma nell'area della sharing economy*, Università Cattaneo Working Papers, 2017.

²⁷ Declares that "the revenue from the application of the tax, identified in a specific chapter of the revenue, is intended to finance interventions in the field of tourism, including those in support of accommodation facilities, as well as interventions for the maintenance, use and recovery of local cultural and environmental assets, as well as the related local public services".

²⁸ As well as the municipal tax (Imu), the waste tax (Tari), the tax and the fee for the occupation of public spaces and areas (Tosap/Cosap), the tax for indivisible services (Tasi), the tax on advertising, the tax purpose. According to a study by Uil, in 2015. For further information on the taxation of local authorities, please refer to G. MARINI, *L'autonomia tributaria delle Regioni e degli enti locali tra Corte Costituzionale* (Constitutional Court sentence no. 102 of 2008) and Ordinance No 103/2008, in *Riv. dir. trib.*, Quaderni, 2008, No 3, 96 ff.; G. FRANSONI, *Osservazioni in merito alla potestà impositiva degli enti locali alla luce della riforma del Titolo V della Costituzione*, in AA.VV., *Annali della Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Foggia*, Milan, 2005, 1089 ff.; G. SELICATO, *La nuova autonomia degli enti territoriali*, *Dir. prat. trib.*, n. 6, 2005, 11177 ff.; F. TESAURO, *Le basi costituzionali della fiscalità regionale e locale*, in *La finanza locale*, 2005, 13 ff.; L. DEL FEDERICO, *Orientamenti di politica legislativa regionale in materia di tributi locali*, in *Fin. loc.*, 2003, 509 ff.; A. AMATUCCI, voce *Autonomia finanziaria e tributaria*, in *Enc. giur. trec.*, IV, Rome, 2002, 1 ff. For a historical reconstruction of the taxing power of local authorities, see G. MARONGIU, *La fiscalità delle province nel secondo Novecento*, in *Dir. prat. trib.*, No 1, 2010, 10051 ff. With reference to the individual taxes of local authorities, see P. PICIOCCHI, C. GAMBINO, *L'imposta comunale sugli immobili e la nuova imposta municipale propria*, in *Dir. prat. trib.*, No. 6, 2014, 21162 ff.; ID., *L'imposta comunale sugli immobili e la nuova imposta municipale propria* (1993-2013), in *Dir. prat. trib.*, No 3, 2013, 2 ff.; A. STAGNARO, *La tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani* (1999-2007), in *Dir. prat. trib.*, No 6, 2008, 21279 ff.; E. G. COMASCHI, *Tassa per l'occupazione di spazi e aree pubbliche – Parte prima* (2006 - 2013), in *Dir. prat. trib.*, No 6, 2012, 21147 ff.; ID., *Tassa per l'occupazione di spazi e aree pubbliche – Parte seconda* (2006 - 2013), in *Dir. prat. trib.*, No 6, 2013, 21109 ff.; M. P. SANGUINETI, *Imposta comunale sulla pubblicità e il diritto sulle pubbliche affissioni*, in *Dir. prat. trib.*, No 3, 2006, 20655 ff.; ID., *Imposta comunale*

which could be applied a mechanisms of bonus, according to what will be exposed. It is, however, the most widely used form of taxation on tourism²⁹.

In accordance with the framework outlined, considering Basilicata and the city of Matera as a case study, the aim of the research is to suggest a tax incentive system through the creation of a network among the main actors in order to support prevention and shared responsibility.

For the purposes of this reflection, coherently with the premises on the usefulness of the “*dialogue among knowledge*”, it may be helpful to consider the contribution of Markandya, Pedroso and Taylor³⁰ (2005). According to the authors, the main manifestations of the tourist impact are:

1. congestion;
2. the increase in the pollution load in the air and in water;
3. the exploitation of resources (especially energy and water);
4. the increase in solid waste;
5. the ecological impact;

sulla pubblicità e il diritto sulle pubbliche affissioni – Parte seconda, in *Dir. prat. trib.*, No 5, 2007.; A. F. URICCHIO, *Imposizione di scopo e federalismo fiscale*, Maggioli, Rimini, 2013; ID., *L'imposta sulla pubblicità e l'imposta di scopo*, Maggioli, Rimini, 2012; F. AMATUCCI, *I tributi di scopo e le politiche tariffarie degli enti locali*, in *Raff. trib.*, 2011, 1261 ff.; L. DEL FEDERICO, *Imposta di scopo, compartecipazioni, addizionali e poteri regolamentari*, in *Trib. loc. reg.*, 2008, 206 ff.; L. DEL FEDERICO, *Tributi di scopo e tributi paracommutativi: esperienze italiane ed europee. Ipotesi di costruzione del prelievo*, cit., 883 ff. On taxation and tourism, see V. FICARI and G. SCANU, “*Tourismtaxation*”. *Sostenibilità ambientale e turismo fra fiscalità locale e competitività*, Giappichelli, Turin, 2013; A. LA SCALA, *Elementi ricostruttivi dell'“imposizione sul turismo”: opportunità e limiti nel contesto del c.d. federalismo fiscale*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2012, No 4, 953 ff.; L. TOSI, *La fiscalità delle città d'arte. Il caso del comune di Venezia*, Cedam, Padua, 2009.

²⁹ A 2016 study conducted by the UIL shows that the tourist tax has generated revenue for the coffers of municipalities of over 431 million euros, an increase of 20.5% compared to 2013, when the municipalities collected 342 million euros. In particular, in Rome in 2015 the tax generated revenues of 123.1 million euro, in Milan 61 mln, in Venice 27.5 mln and in Florence 26.7 mln. In 2016, there were 650 municipalities that applied the tourist tax, in line with 2015 and instead an increase of 14% compared to 2014. V. Uil, Tourist and landing tax, 2 August 2016, available online at <http://www.uil.it/documents/IMPOSTA%20DI%20SOGGIORNO%20E%20DI%20SBARCO.pdf>.

³⁰ In A. MARKANDYA, S. PEDROSO and T. TAYLOR, *Tourism and sustainable development: Lesson from recent World Bank experience* Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing, 2005, 225, “*congestion*” it means the impact generated by the number of tourists in the enjoyment of tourist destinations and in environmental quality, with possible over-exploitation of public services (water, electricity, etc.) in seasonal peaks.

6. the impact of induced payments.

Figure 4 - For a strategy of change



On the basis of the above considerations, and considering the “delicate” sectors just mentioned, a system could be imagined aimed at involving the public administration, economic operators and tourists who, with the help of information technologies, could enter into relations through a network for enhancing sustainable choices from the financial and fiscal point of view, both for companies and “temporary citizens”. The system would qualify through a certification system (S.M.A.R.T.)³¹, with positive effects on the community located in the territory concerned.

7. Regional regulations

In order to verify the operating conditions of the incentive system based on unchanged legislation, a reconstruction of the regional laws

³¹ The inspiration of this system is addressed to the German experience of the Passive house, (in our case it would be applied to renovations and not to new constructions) <http://www.passivehouse.com/> whose success has also favoured the appearance of the Nearly Zero-energy buildings system <https://ec.europa.eu/energy/en/topics/energy-efficiency/buildings/nearly-zero-energy-buildings>.

becomes necessary. With regard to the agro-food sector, Regional Act no. 26 of 2015³² comes under consideration, for the use of food surpluses, through the prevision of grants for the financing of training projects, for the purchase of goods and services useful for the efficient exercise of these activities as well as through the establishment of local networks.

Also provided is the establishment of local networks between active recognized actors in the agri-food and third sector.

The tools provided might be used for the proposed system, through the promotion of activities that provide for a more direct relationship between agricultural producers and end users of products (traders, restaurateurs, hoteliers and consumers) such as the short supply chain and km Zero, encouraging consumption choices inspired by respect for the environment, the enhancement of local and organic products.

With reference to the energy sector, the region through the Regional Energy Plan aimed to pursue an increase in energy efficiency, able to forecast a reduction in the demand for energy for end uses of 20% in 2020; a policy also adopted by the Municipality of Matera with the adhesion to the “*Patto dei Sindaci*” (Covenant of Mayors)^{33,34}.

The 2016/2016 Regional Transport Plan, has equipped itself with an essential planning tool, in line with regional plans and socio-economic developments aimed to use the LPT park for tourists participating in the S.M.A.R.T. system thanks to agreements with the local authorities, in order to obtain discounts on the price of the travel ticket and reduce pollution generated by vehicles in circulation.

Finally the Regional Waste Management Plan has adopted the “*Zero 2020 Regional Waste Strategy*” as its programme of reference. For the implementation of this plan, two strategies have been provided, concerning the application of appropriate tariffs, and the identification of incentive instruments in favour of companies that intend to implement measures to reduce waste produced.

From the brief reconstruction of the above regulations, it is possible to

³² BUR Basilicata, No 30, 13 August 2015.

³³ *Il Patto dei Sindaci* is a European initiative aimed at reducing CO2 emissions through Sustainable Energy Action Plans (SEAPs) in buildings, transport, renewable energy sources, urban and territorial planning, information and communication technologies. It was signed, under the aegis of the Province, in a partnership agreement with the Directorate General Energy of the Commission, assuming the role of “*Territorial Coordinator*”.

³⁴ The text of the SEAP of the city of Matera is available on the site.

http://mycovenant.eumayors.eu/docs/seap/17758_1432506197.pdf.

deduce important spaces present in the regional legislation, suitable for a functional application to the perspectives proposed by the present work.

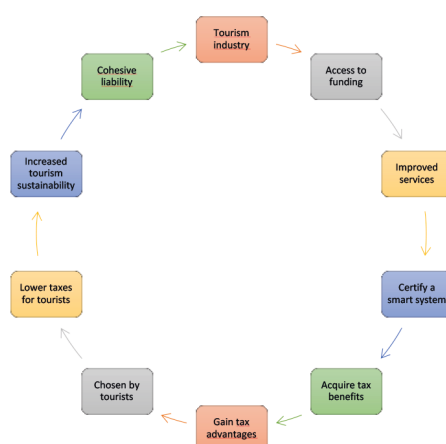
8. *The operational proposal*

On the basis of the regional legislation just examined, albeit in a summary manner, a virtuous process could be set in motion starting from the provision of financial and fiscal benefits to be made available to economic operators belonging to the tourism industry who have obtained “sustainability certifications” having as their object the structures and activities they manage. Entrepreneurs who have obtained S.M.A.R.T. certification. would be placed on an IT platform which would give them, on the basis of sector criteria, a percentage of sustainability.

These chosen activities would be traced through a computer system, and displayed along with the percentage of sustainability level achieved, which would positively affect the price of the tourist tax that would be refunded by the municipal administration.

The creation of the complex network proposed among municipalities, tour operators, certification bodies and tourists, will be simplified thanks to the shared information technology and cloud system, which can facilitate interaction between tourists and members of the network.

Figure 5 - The cyclicity of the S.M.A.R.T. system applied to tourism



In conclusion, it seems appropriate to give a brief overview of the direct and indirect advantages of the S.M.A.R.T. system also with the help of the indications shown in Figure 5.

First of all, the interconnection among the actions and the choices of all the subjects is clear, as well as the evident reciprocity and circularity of the effects. This would result in a virtuous and beneficial circle for all actors involved. For enterprises could benefit from reductions in local taxation and apply more competitive prices. This competitiveness would mean greater efficiency in service delivery (such as the short supply chain to KMZero), which the cloud would make accessible to its users. Tourists would also direct benefit from the reduction in the tourist tax, and indirectly benefit from greater transparency of services, with an inevitable improvement in the quality of territorial development³⁵. They could also have access to goods and services through transparent processes, and local communities would benefit from sustainable territorial policies.

Quality would become a real methodology suitable to guarantee sustainable growth not only operated by locals, but assured by superior responsibility between the *temporary citizens*, the public administration and the local communities, key players together in the sustainability of the cultural heritage of Basilicata.

³⁵ F. POLLICE, *Obiettivo Basilicata: Destinazione di qualità e linee di intervento*, in Welcome Basilicata, 2017, 34.

PARTE III

ESPERIENZE A CONFRONTO

VINICIO BRIGANTE

ADMINISTRATIVE RESILIENCE, URBAN REGENERATION,
LONG-TERM RECOVERY AND ADAPTABILITY BETWEEN
ORDINARINESS AND EMERGENCY: A BENCHMARKING
BETWEEN THE KŌBE AND L'AQUILA EARTHQUAKES

SUMMARY: 1. Administrative resilience: investigation perspective in absence of unambiguous definition. – 2. Building national resilience: the virtuous case of the recovery process of Kōbe after the Great Hanshin-Awaji earthquake in 1995. – 3. Administrative law and emergency into Italian law: the necessity as a source of law and the derogations from the public procurement framework in relation to the earthquake of the Abruzzo region in 2009. – 3.1 A short historical perspective of the Italian administrative management of emergency. – 3.2 The post-earthquake rebuilding in Abruzzo, between courtroom and exemptions to the public procurement Code. – 4. Conclusive remarks.

1. Administrative resilience: investigation perspective in absence of unambiguous definition

The issue of administrative resilience has been deeply analysed by the European and American academics of public law in recent years, since it is assumed that it is possible to summarise under a single category both the state of emergency and the predisposition of a stronger precautionary institutional framework based on the scientific knowledge¹.

The topic investigated in this paper concerns the role of administrative law, in relation to administrative measures and decisions, in response to linked social-ecological change, related only to natural disasters, such as Kōbe and L'Aquila earthquakes.

The term resilience was borrowed by human sciences in recent years; it was originally, coined by an eminent Scottish engineer to describe the strength and ductility of steel beams².

¹ In this regard it is nodal the contribution of the French scholars, for all see S. PLAUD, *Principe de précaution et progrès scientifique*, in *Ethics and economics* (2010).

² W.J.M. RANKINE, *A manual of civil engineering*, Griffin Publications, London, 1867, a resilient steel beam survives the application of a force by resisting it with strength (rigidity) and absorbing it with deformation (ductility); in a different direction, R.

At the end of the 1990s the term “resilience” made the transitions from the so-called exact sciences to social field, such as law, thanks to the work of economist³ and geographers⁴.

The law scholar’s attention to resilience is quite recent; given that the term is alien to the legal field, it has been difficult to find a definition of the term that would be universally accepted. Furthermore, in many legal systems, as in the Italian one – in which, too, the quantity of legislation promulgated annually is also extremely high – the term resilience is undefined and it appears rarely in the national legislation⁵.

For these reasons, there is no definition of resilience commonly accepted by legal practitioners, but there are several studies founded on the general legal principles, based on the assumption that “there may be tension between the law and its expectations of certainty, and resilience with its emphasis upon flexible responses to risks and uncertainties⁶”.

DJALANTE, C. HOLLEY and F. TOMALLA, *Adaptive governance and managing resilience to natural hazards*, in 2 *International Journal of Disaster Risk Science* (2011), 3, “the concept of resilience was originally developed in the field of ecology” and A. MCASLAN, *The concept of resilience. Understanding its origins, meaning and utility*, in *Torrens Resilience Institute Paper* (2010), states that there is no evidence of resilience being used by scholarly work until T. TREDGOLD, *On the transvers strenght of timber*, in *Philosophical Magazine: a Journal of Theoretical, Experimental and Applied Science* (1818), introduced the term to describe a property of timber, and to explain why some types of wood were able to accommodate sudden and severe loads without breaking; for an investigation into the meaning and the uses of the term resilience, see D.E. Alexander, *Resilience and disaster risk reduction: an etymological journey*, in *Nat. Hazards Syst. Sci.* (2013), 2707-2716.

³ A.A. BATBYAL, *The concept of resilience: retrospect and prospect*, in 3 *Environ. Dev. Econ.* (1998), 235-239.

⁴ W.N. ADGER, *Social and ecological resilience: are they related?*, in 24 *Prog. Hum. Geog.* (2000), 347-364.

⁵ By way of example, the subsection no. 974 of the law 28 December 2015, no. 208, which regulates the annual establishment of the State budget (the so-called Italian financial Act or Stability law), established an extraordinary programme for urban renewal and safety in the suburbs, for the implementation of plans for urban decorum to improve regional security and the ability to achieve urban resilience. The lack of a definition is supported by references to the creation of new models of a metropolitan social-welfare.

⁶ B.M. HUTTER, *Risk, Resilience, Inequality and Environmental Law*, Elgar, Cheltenham, 2017, Preface, X; B.H. WALTER and D. SALT, *Resilience thinking: sustaining ecosystem and people in a changing world*, Washington University Press, Washington, 2006, “Law and resilience relate to each other in two distinct ways. The first aspect has been described how law influences the resilience of social-ecological systems. The other aspect refers to the resilience of law itself: how legal concepts,

Resilience has multiple definitions, but the present paper takes as its reference the one developed by the International Strategy for Disaster Reduction of the United Nations, which by coincidence took place exactly in Kōbe, in January 2005, according to which “resilience is the capacity of a system, community or society potentially exposed to hazards to adapt, by resisting or changing in order to reach and maintain an acceptable level of functioning and structure. This is determined by the degree to which the social system is capable of organizing itself to increase this capacity for learning from past disaster for better future protection and to improve risk reduction measures⁷”.

More accurately, administrative resilience is the capacity of a system to react to shocks by adapting its organizational structure and by generating new pathways.

The issue investigated in this paper is not only directed to study traditional themes of administrative law, such as administrative decisions or the public management of the emergency, but from a different perspective it draws attention to the existing tensions between efficiency and persistence, constancy and change, predictability and unpredictability⁸.

Administrative resilience is a crucial variable determining how societies adapt and transform in response to related social-ecological change⁹.

The purpose of the present work is to investigate the regional resilience in response to natural disasters. In particular, it deals with two earthquakes that occurred in L’Aquila in 2009 and in Kōbe in 1995, in order to evaluate the impact of the so-called resilient factor that underpins the administrative measures adopted and to take account of any potential findings.

The two territories taken as a benchmark are located in areas with a high seismic activity, in which adaptive capacity becomes a fundamental requirement in order to be less vulnerable and increase the so-called adaptive resilience.

principles, and processes persist in the face of change, and how law maintains its structure or adapts to new circumstances”.

⁷ World conference on disaster reduction, *Hyogo framework for action 2005-2015: building the resilience for Nations and Communities to Disaster* (2005), 4, available for consultation on the website www.unisdr.org/wcdr.

⁸ For more on this issue, see L.S. GUNDERSON, *Resilience, flexibility and adaptive management: antidotes for spurious certitude?*, in *Ecology and Society* (1999), 7.

⁹ D. ARMITAGE, *Resilience and administrative law*, in *Ecology and Society* (2013), 11.

This concept – developed by scholars¹⁰ – is related to the ability of a system to adjust its organizational structure in order to minimize the impact of the unexpected and harmful events.

One more specification should be conducted about the term ‘adaptability’, which appears in the title of the relation too, and the differences with the idea of ‘adaption’.

Adaptability shows the capacity of a legal system to combine experience and knowledge, in order to influence and improve the resilient factor¹¹, while adaptation refers to a short-term analysis closely linked to the stage of emergency.

The perspective chosen in this paper aims to analyse the impact of the administrative decision in a prolonged period in order to evaluate the effects on the economic recovery and the urban regeneration¹².

2. Building national resilience: the virtuous case of the recovery process of Kōbe after the Great Hanshin-Awaji earthquake in 1995

Historically, Japan has suffered damage due to a number of large-scale natural disasters related to its geographical features and Japanese regions have always coexisted with significant external pressures often leading to environmental calamities.

The response of the Kōbe administration to the violent earthquake that hit the district of Hanshin, on 17th January 1995 causing serious damage to a wide area, most of which was recorded in the region of Kansai, represents an excellent example of reaction to unforeseeable events.

¹⁰ See R. MARTIN, *Regional economic resilience, hysteresis and recessionary shocks*, in 12 *Journal of Economic Geography*, 1-32; J. SIMMIE and R. MARTIN, *The economic resilience of regions: towards an evolutionary approach*, in 3 *Journal of Regions, Economy and Society* (2010), 27-43, “adaptive resilience involves the possibility of a structural adjustment in reaction to shock and has also been defined as evolutionary resilience in relation to its ability to conduct the system to a bounce forward that involves an evolution rather than a simple recovery of previous functions”; L. LAZZARETTI and P. COOK, Introduction to the special issue ‘the resilient city’, in 3 *City, Culture and Society* (2015), 47-49, adaptive resilience may explain the evolution of the system clarifying the attitude of some regions to renew and develop, designing a sustainable future.

¹¹ B.H. WALTER, C.S. HOLLING, S.R. CARPENTER and A. KINZIG, *Resilience, adaptability and transformability in social - ecological systems*, in *Ecology and Society* (2004), 5-6.

¹² With regard to the issue investigated, see R. ANGELINI and R. D’ONOFRIO, *Comunicazione e partecipazione per il governo del territorio*, Franco Angeli, Milano, 2015, 276-338, for an analysis of the experience of the housing policy in Abruzzo region.

This case study is considered as a turning point for a critical revision of the concept of the management of the emergency in administrative law, which for the first time was not restricted to the phase of need, but concerned the phases of reconstruction and economic recovery too¹³.

Shortly after the disaster, the local authority claimed that “it was necessary to build a disaster-safe model city where citizens can live and work in a safe and secure manner through the swift recovery of the urban infrastructure, civic life and urban development to create a new Kōbe that will become a civic-minded creative city¹⁴”, an ideological manifestation of the view of resilience.

The first measure adopted concerned the institution of the “Great Hanshin-Awaji Earthquake Public Reconstruction Fund”, set up and managed jointly by the City of Kōbe and the Hyōgo Prefecture, to provide financial support to citizens and companies.

This fund possessed public legal subjectivity and it was earmarked both for specific tasks, such as reconstruction of houses and assistance to small companies, and for general ones, such as the direction and the coordination of the recovery phase.

Alongside this institutionalized recovery, jointly managed by two local authorities, there was also an own-initiative of several NPOs organizations.

The entire program of administrative resilience, apart from the actors involved, was under the political direction of the ‘Earthquake Recovery Headquarters’ headed by the mayor, that identified three steps for the recovery, namely: relief, recovery and new development.

At an early stage, in 1996, Kōbe Municipality issued an interesting administrative measure in which it decided to promote the construction of permanent factories to be rented in order to allow a quick recovery of the region¹⁵.

A peculiar circumstance concerned the phenomenon called *Machizukuri*; the term indicates organizations formed by residents, private agencies and public bodies with an interest in the field of

¹³ On this issue, see S. OLIVA and L. LAZZARETTI, *Adaptation, adaptability and resilience: the recovery of Kobe after the Great Hanshin Earthquake of 1995*, in *European Planning Studies* (2017), 67-87.

¹⁴ VV. AA., *Comprehensive strategy for recovery from the Great Hanshin-Awaji earthquake*, curated by City of Kobe, 2010.

¹⁵ S. OLIVA and L. LAZZARETTI, *Adaptation, adaptability and resilience*, quoted, 79, “This was the first large-scale factories-to-rent scheme sponsored by the public sector in Japan. As well as the construction of factories to rent, the government decided to build a number of facilities to support firm business”.

recovery, a kind of public-private partnership that acted also as an interface with city planning consultant¹⁶.

The more righteous aspect of the Kōbe recovery experience concerned the long-term recovery and adaptability and the corresponding impact of law and administrative decision; the earthquake became the pretext for a total rethink of urban development.

A renovated urban approach was boosted in order to revitalize the local economy, through the improvement of the creative sector, as demonstrated by the redesign of the harbour, also with a tourist-oriented vision.

Furthermore, by an act of the central government, two projects were adopted with the establishment of a low-tax regime, namely Project for Kobe Medical Industrial City and Kobe Robot Technology Project.

These projects helped the promotion of the development of new sectors in Kobe, such as the medical industry which, in turn, was closely linked to the idea of revitalizing the port area.

The development of the medical industry is the most significant example of a long-term recovery; it illustrates about how a catastrophic event can be a roadmap to develop new sectors or to implement the technology tools in order to prevent future calamities¹⁷.

As a conclusion of this part of the investigation, it can be useful to draw some final thoughts.

First of all, in building a resilient city model the short-term actions in response to the disaster can be a way to tackle the emergency at the first stage, but they are not enough, since it is necessary to have a long-term policy jointly managed by the public administrations, the public-private entities and the citizens. It is required that the administrative measures

¹⁶ In a most general sense on this issue, see N. EVANS, *Machi-zukuri as a new paradigm in Japanese urban planning: reality or myth?*, in *Japan Forum* (2002), 443-464, "The concept of machi-zukuri (community/neighbourhood planning) has become widely used in recent years, both within the field of urban planning and in more general usage. It is seen as a radical departure from the conventional centralized, top-down, civil engineering approach of Japanese urban planning (toshi-keikaku), or even as playing an important role in the regeneration of Japanese civil society over this period"; C. HEIN, *Toshikeikaku and Machizukuri in Japanese Urban Planning. The Reconstruction of Inner City Neighborhoods in Kōbe*, in *Japanstudien* (2002), 221-252.

¹⁷ S. OLIVA and L. LAZZARETTI, *Adaptation, adaptability and resilience*, quoted, 82, "From a technological standpoint, Kobe was the testing ground for anti-seismic technologies and initiated large-scale applications of innovative technologies of based isolation, driving Japan towards a leadership position in such industry. The Great Hanshin Earthquake was an opportunity for rethinking the image of the city and make it more competitive."

look beyond the initial stage of emergency and lay the foundations for a rapid recovery.

Secondly, the close cooperation between citizens and institutions and a shared decision-making policy can make regions more solid, and also promote a process of adaptation and adaptability in order to create a resilient city.

The core issue in order to constitute a resilient factor is the foresight of the public policies and an informed cooperation between the actors involved in various ways in the recovery process.

In order to conclude this first part of the investigation, a few words should be spent on the “*Basic Act for National Resilience Contributing to Preventing and Mitigating Disasters for Developing Resilience in the Lives of the Citizenry*”, Act no. 95, issued by the Japanese Government on 11th December 2013, but which came into effect only on 1st April 2016.

This interesting legal measure aims to lay down the minimal coordinates with regard to resilience at national level, without defining it.

This act is made up of five Chapters and several different articles and it is preceded by a short preamble, in which it is underlined that it is one of the fundamental responsibilities of the national Government to ensure the safety and health of the citizens and to set priorities and take proper measure in advance, with the aim of building national land and regions which are highly resilient to large-scale natural disaster.

In order to achieve these objectives it is important to share information, make preparations for large-scale natural disasters even at normal times, and utilize the most advanced technologies and equipment based on new technological innovation.

The act under investigation has a programmatic nature because it establishes the minimum requirements and clarifies the responsibility of the National Government concerning the promotion of initiatives aiming to achieve the goal of making Japan more resilient to natural disasters that may exert a considerable impact on the lives of the national economy too.

The main points of this document are prevention and mitigation, swift recovery by promoting measures concerning National Resilience in a comprehensive and systematic manner.

The articles no. 3 and 4 provide for a policy coordination between the National and the Local Government.

The article no. 5 is very interesting because it states that business entities and citizens must develop their understanding of and interest in

the significance of National Resilience, by introducing a provision that involves also private parties in the recovery phase.

The chapter no. 4 of this Act contains a provision that has an impact on the Japanese public organizational framework, because of the establishment of the National Resilience Promotion Headquarters in the Cabinet Office, which shall take charge of affairs concerning the preparation of a draft of the Fundamental Plan for Resilience¹⁸.

This Act has not yet received application, but it shows clearly how to build a resilient system, which is not limited to the short-term recovery but it must be equipped for an organized regeneration, starting with the urban aspects of the recovery.

3. Administrative law and emergency into Italian law: the necessity as a source of law and the derogations from the public procurement framework in relation to the earthquake of the Abruzzo region in 2009

Before dealing with the events concerning the management of the emergency after the earthquake that affected the Abruzzo region in 2009, it is appropriate to make a few brief comments about the conditions and the limits faced by the public administration on the occasion of an unforeseeable event within the Italian legal framework.

3.1 A short historical perspective of the Italian administrative management of emergency

The so-called law of the emergency represents a form of public

¹⁸ In accordance with the article 17 of the Basic Act, "In preparing a draft of the Fundamental Plan for National Resilience, the Headquarters must have the Vulnerability Assessment results verified and decides the order of priority for measures concerning National Resilience to be implemented intensively in light of the public need, objectivity, fairness and reasonableness, while ensuring the transparency of the process of preparing the draft. When intending to prepare a draft of the Fundamental Plan for National Resilience, the Headquarters must hear the opinions of prefectures, municipalities, people with academic backgrounds and people who have a close relationship with the promotion of measures concerning National Resilience, in advance". Furthermore, in accordance with the Act, "Vulnerability Assessment shall be conducted in a comprehensive and objective manner based on scientific knowledge, while envisaging the worst events that might ever happen and shall be conducted for each sector".

action, to deal with exceptional situations that cannot be dealt with the ordinary powers usually held by the public administrations¹⁹.

In civil law jurisdictions, such as the Italian one, in which administrative powers are accorded by law, there might be a problem of compatibility between the exceptional nature of these measures and the constitutional principles.

Generally, these exceptional and derogatory powers are legitimated by the presence of particular conditions which are the exceptional nature of the events, the lack of effectiveness of the ordinary tools to deal with the unexpected and the effectiveness limited in time.

However, the administrations have been interpreting the notion of emergency extensively²⁰ in recent years, bringing up problems of potential infringement of the constitutional principles. Specifically, there is a potential conflict between the emergency measures and the rule of law on the one hand and the separation of powers on the other one.

After the violent earthquake that hit Messina and Reggio Calabria in 1908 and the related impossibility of using ordinary powers, the Italian government was faced for the first time with a theory that assessed the necessity as a source of law²¹.

The word “emergency”, instead of “necessity” and “urgency”, appeared in the law 24 February 1992, no. 225, which established the National Civil Protection Office, holder of tasks aimed to protect life, settlements and environment against damages resulting from natural hazards.

According to this law, the Council of Ministers shall indicate the duration and the spatial extent in order to enable the public administrations to issue such orders derogating from ordinary law (only

¹⁹ A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, Il Mulino, 2008.

²⁰ In this regard, in a non-exhaustive manner, see F. SALVIA, *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori interni all'amministrazione*, in 4 *Dir. amm.* (2005), 764, who referred to a gradual dilation of the notion of emergency and D. DELLA PORTA and A. VANNUCCI, *Corruzione politica e amministrazione pubblica. Risorse, meccanismi, attori*, Il Mulino, Bologna, 1994, 66-73, the presence of the so-called emergency culture caused an extension of the notion of emergency; S. STAIANO, *Brevi note su un ossimoro: l'emergenza stabilizzata*, in *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, curated by S. Staiano, Giappichelli, Torino, 2006, 64, notes that the continued use of the emergency measures leads to a contradiction in terms, that is the stabilized emergency.

²¹ S. ROMANO, *Sui decreti legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e Reggio Calabria*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, I, then in *Scritti Minori*, 1950.

temporarily and respecting the principle of proportionality), but in compliance with the principles of the Constitution and, more generally, with the principles that supervise the Italian legal system.

It is appropriate to clarify that these orders, enacted in exceptional situations, do not have legal force but are administrative measures.

As outlined in the preamble, the word “resilience” is almost completely absent in the Italian legal framework, but the natural disasters occurring over the years have had an impact on the organization of the public administration, as shown by the institution of the National Civil Protection Office. In other words, within Italian law there is a lack of the so-called culture of prevention and, on the contrary it is highly developed the culture of emergency.

The risk linked to a broad interpretation of the notion of emergency is to create an alternative course of action of the public administration, in which the citizens are not protected²².

In this regard, some Italian scholars noted that there is an abuse of the emergency powers²³, a circumstance that entails the risk that the state of emergency can become normalcy²⁴.

Among the many problems raised by these themes, in the following paragraph will be analysed issues related to the derogations from the Italian public procurement Code and to the controversy which emerged after the earthquake that affected Abruzzo in 2009.

3.2 The rebuilding post-earthquake in Abruzzo, between courtroom and exemptions to the public procurement Code

The public management of the emergencies may involve several derogations to traditional models, to tackle the state of emergency with efficiency.

On 6 April 2009, after that a major earthquake hit Abruzzo, the Council of the Ministers urgently adopted a decree in which was stated the risk of impairment of the best interests of the population was stated.

²² V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. pubbl.* (2007), 377, with regard to the orders of the National Civil Protection Office, there is a risk of creating an administrative legal system parallel to the ordinary one.

²³ D. DIMA, *Uso e abuso degli strumenti emergenziali. Alcune (ulteriori) distorsioni in tempo di crisi*, in *federalismi.it* (2014).

²⁴ U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Carocci, Roma, 2000, 31.

Furthermore, this decree provided the involvement of the operating structures belonging to the National Civil Protection Office to deal with the emergency and named the head of the National Civil Protection Office as Commissioner-Delegate for the adoption of any necessary measure in order to ensure primary health care services.

On 28 April 2009, the decree-law no. 39 was issued in order to implement urgent measures for the population and to start the reconstruction phase, to which it is necessary to dedicate a few words.

The notion of a reconstruction plan within Italian law is contained in the legislative decree no. 154, issued on 1st March 1945, designed for recovery after the war.

Originally, the objectives pursued by reconstruction plans were the implementation of the most urgently needed works and to avoid that the rebuilding would undermine the rational future development of the city. These plans have public nature but also pursue private targets, such as the rebuilding of the private building stock, but with constitutional importance as shown by the right to housing.

One of the problems found was the fragmentation of the legislative moves, as demonstrated by the law no. 77 of 24 June 2009, which provided for a splitting of the reconstructive plan, in accordance with a specific urban strategy²⁵.

The division of the recovery zone caused many differences, in terms of decision-making procedures and in respect of the time limit for completion of the works.

On the other hand, the ordinance issued by the Commissioner-Delegate on 9 March 2010 contained two different areas of action, complementary to each other.

The first one was directed to the creation of associative forms on the territory for the coordination and integration of measures and operations.

The second one aimed to operate a quick economic recovery of the areas in order to facilitate the return of the citizens to their homes.

²⁵ On this issue, see L. GIANI, *La presunta configurazione privatistica degli interventi di ricostruzione in caso di calamità naturali e la deroga alla disciplina del codice dei contratti. Alcuni spunti di riflessione tratti dall'esperienza aquilana*, in *Rivista amministrativa degli appalti* (2012), 283; in order to evaluate the risks associated to these kind of exemptions, see J. SCHULTZ and T. SØREIDE, *Corruption in emergency procurement*, in 4 *Anticorruption resource center* (2006), 3, "opportunities to engage in corruption are particularly high in emergency contexts, where controls are weak, funding levels and media pressure are high, and staff turnover is rapid. Despite the obvious risks, the humanitarian community rarely discusses corruption directly or openly".

The reconstruction of the houses had an impact on the organisational framework with the establishment of a dedicated office, the *U.R.S.A. (Ufficio speciale per la ricostruzione de L'Aquila)*.

One of the special features of the reconstruction plan was the coordination between local authorities and entities responsible for the protection of cultural goods (the so-called *Sovrintendenza*), to preserve the cultural heritage that was not affected by the earthquake and for an accurate recreation of the devastated historic centres of the area.

The most striking innovation is considered to be the establishment of a technological database called Open Data Reconstruction, to make the scientific and technical data available to the institutions; this instrument had facilitated the decision-making process by creating a link between science and administrative law.

A peculiar circumstance is laid down by the article no. 3 of the law no. 77 of 24 June 2009 that provided for a compensation granted for the rebuilding, required by law, which has a private nature and therefore is excluded from the public procurement framework and from the principles for the protection of competition.

Furthermore, the decree law no. 201 of 2011 has explicitly provided for further exceptions from the public procurement code, a circumstance that raised doubts of compatibility with the European framework.

In addition to this regulatory fragmentation, a lot of legal disputes have been recorded, resolved by the Regional Administrative Courts about all kinds of topics linked to the urban recovery, including disputes linked to works delay²⁶.

Prior to concluding with a few final reflections, it is interesting that two governmental acts issued by an interministerial committee provide money for the recovery in order to implement infrastructure for the smart-cities, something completely new for the Italian legal framework in regard to the management of the emergency.

4. Conclusive remarks

The issues investigated in this paper allows the examinations of several important aspects of administrative law, such as administrative

²⁶ By way of example, see the judgement decided by T.A.R. Molise, Sez. I, 30 May 2013, no. 357, in *Foro amm. T.A.R.* (2013), 1657 on the compensation for the delay of the rebuilding.

decision, the public management of emergency, the limits to the exceptions to the public procurement legal framework.

In absence of a specific legal provision that organically addresses the so-called administrative resilience, it is considered appropriate to develop this issue through studies and analysis of events and case-study.

One of the central points of this analysis is the recognition of the necessity that the resilient factor must be sought through the cooperation between the private and the public sector.

Moreover, the administrative decision must think beyond the emergency and has to draw up the initial conditions for the recovery.

A decisive support may originate from scientific evidence but the ultimate responsibility remains within the hands of the institutions, and in particular of the local authorities.

The two cases that were investigated have showed what is needed to build a resilient city, going beyond the emergency and acting during ordinariness.

ANNARITA IACOPINO

IL SISTEMA ITALIANO DI GESTIONE DELL'EMERGENZA
ALLA PROVA DELLA COMPARAZIONE:
LA GESTIONE DEL RISCHIO NEL SISTEMA FRANCESE.
SPUNTI PER UN MODELLO DI REGOLAZIONE
E GESTIONE DEL RISCHIO

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Il sistema francese di gestione dell'emergenza. – 3. Il sistema francese di gestione dei rischi. – 4. *Segue*: la pianificazione operativa. – 5. Spunti per un modello di gestione e regolazione del rischio.

1. *Considerazioni introduttive*

“Non toccava a voi popolino [...] sapere che le case che abitavate, sor-gevano precisamente sulla stessa area, in cui tre volte in soli 85 anni l'Epomeo, vulcano attivo, aveva rovesciato le case addosso agli abitanti. Il saper ciò incombeva alle autorità municipali di Casamicciola. [...] Solo vorrei che la insigne e fatale imprevidenza servisse di salutare insegnamento alle autorità municipali delle altre città italiane ... ”. Così scriveva Giuseppe Mercalli, nel 1885, a proposito dei terremoti che avevano colpito (e distrutto) Ischia nel 1700, evocando due dei temi fondamentali che costituiscono il filo conduttore delle riflessioni che seguono: lo stretto legame tra scienza e diritto e la necessità di prevenzione.

Ebbene, le riflessioni di Mercalli risultano, alla luce degli eventi sismici che hanno colpito l'Italia negli ultimi anni, di grande attualità ed evidenziano con chiarezza il *punctum dolens* del sistema di “gestione dell'emergenza” nell'ordinamento italiano.

Non vi è alcun dubbio, infatti, sulla circostanza che quest'ultima, in Italia, è sempre stata affrontata in una prospettiva che mette in secondo piano la gestione del rischio, inteso come probabilità di verificazione di un evento causativo di danno, e, ancor prima, di identificazione della fonte di pericolo e delle possibilità che questa si trasformi in un danno¹.

¹ Ciò mentre, come rileva R. FERRARA, “[...] non si dice certo cosa nuova se si avverte che il concetto di rischio è da subito profondamente e strettamente intrecciato con quelli di incertezza e di emergenza. L'incertezza si diversifica, anzi, dal rischio perché, a differenza di questo stesso, non sarà agevolmente misurabile e dunque quantificabile, mentre il valore

E ciò, sebbene i principi di prevenzione e precauzione² giochino un ruolo centrale nella definizione legislativa delle regole dell'azione amministrativa³.

Appare, quindi, necessaria una rivisitazione profonda del sistema, volta all'individuazione di una metodologia complessiva e che presuppone il ripensamento del ruolo dei su richiamati principi, che devono permeare non solo il livello legislativo, ma tutta l'attività della P.A., sino alla decisione concreta, creando un inevitabile dialogo tra scienza e diritto che trovi il primo momento di radicamento nella fase programmatica delle attività. Solo in tal modo, infatti, è possibile restituire loro effettività.

In tale prospettiva, la comparazione con l'ordinamento francese, fondato sul diverso concetto di "*sécurité civile*", offre degli spunti interessanti in quanto in esso il sistema di prevenzione, "protezione" e ge-

dell'emergenza, il suo presentarsi come un'eventualità costante e reale in ogni tempo ed in ogni ordinamento giuridico complesso, evidenzia, per così dire, la natura stessa delle cose, ossia la cronica incapacità del diritto e dei suoi sistemi regolativi di saper fornire risposte esaurienti al caso, alla grande e imprevedibile fantasia del reale, soprattutto quando essa si manifesta in forme tragiche, o comunque drammatiche e non prevedibili. Rischio, incertezza ed emergenza appaiono pertanto intimamente implicati, quasi presupponendosi reciprocamente in una serie variabile di rapporti organizzati secondo una scala di valori non gerarchica", Emergenza e protezione dell'ambiente nella «società del rischio», in Foro amm. TAR, fasc. 10, 3356 ss.

² Sui principi di prevenzione e di precauzione v., *ex multis*, MP. CHITI, *Il rischio sanitario e l'evoluzione dall'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione precauzionale*, in Riv. It. Dir. Pubbl. Comun., 2006, 7 ss.; G. D. COMPORTI, *Contenuto e limiti del governo amministrativo dell'inquinamento elettromagnetico alla luce del principio di precauzione*, in Riv. Giur. Ambiente, 2005, 215 ss.; F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Giuffrè, Milano, 2005; ID. *Principio di prevenzione e novità normative in materia di rifiuti*, in Riv. Quadr. Dir. Amb., 2011, 14 ss.; R. FERRARA, *I principi comunitari di tutela dell'ambiente*, in Dir. Amm., 2005, 509 ss.; ID. *Precauzione e prevenzione nella pianificazione del territorio: la "precauzione inutile"?*, in *La sicurezza del territorio. Pianificazione e Depianificazione*, Quaderni Riv. Giur. Ed., Giuffrè, Milano, 2014, 55 ss.; G. MANFREDI, *Note sull'attuazione del principio di precauzione in diritto pubblico*, in Dir. pubbl., 2004, 1075 ss.; M. RENNA, *I principi in materia di tutela dell'ambiente*, in Riv. Quadr. Dir. Amb., 2012, 62 ss.

³ Si pensi, ad esempio, come ricorda F. DE LEONARDIS, *Principio di prevenzione e novità normative in materia di rifiuti*, cit., come per la Legge n. 225 del 1992 la prevenzione consista nell'insieme delle «attività volte ad evitare o ridurre al minimo le possibilità che si verifichino danni conseguenti agli eventi calamitosi sulla base delle conoscenze acquisite per effetto delle attività di previsione», e, ancora, per la Legge n. 353 del 200 nella adozione delle «azioni per ridurre le cause degli incendi nonché degli interventi finalizzati alla mitigazione dei danni compreso l'utilizzo dei mezzi», 22.

stione delle crisi trova negli strumenti di pianificazione degli interventi di prevenzione il proprio perno, cui si affianca una pianificazione operativa, progressiva e permanente così consentendo da un lato la gestione del rischio e delle situazioni di crisi secondo uno schema che riconduce nel quadro della "ordinarietà" (in termini di poteri esercitati) anche gli interventi nel caso di eventi straordinari, dall'altro la costruzione di un sistema di responsabilità.

2. Il sistema francese di gestione dell'emergenza

Prima di analizzare specificamente il sistema francese di gestione del rischio, appare necessaria una ricognizione della disciplina della "urgence" nel diritto francese. Essa ha infatti declinazioni diverse, che solo in parte trovano un omologo nel sistema italiano, sia sotto il profilo dei contenuti dell'urgenza, sia sotto il profilo della natura dei poteri esercitati per la gestione delle emergenze.

La Costituzione francese del 1958 disciplina due ipotesi di esercizio di potere straordinario⁴: l'art. 16 (relativo al potere del Presidente della Repubblica, sentiti il Primo Ministro, i Presidenti delle assemblee parlamentari e del *Conseil Constitutionnel*, di "assumere le misure che si rendono necessarie in base alle circostanze" nei casi di gravi ed "immediate" minacce alle istituzioni repubblicane, all'indipendenza della Nazione, all'integrità del territorio o di interruzione del funzionamento regolare dei poteri costituzionali) e l'art. 36 (relativo all'*état de siège*, dichiarato con *décret en Conseil des Ministres*). Inoltre, la legge n. 55-385 del 3 aprile 1955 disciplina l'*état d'urgence*, che può essere dichiarato in tutto o in parte del territorio francese sia in caso di pericolo imminente derivante da gravi attentati all'ordine pubblico, sia in caso di avvenimenti che presentano il carattere di calamità pubblica (*l'état d'urgence* è dichiarato con *décret en Conseil des Ministres*).

Come è evidente, la "giustificazione" dell'esercizio del potere straordinario è la tutela del "bene" ordine pubblico, in tutte le sue declinazioni, bene che, così come è stato chiarito dal *Conseil Constitutionnel* in una decisione del 1982, nell'ordinamento francese assume la qualificazione di valore costituzionale⁵. Basti, a tal proposito, rammentare che la

⁴ Confr. R. JACQUES, *Les situations d'urgence en droit constitutionnel*, in *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 42 n. 2, Avril-Juin 1990, 751-764.

⁵ Il riferimento è a *Conseil Constitutionnel, décision* n. 82-141 DC, 27 luglio 1982, relativa alla questione di legittimità costituzionale della Legge sulla comunicazione au-

Legge del 1955 fu emanata in concomitanza con la crisi Algerina e che, da ultimo, l'*état d'urgence* è stato dichiarato dopo gli attentati di Parigi del 13 novembre 2015 (e, ancor prima, nel 2005 in occasione delle proteste nelle *banlieues* parigine).

Caratteristica di tutte le ipotesi su menzionate è la “limitazione” nel tempo dell'esercizio dei poteri straordinari e il necessario intervento del Parlamento (il termine previsto dall'art. 36 della Costituzione del 1958 è dodici giorni per l'*état de siège* e si applica anche all'*état d'urgence*. Tale termine non può essere prorogato dal Governo, essendo necessaria una legge di proroga) e, per quanto attiene all'*état d'urgence*, la sua caducità, poiché esso “segue il destino” del Governo che lo ha dichiarato, anche nel caso in cui sia intervenuta la legge di proroga.

E ciò trova ragion d'essere probabilmente negli ampi poteri straordinari, fortemente limitativi delle libertà fondamentali, che la dichiarazione dell'*état d'urgence* conferisce ai prefetti, quali, ad esempio, quello di istituire il “coprifuoco”, limitando la circolazione delle persone o dei veicoli o di interdire il soggiorno a coloro i quali in qualche modo contrastino l'azione dei poteri pubblici⁶.

Dalla breve, e necessariamente non esaustiva, disamina che precede appare chiara la differenza con l'ordinamento italiano. E ciò sotto molteplici profili. In primo luogo, la necessità dell'intervento parlamentare che, nel nostro ordinamento, è “limitata” all'ipotesi di intervento del Governo a mezzo di un Decreto Legge e non anche nel caso delle ordinanze disciplinate dalla legge n. 225 del 1992. Ancora, la delimitazione nel tempo, in via generale, dello stato d'urgenza (si è detto, dodici giorni, a meno di un intervento di una legge che ne disponga la proroga) e la sua caducità⁷. Ancora, lo strumento normativo: sia l'*état de siège* sia l'*état*

diovisiva, in occasione della quale il *Conseil* ha affermato che il legislatore avrebbe dovuto conciliare la libertà di comunicazione quale risulta dall'art. 11 della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo “*les objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels auquel ces modes de communication, par leur influence considérable, sont susceptibles de porter atteinte*”.

⁶ Poteri straordinari sottoposti al vaglio del giudice amministrativo, che effettua un controllo sul rispetto delle garanzie comunque previste dalla legge. A tal proposito, va ricordato che il *Conseil d'Etat*, nell'*arrêt d'assemblée Rolin et Boisvert* del 24 marzo 2006 ha sottolineato la natura di atto amministrativo anche del *décret* che dichiara l'*état d'urgence*, suscettibile, dunque, anch'esso di controllo giurisdizionale.

⁷ Basti, a tal proposito, rammentare il caso del sisma che ha colpito la città dell'Aquila: l'emergenza, dichiarata con il Decreto Legge del 9 aprile 2009 ha avuto una

d'urgence sono disposti con un *décret en conseil des ministres*, che tuttavia deve essere necessariamente seguito da una legge nel caso l'urgenza permanga oltre il dodicesimo giorno. L'ordinamento francese, infatti, non conosce lo strumento dell'ordinanza, o, meglio, l'*ordonnance*, disciplinata dall'art. 38 della Costituzione del 1958⁸ è una fonte che notevolmente si differenzia dalle ordinanze del diritto italiano. Le *ordonnances*, infatti, "*constituent une constitutionnalisation de la pratique des décrets-lois des Républiques précédentes*"⁹. Adottate dal Governo su materie di competenza legislativa (fissate dall'art. 34 della Costituzione), per l'attuazione del suo programma, su parere del *Conseil d'Etat* e previa legge di autorizzazione del Parlamento, necessitano successivamente di una legge di ratifica. L'*ordonnance* non ha un "valore giuridico" definito, è il Governo che lo determina, conferendogli natura legislativa o regolamentare¹⁰.

durata pluriennale e la sua "fine" è stata dichiarata con Legge. O, ancora, le ipotesi dell'emergenza "rifiuti" in Campania o in Calabria.

⁸ Art. 38: "*Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi.*"

Les ordonnances sont prises en Conseil des ministres après avis du Conseil d'Etat. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation. Elles ne peuvent être ratifiées que de manière expresse.

A l'expiration du délai mentionné au premier alinéa du présent article, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif."

⁹ Confr. M. VERPEAUX, *Les ordonnances de l'article 38 ou les fluctuations contrôlées de la répartition des compétences entre la loi et le règlement*, in *Cahiers du Conseil constitutionnel* n. 19 (Dossier: *Loi et réèglements*), janvier 2006.

¹⁰ Confr. M. VERPEAUX, op. cit., "*Les ordonnances constituent donc un moyen de modifier; de manière temporaire, les limites entre le domaine de la loi et celui de règlement. La frontière entre les matières législatives et réglementaires devient mobile, au gré des habilitations, mais aussi des ratifications qui peuvent intervenir de manière tardive. Pour l'essentiel, le Gouvernement maîtrise donc la procédure des ordonnances de l'article 38 et il détermine leur valeur juridique. Il importe alors que ce déplacement de la frontière entre la loi et le règlement soit surveillé. Le contrôle sur les ordonnances est opéré à plusieurs étapes, soit par le Conseil constitutionnel, soit par le Conseil d'Etat, en fonction de la qualité, administrative ou législative, de l'acte déferé. La loi d'habilitation comme la loi de ratification sont susceptibles d'être contrôlées par le juge constitutionnel. S'agissant de cette dernière, le Conseil procède aussi au contrôle de la validité des ordonnances ratifiées (déc. 156 DC du 28 mai 1983 et 84-170 DC du 4 juin 1984) et il a admis très tôt que la ratification des ordonnances pouvait être implicite (déc. 72-73 L du 29 févr. 1972) et même "impliquée" selon l'expression de Louis Favoreu (déc. 86-224 DC du 23 janv. 1987)".*

Ma, indubbiamente, la differenza più rilevante, per quel che qui interessa, è quella relativa alle situazioni emergenziali che costituiscono il “contenuto” dell’urgenza, il cui novero è ben più limitato rispetto al concetto di “urgenza” e di “emergenza” che si può trarre dall’esame della legislazione italiana ed in particolare dall’analisi della Legge n. 225 del 1992. Ed in effetti, dalla breve disamina effettuata in precedenza, emerge con chiarezza come l’ordinamento francese non consideri “urgenza” il rischio/calamità naturale o tecnologico e non lo ricomprenda tra le ipotesi legittimanti l’esercizio di poteri straordinari. Tali infatti sono solo le “calamità pubbliche”, le minacce all’ordine costituzionale e alla sicurezza della nazione e dei cittadini.

3. Il sistema francese di gestione dei rischi

La prevenzione dei rischi naturali (o tecnologici), la tutela delle popolazioni (e dei beni) al verificarsi di un evento calamitoso (sia esso naturale sia esso di altra natura) è, infatti, da sempre, come si è detto, nell’ordinamento francese parte integrante del concetto di “*sécurité civile*” (risalente alla legislazione del 1789/1790 e alla *Loi municipale* del 5 aprile 1884), e definito attualmente dall’art. L112-1 del *Code de la sécurité intérieure* che, testualmente, recita: “*La sécurité civile (...) a pour objet la prévention des risques de toute nature, l’information et l’alerte des populations ainsi que la protection des personnes, des biens et de l’environnement contre les accidents, les sinistres et les catastrophes par la préparation et la mise en œuvre de mesures et de moyens appropriés relevant de l’Etat, des collectivités territoriales et des autres personnes publiques ou privée*”.

Su questa definizione si fonda il sistema francese di prevenzione e protezione dai c.d. “rischi maggiori”, disciplinato, per quanto attiene alla prevenzione ed alla informazione, dal *Code de l’environnement* e, per quanto attiene alla gestione delle crisi, nelle sue linee fondamentali dal Libro VII del predetto *Code de la sécurité intérieure*. Un sistema permeato, dunque, dal principio di prevenzione ma anche dal principio di precauzione che, codificato nel *Code de l’environnement*, è, oggi, assunto a rango costituzionale con l’annessione della *Charte de l’environnement* alla Costituzione del 1958¹¹.

¹¹ L’annessione della *Charte de l’environnement* alla Costituzione del 1958 (Legge costituzionale n. 2000-205 del 1 marzo 2005) e, dunque, del principio di precauzione fa sì che esso incida in modo rilevante sulla valutazione del rischio ambientale e sulla pianificazione ed adozione delle misure di prevenzione. Recita, infatti, l’art. 5 della Carta:

Il sistema di “protezione” e di gestione delle crisi, e degli strumenti normativi e regolamentari ad esso collegati, è, infatti, strettamente connesso al sistema di prevenzione, basato sulla individuazione dei cc.dd. rischi

«Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en oeuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage». Sul principio di precauzione nell'ordinamento francese, confr. M. GROS, *Il principio di precauzione innanzi al giudice amministrativo francese*, in *Dir e Soc.*, n. 1, 2013, 709 ss., che evidenzia le differenze tra la formulazione codicistica del principio e quella contenuta nella Carta: *“Di fatto il principio di precauzione non ha un contenuto esatto, o quantomeno tale contenuto non ha una definizione pacificamente accettata. Questa imprecisione, già affermata dalla dottrina, non è stata smentita dalla definizione legislativa che ne fornisce, oggi, l'articolo L110-1 del Code de l'environnement, intervenuto dopo l'articolo L200-1 del Code rural e la legge Barnier del 2 febbraio 1995: «il principio di precauzione, secondo il quale l'assenza di certezza, tenuto conto delle conoscenze scientifiche e tecniche del momento, non deve ritardare l'adozione delle misure effettive e proporzionate volte a prevenire un rischio di danni gravi e irreversibili all'ambiente ad un costo economicamente accettabile». Ma il legislatore – nella sua grande saggezza, secondo una formula desueta ma di buon senso – ha fissato lui stesso i “paletti” di questo principio, che come gli altri principi ambientali, secondo il Code de l'environnement, non deve far altro che «ispirare» la politica legislativa francese sullo sviluppo sostenibile. Questa “ispirazione” della politica legislativa potrebbe, altrettanto bene, applicarsi al devoir de mesure, a quello della tolleranza e, in ultima analisi, a tutte le norme positive di comportamento! Di tenore più grave è invece il dettato costituzionale (articolo 5 della Carta costituzionale per l'ambiente): «quando la realizzazione di un danno, benché incerta allo stato attuale delle conoscenze scientifiche, potrebbe pregiudicare in maniera grave e irreversibile l'ambiente, le autorità pubbliche si curano, mediante l'applicazione del principio di precauzione e nel loro ambito di attribuzioni, della messa in opera di procedure di valutazione del rischio e dell'adozione di misure provvisorie e proporzionate al fine di premunirsi contro la realizzazione di quel danno». Possiamo scorgere, ad una lettura attenta, le differenze; alcune non sono sostanziali (la “realizzazione incerta di un danno” del testo costituzionale, contro la “assenza di certezza” del codice), altre invece lo sono, soprattutto riguardo agli obblighi (ci si cura della “messa in opera di procedure di valutazione del rischio e dell'adozione di misure provvisorie e proporzionate” nel testo costituzionale, mentre per il codice “non si deve ritardare l'adozione di misure effettive e proporzionate”) ed ai destinatari (le autorità pubbliche nel loro ambito di applicazioni, per la Carta, nessun destinatario preciso, per il codice), senza dimenticare alcuni elementi che sono presenti solo in uno dei due testi (il “costo economicamente accettabile”, presente nel codice e assente nella Carta). E ancora: la previsione della “messa in opera di procedure di valutazione del rischio e dell'adozione di misure provvisorie e proporzionate nel testo costituzionale” (Carta), non è la stessa cosa che disporre di “non ritardare l'adozione di misure effettive e proporzionate” (Code env.). Infine, bisogna domandarsi se l'assenza di riferimenti al “costo economicamente accettabile” nella Carta costituzionale abbia un significato, per così dire, autonomo oppure si debba intendere alla luce dell'art. 625, il quale tuttavia non è espressamente legato al principio di precauzione”, 726-727.*

maggiori e sulla pianificazione degli interventi di protezione nelle zone che tali rischi presentano.

L'individuazione dei rischi viene effettuata dal *Préfet* del Dipartimento che, in questo ambito, ha l'obbligo di condividere le informazioni sui grandi rischi (*risques majeurs*) e di comunicarle ai *Maires*. Il documento a questo deputato è il *Dossier départemental sur les risques majeurs*, che è un documento obbligatorio il cui contenuto può essere definito discrezionale, stante la facoltà del *Préfet* di "scegliere" quali informazioni fornire, oltre che di decidere i mezzi di divulgazione delle informazioni stesse. Un documento che ha la funzione di migliorare la conoscenza del rischio, di condividere le informazioni con la comunità di riferimento e di fornire alle autorità comunali le informazioni necessarie per l'elaborazione del *Plan communal de sauvegarde*¹² e del *Document d'information communal des risques majeur* (DICRIM).

Il *Code de l'environnement* disciplina inoltre i PPR - *plans de prévention des risques*, sia naturali sia tecnologici, che hanno vera e propria natura di strumento urbanistico, vincolante per gli strumenti urbanistici comunali. Nei PPR, approvati con *arrêté* del Prefetto, viene effettuata la caratterizzazione dell'alea e individuata la gradazione del rischio e sulla

¹² "La loi 2004-811 du 13 août 2004 relative à la modernisation de la sécurité civile définit dans son article 13 le PCS. Ce document vise à améliorer la prévention et la gestion des crises en confortant le rôle des communes, il s'agit du premier texte officialisant ce plan qui donne une assise législative à la réalisation des PCS. Le décret n° 2005-1156 du 13 septembre 2005 stipule que le PCS s'intègre dans l'organisation générale des secours: il constitue un outil complémentaire au dispositif ORSEC pour aider le maire à apporter une réponse de proximité à tout événement de sécurité civile. Il ne concerne que les mesures de sauvegarde de la population, à l'exclusion de toutes missions opérationnelles relevant du secours. Ce document est arrêté et mis en œuvre par le maire et transmis au préfet du département.

Le PCS est mis à jour par l'actualisation de l'annuaire opérationnel, il est révisé en fonction de la connaissance et de l'évolution des risques... Le délai de révision ne peut excéder 5 ans. A ce jour aucun texte réglementaire ne stipule la périodicité des exercices, toutefois il est préconisé que ces derniers soient effectifs annuellement.

Le PCS regroupe l'ensemble des documents de compétence communale contribuant à l'information préventive et à la protection de la population. Il détermine en fonction des risques connus : les mesures immédiates de sauvegarde et de protection des personnes, fixe l'organisation nécessaire à la diffusion de l'alerte et des consignes de sécurité, recense les moyens disponibles et définit la mise en œuvre des mesures d'accompagnement et de soutien de la population.

Le décret n° 2005-1156 du 13 septembre 2005 précise que le PCS doit contenir, le document d'information communal sur les risques majeurs (DICRIM), pour informer sur les risques et les consignes de sécurité. La gestion d'une situation de crise dépend autant de la préparation de la commune que de la réaction des habitants".

base di ciò viene definita la disciplina di quella determinata zona; e nelle parti del territorio ritenute maggiormente a rischio il *Préfet* può imporre delle *servitudes d'utilité publique*: i PPR sono costituiti da una *Carte des aleas*, che mappando il o i rischi che potrebbero verificarsi sul territorio, diviene punto di riferimento sia per le autorità pubbliche sia per i privati, ed una *Carte de zonages règlementaire*, a carattere prescrittivo, nella quale vengono individuate le diverse zone e ne viene dettata la disciplina urbanistica, con le relative prescrizioni in relazione alle possibilità di edificazione.

I piani, che hanno un contenuto che può essere definito “modulabile”, contengono prescrizioni per due diverse categorie di zone: da una parte, le zone esposte ai rischi e differenziate a seconda della natura del rischio e della sua intensità; dall'altra parte, le zone che, pur non essendo direttamente esposte al rischio, potrebbero determinare un suo aggravamento o, comunque, potrebbero risultare “di ostacolo”, nel senso che eventuali opere in esse localizzate potrebbero impedire una tutela effettiva delle zone sottoposte direttamente al rischio¹³.

Dalla breve ricognizione che precede, è evidente l'operatività nel sistema francese dei principi di prevenzione e di precauzione, ma è altresì chiaro come il momento della caratterizzazione dell'alea e della individuazione del rischio intercetti il rapporto che sussiste tra tecnica (scienza) e diritto. Ciò in quanto la costruzione dei PPR si connota per la partecipazione del mondo scientifico e degli enti di ricerca e di tutela dell'ambiente. E ciò è evidente non solo nel caso della redazione della *Carte des aleas* di cui si compone il PPR, ma anche nella redazione degli obbligatori documenti informativi. La conoscenza del territorio e, conseguentemente, dei rischi naturali cui esso è esposto presuppone, infatti, un continuo aggiornamento del dato scientifico che diviene elemento condizionante la decisione dell'amministrazione, nonostante il margine di discrezionalità che il *Préfet* mantiene nella individuazione delle informazioni da inserire nel *Dossier* dipartimentale. Ed il condizionamento è ancor più evidente laddove si consideri che i *Maires* possono negare il rilascio del titolo edilizio

¹³ “Le contenu modulable des P.P.R. permet au préfet de donner un contenu différent à ces documents en fonction notamment de la nature et de la gravité des risques encourus. Cela apporte un élément de souplesse au dispositif. Comme l'a indiqué le ministre de l'Environnement lors des débats parlementaires, le but est d'éviter de mettre le préfet devant l'alternative du tout ou rien. Autrement dit, sous l'étiquette des P. P. R., les contenus seront variables et cela vaut également à propos des mesures concernant l'existant”, così J. CHATRON, *Les plans de prévention des risques naturels prévisibles: quelles améliorations du dispositif juridique de prévention?*, in *Revue Juridique de l'Environnement*, 1995, 253.

sulla base delle informazioni ricevute, se ritengono che una decisione favorevole possa determinare un rischio eccessivo.

4. Segue: *la pianificazione operativa*

Ma l'incidenza della tecnica sulla decisione è ancor più evidente nella ulteriore "fase" che contraddistingue il sistema francese di gestione del rischio, dalla quale emerge con chiarezza non solo l'incidenza del dato tecnico-scientifico, ma anche del suo fluire.

Strettamente correlate al sistema di prevenzione sono, infatti, le disposizioni del *Code de la sécurité intérieure* in cui sono previsti una serie di strumenti di pianificazione "operativa" che devono essere elaborati tenendo conto dei rischi presenti in quel determinato territorio (dipartimento, "zona di difesa" o "zone di sicurezza in mare"). Si tratta del sistema di pianificazione ORSEC - *Organisation de la Réponse de Sécurité Civile*, presente nell'ordinamento francese sin dal 1952.

Il sistema ORSEC è articolato su tre livelli poiché segue le tre "autorità" che sono a capo del dispositivo stesso (*Préfet de département*, *Préfet de zone de défense et de sécurité* e *Préfet maritime*) e che sono responsabili della protezione delle persone e dei beni.

Le tre autorità prefettizie, ciascuna per la loro competenza, elaborano e approvano, a mezzo di un *arrêté* i dispositivi ORSEC, attivano il dispositivo in caso di crisi, convocano tutti gli attori della *sécurité civile*.

I principi su cui si fonda la pianificazione operativa ORSEC sono essenzialmente tre: l'ORSEC coinvolge tutta la società civile; gli attori dell'ORSEC sono coordinati da una autorità unica e, soprattutto, l'ORSEC non è un piano fisso (*figé*), rigido, ma una organizzazione, che si adatta ai rischi che sono "recensiti".

Il piano ORSEC è uno strumento "permanente", "progressivo" (nel senso che è strutturato in modo tale da prevedere i diversi "stadi" della crisi), oltre che rodato attraverso esercitazioni e in costante evoluzione.

Assai interessante è il contenuto del piano poiché esso, oltre a definire la strategia di gestione della crisi e gli obiettivi che vuole raggiungere, declina le "*missions*" di ciascuno degli attori che compongono la *sécurité civile*, in modo tale che al verificarsi della crisi ciascuno conosca esattamente quale è il compito da svolgere, con il correlato obbligo di soggetti che prendono parte al piano di declinare la loro organizzazione.

Ebbene, dall'esame dei Piani ORSEC emerge con chiarezza che la "progressione" e, dunque, il passaggio dall'uno all'altro "stadio" della crisi

è determinato dall'aggiornamento del dato scientifico proveniente da enti di ricerca e dalle autorità scientifiche che fanno parte integrante del sistema di *sécurité civile* (basti pensare a *Météo France* o, ancora, agli *Observatoires volcanologiques*). Ed è la stessa struttura del piano *ORSEC*, che, come detto, prevede la puntuale previsione dell'organizzazione amministrativa finalizzata alla gestione della crisi, con la declinatoria delle attribuzioni di ciascun "attore" istituzionale, che consente di affermare che la discrezionalità della decisione prefettizia che determina la "progressione" è limitata dallo stesso dato scientifico, da cui non può prescindere: nella ipotesi in cui l'ente ad esso preposto comunichi l'innalzamento del *niveau* di rischio, che è legato alla sussistenza di determinate condizioni naturali, anch'esse prefissate nel piano, il *Préfet* ha l'obbligo di ordinare il passaggio alla stadio successivo che, contestualmente, determina l'attivarsi di tutte le misure precauzionali previste dal piano stesso (si pensi all'ipotesi del rischio vulcanico: alla comunicazione da parte dell'Osservatorio vulcanologico dell'attività sismica oltre il limite stabilito dal piano segue obbligatoriamente l'emanazione dell'*arrêté* del *Préfet* che sancisce il passaggio di stadio e dunque l'attivazione delle misure precauzionali ad esso connesse; così come, viceversa, la comunicazione della diminuzione dell'attività eruttiva determina il ritorno allo stadio inferiore).

Ma vi è di più. L'architettura disegnata dal legislatore francese, in cui il sistema di prevenzione si accompagna alla pianificazione operativa, consente di gestire le situazioni di crisi non facendo ricorso a poteri straordinari, bensì ai poteri ordinari che la legge conferisce alle diverse autorità amministrative, facendo uso degli "strumenti" giuridici con cui le autorità operano quotidianamente.

Di talché, è possibile affermare che il potere esercitato dalle autorità amministrative in situazioni emergenziali rientra nello "statuto" dell'autorità, come emerge chiaramente, ad esempio, dalla lettura combinata delle disposizioni contenute nel *Décret 2004-374 du 29 avril 2004 relatif aux pouvoirs des préfets, à l'organisation et à l'action des services de l'Etat dans les régions et départements*, che individua in via generale le competenze dei prefetti, autorità chiave nella gestione delle emergenze, e, per quel che concerne il tema di questo intervento, delle disposizioni contenute nella parte VII del *Code de la sécurité intérieure* e nel *Code général des collectivités territoriales*.

I *Préfets* e i *Maires* operano, quindi, nelle situazioni determinate dal verificarsi di una calamità naturale, mediante *arrêtés*, atti amministrativi unilaterali, che, a seconda delle necessità, posso avere una "portata generale" – *arrêté réglementaire* – (regolazione dell'accesso al sistema viario

dipartimentale in caso di inondazioni o di cicloni), o una portata “individuale” – *arrêté individuel* – (requisizione di una determinata azienda).

E il contenuto di tali atti risulta predeterminato in maniera puntuale dalla legge e dagli strumenti di pianificazione.

In conclusione, è evidente che l'approccio dell'ordinamento francese con riferimento alle situazioni emergenziali si caratterizza per l'individuazione chiara delle ipotesi che determinano una situazione di crisi e, conseguentemente, l'esercizio di poteri straordinari, predeterminati per legge, così da delineare quasi dei “regimi particolari in tempo di crisi”, che non configurano una deroga al principio di legalità, poiché introducono una “legalità in periodi eccezionali”. Ipotesi che, stante la straordinarietà dei poteri conferiti e l'incidenza sui diritti fondamentali, sono limitate e rimangono nell'alveo della tutela delle istituzioni repubblicane, dell'ordine pubblico in tutte le sue declinazioni e della sicurezza della Nazione e dei suoi cittadini. Ciò mentre non costituiscono ipotesi “emergenziali” (nell'accezione tipica del nostro ordinamento) le calamità naturali ed il rischio sia naturale sia tecnologico, tanto è vero che non vi è esercizio di potere straordinario, né il bisogno di utilizzare atti che possano essere assimilati alle ordinanze di necessità ed urgenza disciplinate nell'ordinamento italiano, ma, in virtù della predeterminazione per legge sia dell'organizzazione amministrativa finalizzata alla gestione della crisi, sia delle attribuzioni di ciascun attore istituzionale, le autorità competenti agiscono esercitando poteri “ordinari”, a mezzo di “strumenti ordinari”.

5. Spunti per un modello di gestione e regolazione del rischio

La disamina del sistema francese evidenzia le criticità dell'attuale modello italiano ed in particolare della fase di programmazione e pianificazione, che risulta al contrario essenziale data la complessità della fattispecie del rischio. Ciò che emerge è la scarsa attenzione ai fattori, interni ed esterni, di rischio ed alla pianificazione di interventi che siano in grado di intercettare non solo gli eventi probabili, ma anche quelli eccezionali (“le fattispecie insolite”). E gli eventi estremi, a partire dal sisma che ha interessato il territorio abruzzese, per arrivare all'analisi dei piani di evacuazione di aree a rischio quali quella dei Campi Flegrei, e, da ultimo, al sisma che ha colpito Ischia, ne sono la triste evidenza.

Basti, a tal proposito, esaminare gli strumenti programmatori che dovrebbero essere preposti alla gestione del rischio, quali, ad esempio, i Programmi di previsione e di prevenzione dei rischi ed i piani di emer-

genza. Per quanto riguarda i primi, non c'è dubbio che essi offrano una mappatura del territorio che, tuttavia, ha un valore prettamente descrittivo, limitandosi a individuare gli eventuali rischi sulla base sia della ricognizione degli eventi calamitosi eventualmente verificatisi, sia sulla base delle caratteristiche stesse del territorio. La differenza con i PPR francesi appare evidente, laddove si consideri l'assenza del carattere prescrittivo e, conseguentemente, la mancanza di quella funzione precauzionale e preventiva propria dei piani d'Oltralpe. Tutt'al più i Programmi di previsione potrebbero essere avvicinati al Dossier dipartimentale, in relazione alla funzione conoscitiva che essi comunque svolgono.

Le medesime considerazioni valgono per i piani di emergenza. Essi, come è noto, si articolano in tre parti fondamentali: una parte generale, che raccoglie tutte le informazioni sulle caratteristiche e sulla struttura del territorio; una parte in cui vengono stabiliti gli obiettivi da raggiungere per dare un'adeguata risposta di protezione civile ad una qualsiasi situazione d'emergenza, e le competenze dei vari operatori; un modello di intervento che assegna le responsabilità di comando e di controllo e prevede l'utilizzo razionale delle risorse, definendo altresì un sistema di comunicazione.

I piani di emergenza potrebbero dunque considerarsi equivalenti ai *Plan Communal de Sauvegarde*, con i quali condividono in parte il ruolo ed i contenuti: il PCS è, infatti, lo strumento attraverso il quale il *Maire* esercita i poteri di polizia che gli sono conferiti dal *Code général des collectivités territoriales* (articolo L 2212-2.5) ed ha la funzione di permettere al comune di fare fronte a tutti gli eventi "*classique, particulier ou majeur pouvant affecter gravement la population*". Ciò che rende l'atto di pianificazione francese diverso da quello italiano è che il PCS è lo strumento che contiene in sé una risposta alla situazione di crisi che potrebbe essere definita "di prossimità" e si integra all'interno dell'organizzazione dei soccorsi (e, dunque, della pianificazione ORSEC) in maniera, si legge nei Piani "*complémentaire et cohérente*".

Il sistema francese, infatti, si caratterizza per la sussistenza di un duplice livello di coordinamento; il primo, tra la pianificazione preventiva (e precauzionale) e la pianificazione operativa (come si è detto il *Dossier Dipartimentale di Informazione* contiene quelle informazioni che dovranno essere prese in considerazione sia nella redazione del PPR, sia nella redazione dei PCS); il secondo, tra la pianificazione operativa ORSEC, che ha carattere generale poiché riguarda un determinato rischio in una determinata zona, e la pianificazione comunale, rappresentata dal PCS, che ha la funzione, come si è detto, integrativa, complementare e

coerente per il territorio di quel determinato comune (o anche di più comuni, potendo essere elaborati dei *Plans de Sauvegarde Intercommunale*). Coordinamento che, al contrario, non può essere rinvenuto nell'ordinamento italiano tra la programmazione preventiva e precauzionale e la pianificazione operativa e che determina l'impossibilità di definire un sistema di gestione del rischio effettivo: i programmi ed i piani non individuano gli strumenti di prevenzione e di precauzione ed, in sostanza, mantengono la caratteristica propria di un sistema focalizzato sul momento successivo al verificarsi dell'evento.

Un sistema che, peraltro, non sembra poter essere modificato dalla nuova disciplina relativa alla protezione civile i cui principi sono contenuti nella Legge n. 30 del 2017 recante norme sul riordino del sistema di protezione civile. La lettera a) del co. 1 dell'art. 1 definisce, infatti, le attività di protezione civile come quelle attività *“volte a tutelare l'integrità della vita, i beni, gli insediamenti e l'ambiente dai danni o dal pericolo di danni derivanti da eventi calamitosi naturali o di origine antropica, articolate in attività di previsione, prevenzione e mitigazione dei rischi connessi con i medesimi eventi calamitosi, di pianificazione e gestione delle emergenze, nonché inerenti all'attuazione coordinata delle misure per rimuovere gli ostacoli alla ripresa delle normali condizioni di vita, per ripristinare la funzionalità dei servizi essenziali e per ridurre il rischio residuo nelle aree colpite dagli eventi medesimi”*.

Ed in effetti, le disposizioni di cui alla Legge delega ed al D.Lgs. n. 1 del 2018 delineano un sistema “policentrico”, attraverso l'attribuzione delle funzioni di protezione civile allo Stato, alle regioni, ai comuni, alle unioni dei comuni, alle città metropolitane, agli enti di area vasta e alle diverse componenti e strutture operative del Servizio nazionale della protezione civile; prevedono la partecipazione dei cittadini, singoli e associati, e delle università e degli enti ed istituti di ricerca alle attività di protezione civile, nonché l'istituzione di meccanismi e procedure di revisione e valutazione periodica dei piani di emergenza comunali; contengono la disciplina dello stato di emergenza e previsione del potere di ordinanza in deroga alle norme vigenti, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento e della normativa europea.

Il sistema, dunque, ancora una volta non sembra cogliere quella esigenza fondamentale di definire (anzi, di imporre), attraverso strumenti programmatori e pianificatori, misure adeguate che consentano se non di eliminare il rischio del verificarsi del fatto incerto, di restringere il fenomeno ad ipotesi per così dire marginali, normalizzando in tal modo non solo ciò che è molto probabile, ma anche ciò che è molto improba-

bile¹⁴. E ciò è evidente anche ove si analizzi la disciplina della pianificazione, contenuta nell'art. 18 del D.Lgs. n. 1 del 2018 e identificata come attività non strutturale di protezione civile dall'art. 2, in cui si fa riferimento alla identificazione e previsione degli "scenari possibili" attraverso la definizione delle strategie informative e del modello di intervento contenente l'organizzazione delle strutture per lo svolgimento delle attività di protezione civile (lett. a); alla garanzia del necessario raccordo informativo con le strutture preposte all'allertamento del Servizio nazionale (lett. b); alla definizione dei flussi di comunicazione tra le componenti e strutture operative del Servizio nazionale interessate (lett. c); alla definizione dei meccanismi e delle procedure per la revisione e l'aggiornamento della pianificazione, per l'organizzazione di esercitazioni e per la relativa informazione alla popolazione, da assicurare anche in corso di evento (lett. d).

Il sistema dunque non opera quella "normalizzazione" cui si giunge attraverso la previsione di procedimenti che abbiano la funzione di qualificare i presupposti che determinano l'incertezza e, conseguentemente, attraverso la definizione di un limite precauzionale¹⁵ che si aggiunge agli

¹⁴ Del resto, è stato sottolineato in dottrina che la *risk regulation* trova nella pianificazione il suo elemento cardine, poiché essa contribuisce alla gestione precauzionale dei rischi endogeni ed esogeni rispetto ai processi di piano in virtù della connessione logica tra uso del territorio e gestione delle emergenze legate ai fenomeni naturali. Così L. GIANI in questo volume (*Dalla cultura dell'emergenza alla cultura del rischio: spunti di riflessione per la costruzione di un nuovo ruolo del sistema giuridico e istituzionale*), nonché A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Giuffrè, Milano, 2006; R. FERRARA, *Precauzione e prevenzione nella pianificazione del territorio: la "precauzione inutile"?*, cit.

¹⁵ Rileva R. FERRARA che "Il principio di precauzione, poi, comunque lo voglia considerare – ed anche a prescindere dai casi piuttosto variegati (e con esiti variati) nei quali è stato concretamente utilizzato, soprattutto ad opera della Unione europea – si prefigge di coniugare insieme due valori, due qualità che parrebbero essere antagonisti ma che ne rappresentano, invece, la caratteristica innovativa, e dunque la forza: la capacità di mettere in campo strategie strutturate di controllo e gestione rischio, in vista di un risultato di messa in sicurezza del rischio medesimo secondo criteri e valutazioni condotte all'insegna della massima flessibilità. Ossia, alla stregua di un principio pratico-teorico di *flexsecurity* – di flessibilità e di sicurezza – la "filosofia pratica" della precauzione sembra essere in grado di poter interpretare le logiche e le dinamiche della scienza e delle tecnologie nel mondo contemporaneo, logiche e dinamiche che sono quelle tipiche e proprie della "scienza incerta", come si è già accennato, e per gestire e governare le quali paiono preferibili "codici normativi" e regole costruttive non assolute e statiche, ma piuttosto delle *sunset rules*, e cioè norme destinate a decadere e/o ad essere riformate, per così dire ad una certa data fissa, quasi si trattasse di norme ad obsolescenza programmata", in *Etica, ambiente e diritto: il punto di vista del giurista*, estratto al volume *Trattato di diritto dell'Ambiente*, vol. I, *Le politiche ambientali, lo sviluppo sostenibile e il danno*, a cura di R. FERRARA e C.E. GALLO, Giuffrè, Milano, 2014, 32-33.

strumenti preventivi¹⁶. Una “pratica” non sconosciuta all’ordinamento italiano: si pensi al caso dell’elettrosmog, in cui la legge non solo determina i limiti di esposizione insuperabili per la loro nocività (prevenzione), ma fissa altresì valori di attenzione, ossia valori precauzionali¹⁷.

Da ciò consegue che la previsione di un sistema di gestione del rischio connotato da effettività non può prescindere dalla considerazione del dato tecnico-scientifico e dalla previsione di strumenti e procedure razionali che condizionino la decisione amministrativa al dato stesso¹⁸. E ciò sia sul piano programmatico e pianificatorio, sia sul piano della decisione concreta. Del resto, è stato autorevolmente affermato che è dal principio di precauzione e dalla sua forza espansiva che discende l’obbligo per l’amministrazione di effettuare, in casi di incertezza scientifica, una completa analisi dei rischi, analisi che, tuttavia, può essere

¹⁶ Va detto, peraltro, che la previsione di un eventuale limite precauzionale, anche attraverso lo strumento programmatico e pianificatorio, consentirebbe, incidendo sull’esercizio della discrezionalità, di superare i dubbi che in dottrina sono stati avanzati. Rileva, infatti, G. MANFREDI, *Note sull’attuazione del principio di precauzione in diritto pubblico*, cit., che l’indeterminatezza che connota i principi di diritto, comporta l’attribuzione di un’ampia sfera di discrezionalità in capo alle autorità pubbliche in sede di applicazione. “Solo che questa discrezionalità finora ha sempre trovato (o forse ha sempre preteso di trovare) un limite nelle conoscenze scientifiche: un limite peraltro, talmente netto e preciso da risultare in linea di massima invalicabile persino da parte del legislatore...”. Ciò mentre, prosegue l’Autore con riguardo al principio di precauzione, “la segnalata intrinseca scientificità del principio che qui ci occupa fa invece venire meno questo limite – anche se, è ovvio, nelle sole materie in cui si riscontra tale incertezza. Ed è pur vero che la segnalata intrinseca scientificità del principio comporta – tra l’altro – che la valutazione della sussistenza della prima condizione della sua applicazione, l’incertezza scientifica sugli effetti negativi di un fenomeno, dipenda pur sempre dalla comunità scientifica, di cui continuano a fare parte anche le minoranze dissenzienti rispetto alle opinioni prevalenti. Ma è del pari innegabile che già la scelta di considerare o meno una minoranza di scienziati che, in ordine a un qualche pericolo per la vita umana o per l’ambiente, si discosta dalle opinioni comunemente condivise, e quella del livello di sicurezza da porsi come obiettivo (e, quindi, quella delle misure precauzionali da adottare di volta in volta) intuitivamente ben si prestano a rendere possibili arbitri di vario genere – e ciò, nonostante i temperamenti forniti dall’applicazione del principio di proporzionalità, o di quello di ragionevolezza”, 1099.

¹⁷ Per un commento sulla legge sull’elettrosmog e sul rapporto tra fatto incerto e precauzione, confr. F. MERUSI, *Dal fatto incerto alla precauzione: la legge sull’elettrosmog*, in *Foro Amm.*, 2002, 221 ss. Confr., altresì, S. CASSESE, *La nuova disciplina sulla protezione dalle esposizioni a campi elettromagnetici*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2001, 329 ss.

¹⁸ Sul rapporto tra scienza e diritto confr. D. AMIRANTE, *Il principio precauzionale tra scienza e diritto*, in *Dir. e Gest. Amb.*, 2001, 17 ss.; B. MAGRO, *Metodo precauzionale e modelli di organizzazione. Brevi riflessioni sulle procedure di valutazione del rischio-reato*, in *Quad. Dip. Studi Politici Univ. Catania*, 2007, 163 ss.

compiuta solo attraverso il dato tecnico-scientifico¹⁹. In tale prospettiva, la predeterminazione di strumenti e procedure che di esso tengano conto (o, meglio, che determinino il condizionamento della decisione amministrativa al dato tecnico-scientifico), come accade nel sistema francese di gestione del rischio, consente di superare l'ulteriore ostacolo dell'adozione di misure precauzionali che non siano previste dalla legge²⁰.

In conclusione, solo la previsione di strumenti e procedure "razionali", sia sotto il profilo statico-organizzativo, sia sotto il profilo dinamico-funzionale, che individuino la tecnica quale elemento costitutivo della decisione, consentono una corretta gestione del rischio, che tenga conto non solo dell'evento probabile, ma altresì delle cc.dd. "fattispecie insolite"²¹: *"il rischio di una decisione tecnico-teorica su un determinato concetto di rischio che funga da semplificazione non solo non si può evitare (e*

¹⁹ Confr. F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, cit.

²⁰ Confr. sul punto P. OTRANTO, *Principio di precauzione e potere sindacale di ordinanza*, in *Giustamm.it*, 2015, secondo cui sono da ritenere illegittime, per violazione del principio di precauzione, "quelle ordinanze fondate su supposizioni di fatti e/o conseguenze di accadimenti non ancora accertati scientificamente nella loro oggettiva pericolosità: dunque su un approccio puramente ipotetico del rischi. Si deve richiedere, al contrario, un'adeguata analisi scientifica dalla quale emerga, pur in assenza di evidenze consolidate, una correlazione tra la causa – attività oggetto di divieto o limitazione – e gli effetti negativi che ci si prefigge di eliminare o ridurre (fase della "valutazione del rischio)".

²¹ Sul principio di precauzione nella giurisprudenza della CEDU ed in particolare sul ruolo "previsione di eventi imprevisti", v. M. PACINI, *Principio di precauzione e obblighi di informazione a protezione dei diritti umani* (Commento a CEDU, I Sez., sentenza 5 dicembre 2013, ricorso n. 52806/09 e altri – Pres. Vajic- Vilnes e altri c. Norvegia), in *Giorn. Dir. Amm.*, 2014, 586 ss. L'Autore rileva, in particolare, che "attraverso la giurisprudenza sul principio di precauzione, la Corte europea sembra fare propri i tratti di un nuovo paradigma, ancora in formazione, dello Stato contemporaneo, che diviene Stato protettore, informatore e formatore. Secondo questo paradigma, le autorità pubbliche sono oggi chiamate a farsi carico non più solo della riparazione dei danni da eventi imprevisti derivanti dalle attività umane, ma anche della previsione della possibilità che simili eventi si verifichino, della determinazione della loro probabilità (rischio), della prevenzione e protezione delle persone. A tal fine, però, esse non sono chiamate a operare unilateralmente, bensì a promuovere l'azione coordinata di tutti i soggetti coinvolti. Così, i soggetti produttori di rischio ne informano i soggetti esposti; questi possono effettuare scelte informate e consapevoli in merito alla loro esposizione al rischio; le autorità pubbliche, sentiti i soggetti produttori dei, ed esposti ai, rischi assumono le decisioni in merito alla loro gestione. Questo paradigma trova, dunque, fondamento anche sui principi di trasparenza e di partecipazione; i quali, tuttavia, appaiono orientati a fini non tanto e non solo di controllo e legittimazione, quanto piuttosto di attivazione dei soggetti privati per la migliore protezione dei propri diritti e l'assunzione delle più appropriate decisioni pubbliche".

non lo si può assolutamente nemmeno indebolire in quanto “verità”), ma si deve assumere”²².

²² N. LUHMANN, *Sociologia del rischio*, Edizioni Scolastiche Bruno Mondadori, Milano, 1996, 8.

SENTENZA – (20 giugno 2012) 27 giugno 2012 n. 166 – Pres. Quaranta – Red. Mazzella – Pres. Cons. Ministri.

[876/12] Avvocato – In genere – Esercizio della professione forense – Reintroduzione del divieto per i dipendenti pubblici *part-time* con orario fino al 50% di quello a tempo pieno – Eccepite difetto di motivazione sulla non manifesta infondatezza della questione – Reiezione (1).

(Cost., artt. 4, 35 e 41; l. 25 novembre 2003, n. 339, artt. 1 e 2)

[876/12] Avvocato – In genere – Esercizio della professione forense – Reintroduzione del divieto per i dipendenti pubblici *part-time* con orario fino al 50% di quello a tempo pieno – Eccepite difetto di rilevanza della norma sospettata di illegittimità ai fini della definizione del giudizio principale – Reiezione (2).

(Cost., artt. 3, 4, 35 e 41; l. 25 novembre 2003, n. 339, art. 2)

[876/12] Avvocato – In genere – Esercizio della professione forense – Reintroduzione del divieto per i dipendenti pubblici *part-time* con orario fino al 50% di quello a tempo pieno – Eccezione delle parti private di erroneità del presupposto interpretativo per omessa interpretazione costituzionalmente orientata – Reiezione (3).

(Cost., artt. 3, 4, 35 e 41; l. 25 novembre 2003, n. 339, artt. 1 e 2)

[876/12] Avvocato – In genere – Esercizio della professione forense – Reintroduzione del divieto per i dipendenti pubblici *part-time* con orario fino al 50% di quello a tempo pieno – Lamentata lesione del legittimo affidamento fondato sulla situazione normativa preesistente – Asserita violazione del principio di ragionevolezza, nonché del diritto al lavoro e della libertà di iniziativa economica – Insussistenza – Non fondatezza delle questioni (4).

(Cost., artt. 3, 4, 35 e 41; l. 25 novembre 2003, n. 339, artt. 1 e 2) (*)

(1-4) A commento della decisione pubblichiamo un’osservazione del prof. Alessandro Pace.

IL FONDAMENTO DEL LEGITTIMO AFFIDAMENTO
NON STA NELLE RAGIONEVOLEZZA INTRINSECA
DELLA *LEX POSTERIOR* SIBBENE
NEGLI AUTOVINCOLI DELLA *LEX ANTERIOR**

1. Queste le norme di legge che hanno determinato i fatti di causa. Il d.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29, nel disciplinare la razionalizzazione dell'organizzazione delle amministrazioni pubbliche, prevede che le amministrazioni pubbliche potessero reclutare il personale a tempo parziale (art. 36 comma 3), fermo restando, quanto alle incompatibilità, le regole preesistenti (art. 58 comma 1). Sulla base di tali premesse l'art. 1 comma 56 della l. 23 dicembre 1996 n. 662 stabilì che «Le disposizioni di cui all'art. 58, comma 1, del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, e successive modificazioni ed integrazioni, nonché le disposizioni di legge e di regolamento che vietano l'iscrizione in albi professionali non si applicano ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni con rapporto di lavoro a tempo parziale, con prestazione lavorativa non superiore al 50 per cento di quella a tempo pieno». Il successivo comma 56-bis, introdotto dall'art. 6 d.l. 28 marzo 1997 n. 79, convertito in l. 28 maggio 1997 n. 140, dispose l'abrogazione delle «disposizioni che vietano l'iscrizione ad albi e l'esercizio di attività professionali per i soggetti di cui al comma 56» specificando che «ai dipendenti pubblici iscritti ad albi professionali e che esercitano attività professionale non possono essere conferiti incarichi professionali dalle amministrazioni pubbliche» e che «gli stessi dipendenti non possono assumere il patrocinio in controversie nelle quali sia parte una pubblica amministrazione». In applicazione di tali previsioni vennero poi emanati diversi decreti ministeriali, tra cui il d.m. giustizia 6 luglio 1998, il quale all'art. 2 introdusse dettagliate regole di incompatibilità, in relazione alle diverse categorie di personale di quella amministrazione, concernenti l'ambito territoriale di esercizio delle attività con speciale riguardo alla professione di avvocato.

Tale normativa incontrò la resistenza degli Ordini forensi. La q. l. c. dell'art. 1 commi 56 e 56 *bis* per assunto contrasto con gli artt. 4, 24, 97 e 98 Cost., sollevata dal Consiglio nazionale forense, fu però rigettata

* (Il fondamento del legittimo affidamento non sta nella ragionevolezza intrinseca della *lex posterior* sibbene negli autovincoli della *lex anterior*) Osservazione a Corte cost., sent. n. 166 del 2012, già pubblicata in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012.

dalla Corte costituzionale con sent. n. 189 del 2001. Ciò nondimeno, dopo sette anni dall'entrata in vigore della l. n. 662 del 1996 – quando ormai molti dipendenti pubblici avevano optato per il *part-time*, essendo stati rassicurati dalla cit. sent. n. 189 del 2001 circa la legittimità costituzionale di tale legge – il legislatore con la l. 25 novembre 2003, n. 339 ribaltava l'assetto di interessi di cui alla l. n. 662 del 1996; vietava nuovamente l'esercizio *part-time* della professione forense e si limitava a prevedere un termine di trentasei mesi entro il quale il pubblico dipendente avrebbe potuto essere reintegrato nel rapporto di lavoro a tempo pieno oppure optare per la cessazione del rapporto d'impiego.

Anche la l. n. 339 del 2003 veniva contestata per assunto contrasto con gli artt. 3, 4 e 35 Cost., ma la Corte costituzionale rilevava giustamente, nella sent. n. 390 del 2006, che la non irragionevolezza della disciplina della l. n. 662 del 1996 non escludeva la non irragionevolezza della l. n. 339 del 2003.

2. A questo punto interviene nella lunga vicenda la sentenza annotata, avente ad oggetto la q.l.c. degli artt. 1 e 2 l. n. 339 del 2003, sollevata dalle Sezioni Unite civili della Corte di cassazione nel 2010, in relazione agli artt. 3, 4, commi 1 e 2, 35 e 41 Cost. con riferimento ad un ben specifico profilo.

Infatti secondo la S.C. «(l)a lesione prospettata sarebbe resa evidente dalla vanificazione della scelta compiuta dai predetti soggetti sulla base di una precisa previsione normativa (a suo tempo ritenuta legittima dalla Corte costituzionale), frutto di un indirizzo legislativo di riforma chiaramente e logicamente di lungo termine. Donde gli effetti pregiudizievoli per chi, come loro, aveva fatto sicuro e giustificato affidamento di mantenere nel tempo la nuova situazione lavorativa; effettuato investimenti per iniziare la nuova attività professionale; modificato il proprio stile di vita; sacrificato possibili miglioramenti nella carriera di pubblico dipendente».

E quindi, «in questa prospettiva, la deroga temporale prevista dall'art. 2 della legge n. 339 del 2003 in ordine all'efficacia del regime di incompatibilità (con la concessione di un termine di tre anni per esercitare l'opzione imposta tra pubblico impiego ed esercizio della professione forense e con la possibilità, nel secondo caso, di riammissione in servizio nei successivi cinque anni), sarebbe, in sé, insufficiente, atteso che la tutela dei pubblici dipendenti iscritti all'albo degli avvocati sarebbe circoscritta ad un limitato periodo, decorso il quale sa-

rebbe destinato a riespandersi il divieto già rimosso da una precedente legge».

3. Nella sentenza annotata la Consulta rigetta la q.l.c. sulla base del seguente argomento: «È vero che nella giurisprudenza di questa Corte il valore del legittimo affidamento riposto nella sicurezza giuridica trova copertura costituzionale nell'art. 3 Cost., ma, in base a principi da essa costantemente ribaditi, non già in termini assoluti e inderogabili. Da un lato, infatti, la fiducia nella permanenza nel tempo di un determinato assetto regolatorio dev'essere consolidata, dall'altro, l'intervento normativo incidente su di esso deve risultare sproporzionato. Con la conseguenza che "non è interdetto al legislatore di emanare disposizioni le quali vengano a modificare in senso sfavorevole per i beneficiari la disciplina dei rapporti di durata, anche se l'oggetto di questi sia costituito da diritti soggettivi perfetti", unica condizione essendo "che tali disposizioni non trasmodino in un regolamento irrazionale, frustrando, con riguardo a situazioni sostanziali fondate sulle leggi precedenti, l'affidamento dei cittadini nella sicurezza giuridica, da intendersi quale elemento fondamentale dello Stato di diritto (sentenze n. 302 del 2010, n. 236 e n. 206 del 2009)" (ord. n. 31 del 2011)».

L'argomentazione della Corte si basa quindi su due premesse tra loro interconnesse e (quindi) non singolarmente autosufficienti. Secondo la sentenza annotata il legittimo affidamento sarebbe infatti costituzionalmente garantito *ex art. 3*: a) solo se, da parte degli interessati, vi sia stata una "consolidata fiducia" nella permanenza nel tempo di un determinato assetto regolatorio; b) sempre che l'intervento normativo incidente su di esso sia "sproporzionato".

4. Fermo restando l'ovvia considerazione che l'affidamento è legittimo solo se si fonda su atti validi¹ – e la l. n. 662 del 1996 era stata ritenuta tale con la sent. n. 189 del 2001 –, la prima delle due premesse

¹ Nella giurisprudenza costituzionale v. per tutte Corte cost. ord. n. 36 del 2009, in questa *Rivista*, 2009, 287 ss. con osservazione di A. CELOTTO, *La (corretta) presbiopia comunitaria della Corte costituzionale*. Nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE v. *ex multis* CGCE, 11 marzo 1987, causa 265/85, *Van den Bergh en Jurgens e Lopik c. Commissione*, Racc., 1155, punto 44; CGCE, 26 giugno 1990, causa C-152/88, *Sofrimport c. Commissione*, Racc., I-2477, punto 26; CGCE, 11 marzo 1987, causa 265/85, *Van den Bergh en Jurgens e Lopik c. Commissione*, Racc., 1155.

non solo è concettualmente errata, ma quand'anche fosse esatta, sarebbe improponibile nella specie.

È infatti manifestamente errato affermare – quando l'assetto regolatorio derivi da una legge², e non da un coacervo di atti legislativi, regolamentari e contratti collettivi³ – che «la fiducia nella permanenza nel tempo» della *lex anterior* debba essere «consolidata». Un'affermazione siffatta evoca un contesto ordinamentale d'altri tempi, quando la vigenza delle *Chartae libertatum* e delle consuetudini aveva bisogno di periodiche conferme. Per contro, a partire dallo Statuto albertino nel nostro ordinamento costituzionale la legge è efficace dal momento della sua pubblicazione fino a quando non venga abrogata da un'altra legge.

È quindi un fuor d'opera pretendere che la sua efficacia debba es-

² V. ad es. Corte cost. sentenze nn. 156 del 2007, 24 del 2009, 124 del 2010,

³ V. ad es. Corte cost., sent. n. 271 del 2011, nella quale si legge, *cons. in dir.* n. 7, che «non è contestabile che i dipendenti regionali, nel proporre l'accordo di risoluzione consensuale e nel sottoscrivere il relativo contratto, abbiano riposto un legittimo affidamento nel fatto che, per la determinazione dell'indennità, si dovesse tenere conto anche della tredicesima mensilità, perché in tal senso deponevano l'espressione adottata (retribuzione lorda), i connotati attribuiti ai suoi componenti dalla stessa Regione (compenso fisso, continuativo, costante e generale), il richiamo alle disposizioni legislative, regolamentari e dei contratti collettivi nazionali. In questo quadro si è consolidata la posizione giuridica di coloro che, come la parte privata nel giudizio a quo, hanno perfezionato l'accordo di risoluzione del rapporto d'impiego ben prima che sopravvenisse la norma censurata».

Nello stesso senso v. anche Corte cost., sent. n. 236 del 2009, *cons. in dir.* n. 6.3.: «Si tratta quindi di verificare, alla luce dei suddetti orientamenti, la ragionevolezza della disposizione censurata sulla base del principio di tutela dell'affidamento, quale parametro alla stregua del quale scrutinare la legittimità della norma medesima, con riguardo all'art. 3 Cost. // Orbene, fermo quanto esposto in precedenza circa lo stato professionale dei professori universitari in posizione di fuori ruolo, si deve ribadire che esso certamente non si esaurisce in una mera aspettativa, ma si concreta in una posizione giuridica consolidata, in quanto radicata non soltanto su un provvedimento amministrativo che l'ha disposta (peraltro sulla base di una specifica opzione, non più revocabile dopo il collocamento fuori ruolo, ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 239), ma anche sull'esercizio effettivo delle attribuzioni connesse a quella posizione (come si è notato, tutti i ricorrenti nei giudizi principali avevano già intrapreso il corso del triennio fuori ruolo prima dell'entrata in vigore della norma *de qua*). // Inoltre, la durata del fuori ruolo è breve, essendo contenuta in un triennio, sicché essa non è equiparabile a quella di altri rapporti, come quelli inerenti a trattamenti pensionistici, destinati a protrarsi vita natural durante. Rispetto ad essa, dunque, non sono ravvisabili esigenze, tanto meno inderogabili, idonee a giustificare la compressione del legittimo affidamento nutrito dagli interessati sulla regolare scadenza del relativo periodo».

sere “consolidata” da altri atti o fatti perché essa possa determinare un legittimo affidamento.

A ciò si aggiunga che la stessa Corte costituzionale, come si è ricordato, aveva respinto con la sent. n. 189 del 2001 la q.l.c. della l. n. 662 del 1996 (ed anzi proprio tale pronuncia aveva indotto molti riluttanti dipendenti pubblici a optare per il *part-time*). Pertanto, ammesso e non concesso che il legittimo affidamento richieda che l'atto o il fatto debba essere “consolidato”, nella specie il consolidamento era avvenuto grazie al giudice delle leggi che ora lo nega.

A rigore, questo commento critico potrebbe concludersi qui. Essendo le due premesse enunciate dalla Corte interdipendenti l'una con l'altra, revocare in dubbio la prima premessa evidenzia infatti già di per sé l'insufficienza degli argomenti addotti dalla Corte per respingere la q.l.c. sollevata dalle Sezioni Unite civili.

Ciò nondimeno anche la seconda premessa suscita perplessità ma, devo aggiungere, sol che si segua un approccio al problema della possibilità del legislatore ordinario di autovincolarsi nelle sue determinazioni normative materiali, che è diverso da quello solitamente seguito in dottrina e dalla stessa Corte.

5. Secondo questa diversa impostazione⁴, non è infatti condivisibile che l'effetto abrogativo sia sempre spiegabile alla luce della permanenza e della potenziale inesauribilità del potere giuridico del legislatore, secondo la ben nota tesi di Salvatore Pugliatti⁵. Anche se non del tutto persuasiva, la tesi di Carlo Esposito⁶ – secondo la quale il fondamento dell'effetto abrogativo andrebbe individuato nell'operatività di una clausola risolutiva implicita nella *lex anterior* – spiega meglio della tesi

⁴ A. PACE, *Leggi di incentivazione e vincoli sul futuro legislatore* in questa *Rivista* 1983, parte I, 2341 ss. poi ripubblicato, con aggiunte, in ID., *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, II ed., Padova, 2002, 165 ss.

⁵ S. PUGLIATTI, voce *Abrogazione*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, 1958, 142.

⁶ C. ESPOSITO, *La validità delle leggi* (1934), rist. Milano, 1964, 64: «In realtà la legge posteriore abroga quella anteriore non perché l'una manifesti la volontà dello Stato in maniera più intensa dell'altra, vi sia una lotta tra le due manifestazioni di volontà e l'una sopraffaccia l'altra, ma perché ogni singola legge contiene implicito un termine o forse, ad essere più precisi, una condizione risolutiva con effetto *ex nunc* della sua efficacia e validità; vuole valere fino a emanazione di disposizione contrastante, divergente o espressamente abrogante, sicché dal momento in cui viene emanata la legge posteriore solo questa e non quella antecedente manifesta la volontà dello Stato per i casi futuri».

del Pugliatti il funzionamento dell'effetto abrogativo nelle ipotesi nelle quali la *lex anterior*, come efficacemente sottolineato nell'ordinanza di rinvio, persegue «un indirizzo legislativo di riforma chiaramente e logicamente di lungo termine».

Per quanto non persuada, nella tesi dell'Esposito, il ricorso alla clausola risolutiva implicita – essendo pacifico che gli elementi accidentali della fattispecie debbono essere necessariamente espliciti – coglie invece nel segno l'intuizione dell'Esposito secondo la quale, almeno in certi casi, è la *lex anterior* a dettare le condizioni per la sua abrogazione o modifica.

Il che in effetti avviene quando l'immodificabilità di una certa disciplina derivi dall'intenzione del legislatore di porre in essere un assetto regolatorio avente carattere di stabilità nel tempo. Un'intenzione che è addirittura esplicita quando una data esenzione fiscale sia prevista per un periodo di tempo, ivi previsto, più o meno lungo⁷, ma che può essere anche solo implicita (purché inequivocabile), quando, come nella specie, si tratti della riforma a tempo indeterminato di una professione. Oppure nel caso di un'amnistia o di un condono, quando l'effetto del provvedimento di clemenza sia “condizionato” all'autodenuncia del reato commesso e/o al pagamento di una data somma a titolo di sanzione. E così, in genere, nelle svariate ipotesi della c.d. legislazione “premiale”.

In tali ipotesi la *lex anterior*, pur non condizionando di per sé la “funzione” legislativa (come invece avverrebbe se essa incidesse sull'efficacia delle norme costituzionali “sulla” produzione giuridica), incide però sull'esercizio di tale funzione.

Ponendo in essere una disciplina “materiale” che pretende una certa (più o meno estesa) stabilità nel tempo, la *lex anterior* legittimamente condiziona il legislatore nel caso concreto. Né questo condizionamento del legislatore *quoad exercitium* potrebbe essere ritenuto «non valido»⁸,

⁷ È questo, ad es., il caso del d.l. 28 febbraio 1983 n. 55, convertito nella l. 26 aprile 1983 n. 131, istitutivo dell'imposta denominata SOCOF, applicabile anche a fabbricati che, in forza di normative preesistenti, avrebbero dovuto essere ritenuti esenti. La relativa q.l.c. fu però respinta dalla Corte costituzionale con la sent. n. 159 del 1985, in questa *Rivista*, 1985, 1136 ss., 1157 s., con osservazione di A. PACE, *L'assoluzione del legislatore capriccioso*.

⁸ Come ad es. opinava V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, V ed., Padova, 1984, 187, con esplicito riferimento alle leggi che, disponendo esenzioni fiscali, condizionano la *lex posterior*.

e cioè incostituzionale, perché se tale obiezione fosse esatta, allora tutte le leggi di incentivazione, premiali ecc. dovrebbero dirsi di per sé incostituzionali. Per contro non deve essere dimenticato che un efficace governo della società non può limitarsi a imporre divieti, prescrivere obblighi, prevedere facoltà, ma deve altresì stimolare il compimento di attività che, altrimenti, gli individui non avrebbero alcun interesse a compiere. Il che è tanto più vero quanto più la società sia complessa, come quella in cui viviamo.

6. Ma se non è incostituzionale, e quindi legittimo, per il legislatore ordinario porre in essere una data disciplina che esplicitamente o implicitamente si protenda nel futuro con caratteri di stabilità, la valutazione della ragionevolezza della *lex posterior* non può che essere effettuata alla luce della *lex anterior*. E cioè prendendo in esplicita considerazione l'assetto di interessi posto in essere da essa. Con la conseguenza che lo scrutinio di legittimità della *lex posterior* sarà ovviamente più stringente, in quanto questa viene sottoposta al sindacato di ragionevolezza non al fine di dimostrarne l'interna coerenza – come ha fatto la Corte nella sentenza annotata – bensì per evidenziare la non arbitrarietà delle ragioni di fatto e giuridiche poste alla base dell'intervento anzitempo modificativo dell'assetto regolatorio posto in essere dalla *lex anterior*.

Se la Corte costituzionale, nella sentenza annotata, avesse fatto buon uso dell'indirizzo giurisprudenziale richiamato (purtroppo solo *ad abundantiam*) nella parte finale del passaggio sopra riportato – secondo il quale le disposizioni delle *lex posterior* non devono mai trasmodare «in un regolamento irrazionale, frustrando, *con riguardo a situazioni sostanziali fondate sulle leggi precedenti*⁹, l'affidamento dei cittadini nella sicurezza giuridica» – la prevalenza logica della *lex anterior* sulla *lex posterior* avrebbe avuto il suo meritato riconoscimento.

Quella prevalenza logica che Costantino Mortati spiegava benissimo sottolineando, *mutatis mutandis*, «che non si rende necessario assegnare alla legge limitativa della successiva il rango di super-legge, poiché non è dalla diversità di grado che gli effetti si fanno derivare, ma dal rapporto che si instaura fra antecedente e conseguente, fra posizione di un principio e svolgimento del medesimo»¹⁰.

⁹ Corsivo mio.

¹⁰ C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968, 65.

In teoria, non è infatti escluso che un'esenzione fiscale o una sospensione del prelievo delle imposte possa essere revocata, beninteso *ex nunc*, in presenza di ragioni non gravi, ma gravissime. Ma la gravità di tali ragioni dovrà comunque essere parametrata con le ragioni per le quali l'esenzione fiscale o la sospensione del prelievo è stata precedentemente disposta, perché è sulla fiducia nelle istituzioni che si fonda l'obbligazione politica del cittadino.

C'è tuttavia, a mio parere, un limite insuperabile da parte della *lex posterior*. Non mi sento, in coscienza, di poter anche solo ipotizzare che possano esservi ragioni talmente gravi da non concedere l'amnistia o il condono, nonostante l'avvenuta autodenuncia dei reati commessi e il pagamento della sanzione nella misura per legge prevista. A voler opinare il contrario, anche se in base a valide ragioni politiche, si violerebbe il principio «*Nemo tenetur se detegere*».

In parte diverso è invece il caso, che qui ci interessa, della disciplina di una professione, ovviamente proiettata nel futuro con carattere di stabilità, che improvvisamente venga modificata *ex nunc*. Un conto infatti è la valutazione intrinseca della razionalità della nuova disciplina (e in tal senso si può ritenere che la *lex posterior* superasse giustamente tale vaglio), altro conto è invece la ragionevolezza del pregiudizio inferito alle situazioni giuridiche soggettive di coloro che avevano fatto legittimo affidamento non solo sulla l. n. 662 del 1996 ma anche sulla sentenza n. 189 del 2001 della Corte costituzionale, per la loro vita futura.

Nel caso di specie, è quindi soprattutto la legittimità costituzionale delle norme transitorie che viene in considerazione.

7. Ebbene, con riferimento alla disciplina transitoria, la l. n. 339 del 2003 si limita a prevedere un termine di trentasei mesi entro il quale il pubblico dipendente avrebbe potuto essere reintegrato nel rapporto di lavoro a tempo pieno oppure optare per la cessazione del rapporto d'impiego¹¹: alternativa temporale che per la Consulta «soddisfa pienamente i requisiti di non irragionevolezza della scelta normativa di ca-

¹¹ In questo secondo caso «Il dipendente pubblico *part-time* che ha esercitato l'opzione per la professione forense ai sensi della presente legge conserva per cinque anni il diritto alla riammissione in servizio a tempo pieno entro tre mesi dalla richiesta, purché non in soprannumero, nella qualifica ricoperta al momento dell'opzione presso l'Amministrazione di appartenenza. In tal caso l'anzianità resta sospesa per tutto il periodo di cessazione dal servizio e ricomincia a decorrere dalla data di riammissione».

rattere inderogabilmente ostativo sottesa alla legge n. 339 del 2003. Scelta inevitabilmente destinata a produrre effetti, proprio per la sua portata generale, anche sulle posizioni dei dipendenti pubblici *part-time* legittimamente trovatisi ad esercitare in concomitanza la professione di avvocati. Essi, infatti, anziché cadere immediatamente sotto il divieto, hanno potuto beneficiare di un termine di trentasei mesi per esprimere la decisione dell'attività cui dedicarsi in futuro in via esclusiva (con diritto al tempo pieno in caso di opzione per il mantenimento del rapporto d'impiego pubblico) e, nell'ipotesi di una prima manifestazione optativa per la professione forense, di un ulteriore quinquennio per l'esercizio dello *ius poenitendi*, tale da garantire loro il diritto alla riammissione in servizio a tempo pieno (entro tre mesi dalla richiesta) con il solo limite della sospensione, nelle more, dell'anzianità».

Per contro, se la Corte, anziché valutare, ancora una volta, l'intrinseca razionalità della disciplina transitoria dettata dalla *lex posterior*, avesse posto mente al fatto che la l. n. 662 del 1996 aveva creato a tempo indeterminato delle legittime aspettative circa la possibilità di cumulare il lavoro pubblico *part-time* con la libera professione, la conclusione sarebbe stata certamente diversa, essendo ben più ragionevole, nel doveroso rispetto della buona fede¹², la conclusione di consentire ai pubblici dipendenti esercenti la professione forense al momento dell'entrata in vigore della l. n. 339 del 2003, la continuazione del lavoro *part-time*. Del resto la logica che presiedeva la l. n. 662 del 1996, era quella di razionalizzare l'organizzazione delle amministrazioni pubbliche, e quindi di poter addirittura risparmiare sulla spesa pubblica. Mantenere in servizio gli impiegati *part-time* in un ruolo ad esaurimento non sarebbe stato pertanto né irragionevole né avrebbe costituito una spesa inutile.

È bensì vero quel che dice la Corte, e cioè che «I soggetti in esame, a fronte di un'interdizione ormai generalizzata all'esercizio contemporaneo delle due attività, hanno avuto tutto il tempo per valutare presupposti e situazioni, personali e familiari, idonei ad orientarne la scelta verso il mantenimento del rapporto di lavoro pubblico piuttosto che verso l'esercizio esclusivo della professione forense». Ma questa è una

¹² Sotto questo profilo v. gli interessanti rilievi di G. MATUCCI, *Tutela dell'affidamento e disposizioni transitorie*, Padova, 2009, *passim*, nonché di S. SPUNTA-RELLI, *La buona fede come parametro di giudizio per la tutela del legittimo affidamento*, in questa *Rivista* 2009, 181 ed ivi ulteriori riferimenti.

non-risposta al problema posto nell'ordinanza di rinvio, che la S.C. aveva già scartato in partenza, avvertendo che quello previsto dalla l. n. 339 del 2003 era solo uno «*spatium deliberandi*» circoscritto «ad un limitato periodo, decorso il quale sarebbe destinato a riespandersi il divieto già rimosso da una precedente legge».

Un “doveroso” «*spatium deliberandi*» per l'esercizio di un'opzione, il cui riconoscimento certamente non ripagava i dipendenti pubblici, nel caso di reintegrazione nel rapporto di lavoro a tempo pieno, degli “anni perduti” esercendo la professione forense *part-time*: anni perduti ai fini dell'anzianità in servizio, del relativo trattamento previdenziale e dell'eventuale progressione di carriera.

FABRIZIO FRACCHIA - PASQUALE PANTALONE*

LE CALAMITÀ NATURALI E LE RISPOSTE
DEL DIRITTO AL RISCHIO DI ALLUVIONI:
UN'ANALISI COMPARATA TRA ITALIA E SPAGNA

SOMMARIO: 1. La prevenzione delle calamità naturali e il ruolo del diritto: il problema delle alluvioni. – 2. Italia e Spagna: una breve panoramica generale sui due ordinamenti. – 3. Dal ricorso a un approccio straordinario a uno ordinario. – 4. L'influenza del diritto dell'Unione europea. – 5. Osservazioni conclusive: verso un autonomo diritto delle calamità naturali?

1. La prevenzione delle calamità naturali e il ruolo del diritto: il problema delle alluvioni

Le alluvioni rappresentano uno dei maggiori e più frequenti fenomeni di calamità naturali che avvengono in tutto il mondo e, in particolare, in Italia.

Esse possono essere studiate nella prospettiva della resilienza, ossia della capacità dei diversi soggetti in varia misura coinvolti (individui, organizzazioni, comunità) di adattarsi, di accrescere le proprie competenze e, dunque, di apprendere e ulteriormente svilupparsi.

Negli ultimi anni, anche il diritto ha compiuto importanti passi in avanti nella gestione di queste calamità naturali.

Al riguardo, in esito alla presente analisi, appare utile verificare se un più chiaro apparato di regole giuridiche possa contribuire a realizzare, in questo specifico settore, una maggiore resilienza della società e dell'ambiente rispetto al verificarsi di questi (talvolta drammatici) eventi naturali.

A livello globale, ogni anno circa 200 milioni di persone sono interessate da calamità naturali. Nel 2013, le alluvioni hanno riguardato otto diversi Stati membri dell'Unione europea. Tra il 1998 e il 2009, in Europa si sono verificate oltre 213 ingenti alluvioni, tra cui quella catastrofica avvenuta nei pressi dei fiumi Danubio e Elba nell'estate del 2002.

In Italia, a tacere dei terremoti e dei vulcani, il rischio idrogeologico

* Il contributo è frutto di una riflessione comune. Tuttavia i parr. 4 e 5 sono stati curati da Fabrizio Fracchia, mentre i parr. 1-3 da Pasquale Pantalone.

costituisce uno dei rischi e pericoli naturali più rilevanti in termini di perdita di vite umane e di danni a cose e persone. A titolo esemplificativo, un quinto dell'intera superficie del bacino del Po è potenzialmente inondabile ogni 20-25 anni e un decimo della stessa superficie è potenzialmente soggetto a piene catastrofiche. Nello stesso bacino vi sono 7.200 insediamenti o infrastrutture che interferiscono con il deflusso idraulico.

Le cause di tali problemi sono numerose; alcune di esse hanno origine naturale, come nel caso di intense precipitazioni e tempeste marine. L'impatto negativo dell'uomo, tuttavia, non può essere negato: deforestazioni indiscriminate, abusi edilizi, incuria nella manutenzione dei corsi d'acqua sono fattori che hanno reso maggiormente gravosi gli effetti delle alluvioni.

In virtù della dimensione necessariamente sovranazionale dei fenomeni in questione e dei crescenti effetti globali dei cambiamenti climatici (sui quali si tornerà sinteticamente *infra*), la comunità internazionale ha al riguardo promosso alcune iniziative, tra cui il "Quadro di Riferimento di Sendai per la Riduzione del Rischio di Disastri 2015-2030", adottato a Sendai il 18 marzo 2015, in occasione della Terza Conferenza Mondiale delle Nazioni Unite sulla riduzione del rischio di disastri naturali. Si tratta del primo e più rilevante accordo internazionale (su base volontaria e non vincolante) dell'agenda di sviluppo delle Nazioni Unite *post-2015*.

A livello europeo, già a far data dal 2004, la Commissione ha riconosciuto che una gestione inefficiente del rischio idrogeologico avrebbe potuto pregiudicare il raggiungimento nel lungo periodo degli obiettivi di sviluppo sostenibile, in considerazione degli effetti negativi delle alluvioni sull'economia, l'ambiente e la salute umana (cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni - Piano per la salvaguardia delle risorse idriche europee, Brussels, 12.07.2004, Com (2004)472 Final.) Tra le diverse iniziative, al fine di delineare principi comuni per una più efficiente gestione delle alluvioni, è stata adottata la direttiva 2007/60/EC (entrata in vigore il 26 novembre 2007). Al contrario della direttiva sulle acque n. 2000/60/EC (che concerne la protezione dell'acqua come risorsa naturale), l'obiettivo della direttiva sul rischio di alluvioni è stato quello di stabilire un quadro giuridico comune per la valutazione e la gestione del rischio idrogeologico.

Sotto altro profilo, occorre menzionare il progetto "ESPRESSO" ("*Enhancing Synergies for disaster prevention in the European Union*"), promosso dalla Commissione europea nell'ambito del Programma Hori-

zon 2020. Esso ha lo scopo di contribuire all'elaborazione di una nuova visione strategica sulla riduzione del rischio di disastri naturali in Europa, nonché di promuovere iniziative per la ricerca nel settore delle calamità naturali nei prossimi dieci anni. Il Progetto *ESPRESSO* è basato sul raggiungimento di tre principali obiettivi: la definizione di azioni maggiormente coerenti sul piano nazionale ed europeo con riguardo alla riduzione del rischio di calamità naturali e ai cambiamenti climatici; il rafforzamento della capacità di gestione del rischio attraverso la riduzione del divario tra scienza e diritto a livello nazionale in sei Paesi europei; la realizzazione di una gestione efficiente delle crisi transfrontaliere.

2. Italia e Spagna: una breve panoramica generale sui due ordinamenti

Anche nell'ambito dei singoli ordinamenti nazionali si possono registrare taluni tentativi volti alla prevenzione e alla gestione delle calamità naturali, tra cui in Italia e in Spagna, ove i problemi legati alle alluvioni sono maggiormente sentiti, in ragione del particolare rischio idrogeologico e della naturale vulnerabilità che caratterizzano i territori di questi Paesi.

Alla luce di questo composito quadro normativo, appare dunque opportuno procedere a una breve analisi comparata dei due ordinamenti sopra menzionati, allo scopo di individuare eventuali analogie e differenze tra le rispettive soluzioni giuridiche e istituzionali approntate.

In generale, molteplici sono le chiavi di lettura utilizzabili per impostare la comparazione e per cogliere i principali problemi giuridici.

Un primo profilo attiene al coordinamento tra i differenti livelli di governo, gli interessi e i poteri coinvolti. Più precisamente, siffatto coordinamento (che involge anche gli organi politici, e non solo quelli tecnici) è necessario non solo a livello orizzontale tra più amministrazioni statali, ma anche a livello verticale tra differenti enti territoriali (statali, regionali e locali).

A livello centrale, sono ipotizzabili sia approcci integrati con un'unica autorità competente a gestire l'intero processo, dalla valutazione del rischio alla gestione delle emergenze, sia modelli caratterizzati dalla compresenza di più soggetti che devono coordinarsi, operando congiuntamente.

Un'ulteriore alternativa attiene alla opportunità di creare soggetti specifici chiamati a curare tutto (o in parte) il processo di valutazione del rischio e di gestione delle emergenze, ovvero alla necessità di utilizzare i

livelli politico-istituzionali esistenti. La prima opzione, che risponde a un criterio di *technical subsidiarity*, impone di creare ulteriori raccordi con le altre autorità interessate.

Venendo agli strumenti utilizzabili, anche da questo punto di vista sono ipotizzabili soluzioni molto differenziate tra di loro.

In particolare, considerando la centralità della pianificazione, la domanda essenziale attiene all'opportunità di prevedere un unico piano o più piani. E nel secondo caso, occorre verificare come risolvere i possibili conflitti tra i vari atti di pianificazione.

Da ultimo, può profilarsi la presenza di un unico polo normativo competente a disciplinare il problema, l'intreccio di competenze legislative concorrenti (Stato/Regioni/Comunità autonome) che determinano una varietà di normative spesso non coerenti tra di loro.

Ciò chiarito in generale, si può immediatamente osservare che in Italia e in Spagna sono fissate regole differenti con riferimento a tre settori comunque coinvolti nella lotta ai disastri ambientali: la protezione civile, la tutela del territorio dall'acqua, il rischio idrogeologico.

Ciò implica il coinvolgimento di una molteplicità di strutture amministrative, di centri di responsabilità, di poteri pubblici e di conseguenti limitazioni all'esercizio di libertà e diritti individuali.

Con riferimento ai soggetti coinvolti, va rilevato che, in Italia, il settore della protezione del territorio dall'acqua, nel panorama del diritto dell'ambiente, si caratterizza perché la cura degli interessi pubblici non è affidata ai livelli politico-istituzionali esistenti (Regioni ed enti locali), ma determina la creazione di soggetti (tecnici) distinti: le c.d. "autorità di bacino", composte da rappresentanti statali e regionali. Esse sono appunto le "autorità competenti" ai sensi dell'art. 3 della direttiva 2000/60/CE. Al contempo, a tali enti spetta, nell'ambito di predeterminati bacini idrografici, la valutazione preliminare del rischio alluvioni, l'individuazione delle zone a rischio, la predisposizione delle mappe di pericolosità e i piani di gestione (integrati nei piani di bacino) ai sensi della disciplina sul rischio alluvioni.

La direttiva 2007/60/CE relativa alla valutazione e alla gestione dei rischi di alluvioni è stata attuata in Italia con il d.lgs. 23 febbraio 2010, n. 49. L'art. 7 di detto decreto prescrive che le autorità di bacino distrettuali predispongano piani di gestione del rischio, coordinati a livello di distretto idrografico, nell'ambito delle attività di pianificazione di bacino, mentre le regioni, in coordinamento tra loro, nonché con il Dipartimento nazionale della protezione civile (v. *infra*), elaborino la parte dei piani di gestione per il distretto idrografico di riferimento relativa al si-

stema di allertamento nazionale per il rischio idraulico ai fini di protezione civile.

Quanto al rilievo giuridico, questi piani prevalgono sui piani di settore e gli enti territoriali adeguano i propri piani a quelli di emergenza. Invero, il quadro complessivo si complica ulteriormente per la presenza di altri strumenti di pianificazione, quali i piani di tutela delle acque e i piani stralcio di assetto idrogeologico per la protezione del suolo e delle pendenze.

In ogni caso, la gestione dell'emergenza (soprattutto per assicurare protezione alla popolazione) è affidata alla protezione civile.

In Italia, in particolare, è stato di recente emanato il d.lgs. 1/2018 ("codice della protezione civile") che ha istituito, presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, un sistema nazionale della protezione civile al cui vertice è posto, appunto, il Presidente del Consiglio.

Il servizio nazionale della protezione civile è un sistema complesso: esso coinvolge il Presidente del Consiglio dei Ministri fino ai sindaci, quali autorità locali (i Comuni hanno l'obbligo di dotarsi di Piani di emergenza di protezione civile), ed è prevista pure la partecipazione dei cittadini e delle associazioni di volontariato.

Il sistema della protezione civile fa perno sulla distinzione degli eventi da fronteggiare ai quali corrispondono differenti procedure e strumenti di azione. Si distingue tra: emergenze connesse con eventi naturali o derivanti dall'attività dell'uomo che possono essere fronteggiati mediante interventi attuabili dai singoli enti e amministrazioni competenti in via ordinaria; emergenze connesse con eventi naturali o derivanti dall'attività dell'uomo che per loro natura ed estensione comportano l'intervento coordinato di più enti o amministrazioni e debbono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati periodi di tempo e disciplinati con legge regionale; emergenze di rilievo nazionale connesse con calamità naturali o derivanti dall'attività dell'uomo che, per intensità ed estensione, debbono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari.

In Spagna esiste una situazione assai simile.

A livello di soggetti e di strumenti giuridici, infatti, si trovano molte similitudini rispetto al modello italiano.

Un primo gruppo di regole riguarda i piani idrogeologici (la legge 29/1985 e il decreto reale 1/2001). Anche in tal caso, accanto alle Comunità autonome, operano organismi che sono espressione del potere dello Stato centrale (*organismos de cuenca*).

Per quanto riguarda il rischio alluvioni, la direttiva 2007/60/EC è

stata attuata a livello interno con l'emanazione del decreto reale 903/2010.

Agli *organismos de cuencas* spetta la responsabilità di procedere alla valutazione preliminare del rischio di alluvioni, nonché di predisporre le mappe della pericolosità e quelle concernenti il rischio di alluvioni nell'ambito geografico più appropriato. Sulla base di questa mappatura, tali soggetti elaborano i piani di gestione del rischio di alluvioni (*planes de gestión del riesgo*), coordinati a livello di bacino idrografico.

Quanto al rapporto con altri piani, il principio è quello secondo cui questi non possono prevedere prescrizioni in contrasto con i piani di gestione del rischio. Particolare attenzione è posta sul coordinamento tra differenti piani e programmi. Altre fonti riguardano invece le alluvioni nelle zone costiere.

Vi è poi la fase dell'emergenza e della ricostruzione.

In Spagna la legge 2/2015 e il decreto reale 407/1992 (*Normativa básica de Protección civil*) hanno istituito un sistema nazionale di protezione civile, volto anche alla tutela dei diritti di informazione, di partecipazione e di collaborazione.

Questo sistema, che è molto simile a quello italiano, comprende tutte le strutture deputate alla protezione dell'integrità della vita, della proprietà e dell'ambiente da danni (o dal pericolo di danni) derivanti da calamità naturali, e, più in generale, allo svolgimento di tutte le azioni necessarie a fronteggiare le emergenze.

In analogia al caso italiano, in Spagna l'autorità locale è il primo soggetto responsabile per la protezione civile sul territorio e per la gestione iniziale dell'emergenza. In virtù del principio di sussidiarietà, qualora il livello di governo più vicino al cittadino non sia in grado di fronteggiare l'emergenza, il livello di governo immediatamente superiore ha l'obbligo di intervenire. A livello centrale viene, altresì, predisposto un piano di protezione civile che tiene in debito conto anche il rischio di alluvioni.

Al fine di un maggiore coordinamento, in ogni caso, tutte le amministrazioni partecipano all'elaborazione dei piani di emergenza per la gestione delle calamità.

3. *Dal ricorso a un approccio straordinario a uno ordinario*

Sotto il profilo evolutivo, si evidenzia un carattere comune tra Spagna e Italia.

Nei due Paesi, la configurazione iniziale era quella di un'ammini-

strazione straordinaria di breve durata, legittimata ad intervenire in situazioni imprevedibili mediante poteri *extra ordinem* di pronto intervento. Al riguardo può essere interessante aggiungere che, in Italia come in Spagna, tradizionalmente molte misure eccezionali previste in caso di calamità (es. deroghe alla normativa urbanistica per la realizzazione di abitazioni e opere di urbanizzazione, requisizioni di alloggi, sospensione dei termini processuali e di quelli tributari) sono state introdotte anche mediante decreto-legge e, dunque, attraverso strumenti legislativi e non amministrativi. Inoltre, il diritto del rischio e dell'emergenza era spesso un diritto in deroga: imputazione di poteri a organi monocratici e straordinari, la possibilità di usare procedure speciali, la semplificazione di quelle ordinarie e l'attenuazione delle garanzie.

Oggi, si sta invece imponendo un modello in cui la durata degli interventi si è allungata: l'amministrazione di gestione delle emergenze, cioè, si integra e – anche nel settore in esame – si completa con l'amministrazione della prevenzione e della precauzione.

L'amministrazione del rischio, utile per fronteggiare situazioni straordinarie e urgenti, è dunque profondamente mutata nel tempo.

Tutto ciò, almeno nel settore del rischio di alluvioni, è avvenuto anche in forza dell'influenza del diritto europeo.

4. *L'influenza del diritto dell'Unione europea*

Le analogie tra i due sistemi, infatti, non derivano soltanto dai comuni tratti ordinamentali e storici (ciò è ad esempio rilevante in ordine alla fase dell'emergenza, dove i due Paesi hanno autonomamente adottato un sistema in parte analogo). Un fattore di omogeneizzazione importante è costituito dalle direttive europee (2007/60/CE e 2000/60/CE), che impongono gli stessi obblighi a tutti i Paesi, sebbene lo strumento delle direttive riservi un certo grado di libertà nella loro attuazione.

Nozioni e concetti quali, ad esempio, i bacini idrografici, il coordinamento tra diversi settori di interesse, la partecipazione, costituiscono strumenti previsti dal diritto dell'U.e. e recepiti da entrambi gli Stati.

L'impatto del diritto europeo è comunque importante per la ragione cui più sopra si è fatto cenno. Le alluvioni sono considerate dalla normativa europea come un problema che deve essere trattato secondo la logica del "processo" che, in base a un approccio di tipo sistemico, va dalla valutazione del rischio alla gestione dell'evento.

Ciò implica ad esempio la necessità di un coordinamento maggiore

tra le misure adottate dalle amministrazioni; ai sensi del considerando n. 17 della direttiva 2007/60/CE, “l’elaborazione dei piani di gestione dei bacini idrografici previsti dalla direttiva 2000/60/CE e l’elaborazione dei piani di gestione del rischio di alluvioni di cui alla presente direttiva rientrano nella gestione integrata dei bacini idrografici. I due processi dovrebbero pertanto sfruttare le reciproche potenzialità di sinergie e benefici comuni, tenuto conto degli obiettivi ambientali della direttiva 2000/60/CE, garantendo l’efficienza e un razionale utilizzo delle risorse pur riconoscendo che a norma della presente direttiva e della direttiva 2000/60/CE le autorità competenti e le unità di gestione potrebbero essere diverse”.

S’impone più in generale un deciso cambiamento di prospettiva. In particolare, l’innesto della gestione del rischio di alluvioni sul tessuto della disciplina a tutela dei suoli comporta un incremento della resilienza. Infatti, i soggetti pubblici sono tenuti a valutare continuamente l’efficacia delle misure adottate, mirando a una gestione “adattativa” dei problemi, la quale incrementa le capacità e le conoscenze dell’amministrazione attraverso il continuo monitoraggio e il rafforzamento della partecipazione: questo approccio, tra l’altro, risulta essenziale per assicurare la sicurezza delle persone e per mitigare gli effetti dannosi dell’evento calamitoso.

L’approccio sistemico è poi imposto dai cambiamenti climatici, fenomeno che incide sulla frequenza e l’intensità delle catastrofi naturali. Esistono, invero, rilevanti connessioni, nella teoria e nella prassi, tra adattamenti ai cambiamenti climatici e riduzione del rischio di calamità naturali; in ragione delle evidenti sovrapposizioni e di un obiettivo comune (di ridurre la vulnerabilità), dovrebbe essere realizzata una maggiore integrazione tra le due problematiche sopra descritte (ma le legislazioni di Italia e Spagna sembrano tenerle in considerazione almeno con riguardo alla valutazione del rischio: v. art. 4, d.lgs. 49/2010 e art. 6, decreto reale 903/2010).

Per quanto qui maggiormente interessa, se il cambiamento climatico non può essere eliminato, si rende necessario adottare costantemente misure adattative, accentuando l’urgenza di guardare ai disastri in prospettiva ciclica.

5. Osservazioni conclusive: verso un autonomo diritto delle calamità naturali?

Alla luce dell'analisi effettuata possono essere individuate alcune specifiche caratteristiche del "diritto delle calamità naturali".

In primo luogo, l'influenza del diritto europeo in merito alle tematiche trattate, consente di evidenziare l'urgenza dell'utilizzo di un approccio sistemico, basato sull'adattabilità dei vari soggetti coinvolti e sulla logica del "processo" aperto, unitario e ricorsivo (in cui si ritrovano i caratteri della competenza, della flessibilità e dell'apprendimento). Si tratta di due elementi (la gestione adattativa degli eventi calamitosi e la logica del "processo") che contribuiscono a plasmare il "diritto delle calamità naturali".

In secondo luogo (ma si tratta di questione strettamente intrecciata con la precedente), i cambiamenti climatici incidono sull'ampiezza di questo specifico settore del diritto, che ha a oggetto non soltanto la singola emergenza, ma appunto l'intero "ciclo", che comprende anche la fase di precauzione e prevenzione (e ciò spiega peraltro la durata prolungata delle misure adottate).

In terzo luogo, questo specifico apparato di regole, che tende a rendere la società e l'ambiente più resilienti e che è pur sempre fondato su cognizioni scientifiche incerte, dovrebbe progressivamente ispirarsi non soltanto alla logica dei "diritti", ma anche e soprattutto a quella dei "doveri".

L'assunto permette di evidenziare la responsabilità che riveste in questo senso il "diritto delle calamità naturali".

La difficoltà di convivere con il rischio e di accettarne l'esistenza, infatti, dipende anche dalla costante adesione al paradigma dei diritti soggettivi (quasi un'ossessione culturale), che, evocando un modello di tutela piena e immediata delle pretese del soggetto, non appare coerente con (e non riesce a interiorizzare) l'incertezza della scienza e risulta inadatto a riflettere le peculiari caratteristiche dei fenomeni ambientali (come ad esempio, la natura "globale" di tali fenomeni, l'incerta dimensione spaziale e temporale dei loro effetti, la quale rende estremamente complessa l'individuazione di uno o più responsabili, e così via). Al contrario, come sembra anche emergere dalla normativa esaminata (specie quella di derivazione europea), il modello di tutela privilegiato, e considerato più appropriato ad affrontare con maggiore efficacia le problematiche sopra esaminate, dovrebbe piuttosto ispirarsi alla categoria dei doveri e ai principi di solidarietà, doverosa precauzione e responsabilità.

Non è un caso che a livello globale, europeo e nazionale, la risposta giuridica alle problematiche ambientali (ma non solo a esse) sia orientata al principio di sostenibilità, che è uno dei cardini della legislazione ambientale (se non il più importante) e che, tecnicamente, è un dovere verso le generazioni future.

Non si può infine negare che, al di là del tema della natura e della qualità delle regole, un protagonista della lotta ai disastri che rimane spesso “dimenticato” nel dibattito scientifico è il soggetto pubblico.

Il ruolo dell’amministrazione quale attore tecnicamente competente, che fonda la sua azione “di graduale rettifica” mediante il monitoraggio e la raccolta delle informazioni (e, dunque, sulla scorta dell’apprendimento e dell’esperienza man mano accumulata), è centrale per la gestione “adattativa” di un problema complesso come quello esaminato e, di conseguenza, per incrementare la resilienza dell’ambiente e dei soggetti in varia misura coinvolti.

Oltre a prestare costante attenzione alle norme, dunque, la dottrina deve incaricarsi di ricordare l’urgenza di investire sulle competenze e sulle risorse.

Elenco dei curatori e degli autori

Antonio BARONE, Professore Ordinario di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Catania

Vinicio BRIGANTE, Dottore di ricerca in Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli 'Federico II'

Salvatore CIMINI, Professore Ordinario di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Teramo

Francesca D'AGOSTINO, Dottoranda di ricerca in Diritto Amministrativo presso l'Università del Salento

Gabriella DE GIORGI CEZZI, Professore Ordinario di Diritto Amministrativo presso l'Università del Salento

Francesco DE LEONARDIS, Professore Ordinario di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Macerata

Ruggiero DIPACE, Professore Ordinario di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi del Molise

Marina D'ORSOGNA, Professore Ordinario Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Teramo

Fabrizio FRACCHIA, Professore Ordinario di Diritto Amministrativo presso l'Università Commerciale 'Luigi Bocconi' di Milano

Pietro GARGIULO, Professore Ordinario di Diritto Internazionale presso l'Università degli Studi di Teramo

Francesco GASPARI, Professore Associato di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi 'Guglielmo Marconi'

Loredana GIANI, Professore Ordinario di Diritto Amministrativo presso l'Università Europea di Roma

Walter GIULIETTI, Professore Ordinario di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi dell'Aquila

Pierpaolo GRUOSSO, titolare di borsa di studio presso l'Università degli Studi della Basilicata

Annarita IACOPINO, Ricercatore di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi dell'Aquila

Giovanna IACOVONE, Professore Associato di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi della Basilicata

Mario PALMA, Ricercatore di Diritto Costituzionale presso l'Università Europea di Roma

Pasquale PANTALONE, Assegnista di ricerca in Diritto Amministrativo presso l'Università Commerciale 'Luigi Bocconi' di Milano

Aristide POLICE, Professore Ordinario di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Roma 'Tor Vergata'

Teresa Maria SGARAMELLA, titolare di borsa di studio presso l'Università degli Studi della Basilicata

Federico VALENTINI, Dottore di Ricerca in Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Teramo

CONTRIBUTI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

Collana diretta da

FRANCO GAETANO SCOCA, GUIDO CORSO

MARINA D'ORSOGNA, LOREDANA GIANI, MARIA IMMORDINO, ARISTIDE POLICE,

MARIA ALESSANDRA SANDULLI, MARIO SPASIANO

Sezione Studi e Monografie

1. M. Ragusa, *Porto e poteri pubblici. Una ipotesi sul valore attuale del demanio portuale*, 2017
2. A. Iacopino, *Modelli e strumenti per la valorizzazione dei beni culturali. Spunti di riflessione nella prospettiva del risultato amministrativo*, 2017
3. F. Aperio Bella, *Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, 2017
4. A. Giannelli, *Concessione di beni e concorrenza. Contributo in tema di compatibilità tra logica pro-concorrenziale e principi di diritto interno in tema di gestione dei beni pubblici*, 2017
5. N. Gullo, *Emergenza criminale e diritto amministrativo, l'amministrazione pubblica dei beni confiscati*, 2017
6. M. Trimarchi, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, 2018
7. C. Micciché, *Beni comuni: risorse per lo sviluppo sostenibile*, 2018
8. A. Giusti, *La rigenerazione urbana. Temi, questioni e approcci nell'urbanistica di nuova generazione*, 2018
9. C. Celone, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed Enti locali*, 2018
10. G. Pesce, *Digital First. Amministrazione digitale: genesi, sviluppi, prospettive*, 2018
11. V. Berlingò, *Contributo ad uno studio dell'attività amministrativa interna nelle riforme dell'Italia e della Cina*, 2018
12. C. Feliziani, *Giustizia amministrativa, amministrazione e ordinamenti giuridici. Tra diritto nazionale, diritto dell'Unione europea e Cedu*, 2018
13. N. Posteraro, *Domande manifestatamente inaccoglibili e dovere di provvedere*, 2018

Sezione Classic

1. L. Giani, A. Police, *Itinerari interrotti. Il pensiero di Franco Ledda e di Antonio Romano Tassone per una ricostruzione del diritto amministrativo*, 2017

Finito di stampare nel mese di ottobre 2018
presso la Grafica Elettronica (Na)