

FASCICOLO 2/2024

Q L

**QUOTIDIANO
LEGALE**

**RIVISTA TRIMESTRALE
DI DIRITTO PUBBLICO
ISSN 2975-1985**

QUOTIDIANO LEGALE

Organigramma

DIRETTORE RESPONSABILE:

Fulvio Conti Guglia

DIRETTORI SCIENTIFICI:

Augusto Cerri (Professore Emerito in Diritto Pubblico, Università di Roma “La Sapienza”) – **Raffaele Chiarelli** (Professore Straordinario di Diritto Pubblico, Università degli Studi Guglielmo Marconi) - **Andrea De Lia** (Professore a contratto di Diritto Penale Università degli Studi di Cassino)

COMITATO DIRETTIVO:

Simone Budelli (Professore Associato di Diritto Pubblico, Università degli Studi di Perugia) – **Ruggiero Dipace** (Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, Università degli Studi del Molise) – **Gian Paolo Dolso** (Professore Associato di Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Trieste) – **Maria Dolores Ferrara** (Professoressa Associata di Diritto del Lavoro, Università degli Studi di Trieste) **Paolo Giangaspero** (Professore Ordinario di Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Trieste) – **Ludovico Mazzaroli** (Professore Ordinario di Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Udine) – **Roberto Miccù** (Professore Ordinario di Diritto Pubblico, Università di Roma “La Sapienza”).

COMITATO SCIENTIFICO:

Area Diritto Penale: **Giuseppe Losappio** (Professore Ordinario di Diritto Penale, Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”) – **Annamaria Peccioli** (Professoressa Ordinaria di Diritto Penale, Università degli Studi di Genova) – **Nicola Pisani** (Professore Ordinario di Diritto Penale, Università degli Studi di Teramo) – **Giandomenico Salcuni** (Professore Ordinario di Diritto Penale, Università degli Studi di Foggia) – **Andrea Sereni** (Professore Ordinario di Diritto Penale, Università degli Studi di Perugia)

Area Diritto Privato: **Luca Ballerini** (Professore Associato di Diritto Privato, Università degli Studi di Trieste) – **Francesco Longobucco** (Professore Ordinario di Diritto Privato, Università degli Studi “Roma Tre”) – **Ugo Salanitro** (Professore Ordinario di Diritto Privato, Università degli Studi di Catania)

Area Diritto Pubblico: **Paolo Bianchi** (Professore Ordinario di Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Camerino) – **Marco Brocca** (Professore Associato di Diritto Amministrativo, Università del Salento) – **Matteo Carrer** (Professore Associato di Diritto Pubblico, Università degli Studi di Bergamo) – **Stefano Ceccanti** (Professore Ordinario di Diritto Pubblico Comparato, Università di Roma “La Sapienza”) – **Salvatore Cimini** (Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Teramo) – **Antonio Colavecchio** (Professore Ordinario di Diritto

Amministrativo, Università degli Studi di Foggia) – **Luigi Colella** (Ricercatore Tipo B di Diritto Pubblico Comparato, Università degli Studi della Campania “L. Vanvitelli”) – **Daniela Di Paola** (Funzionario MIUR – Cultore di Diritto Amministrativo) – **Renato Federici** (già Professore Associato di Diritto Amministrativo, Università di Roma “La Sapienza”) – **Joseph F. C. Dimento** (Professore Emerito University of California, Irvine) – **Dimitri Giroto** (Professore Associato di Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Udine) – **Antonio Mitrotti** (Dottore di ricerca in Diritto Pubblico Comparato presso l’Università degli Studi di Teramo) – **Stefano Nespor** (Avvocato e Professore a contratto di Diritto Amministrativo Politecnico di Milano) – **Dante Flávio Oliveira Passos** (Professor Adjunto de Administracao, Universidade Estadual de Paraiba) – **Vincenzo Pepe** (Professore Ordinario in Diritto Pubblico Comparato, Università degli Studi della Campania “L. Vanvitelli”) – **Daniele Porena** (Professore Ordinario di Diritto Pubblico, Università degli Studi di Perugia) – **Corrado Procaccini** (Avvocato e Dottore di ricerca) – **Leonardo Salvemini** (Docente a contratto di Diritto Ambientale, Università degli Studi di Milano “Statale” – Politecnico di Milano – Università di Roma “La Sapienza”) – **Antonio Saporito** (Docente a contratto di Diritto Amministrativo, Università degli Studi Niccolò Cusano) – **Sara Spuntarelli** (Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Camerino) – **Mario Tocci** (Avvocato e Dottore di ricerca) – **Dario Elia Tosi** (Professore Associato di Diritto Pubblico Comparato, Università degli Studi di Torino) – **Daniele Trabucco** (Professore Associato di Diritto Costituzionale comparato presso la Libera Accademia degli Studi di Bellinzona) – **Gianluca Trenta** (Dottore di ricerca in Scienze Giuridiche e Politiche)

Area Diritto Tributario: **Assunta Iacolari** (Professoressa Associata di Diritto Tributario, Università degli Studi “Guglielmo Marconi”)

COMITATO DI REDAZIONE

Dario Immordino, Morena Luchetti, Gaia Gandolfi (coordinatrice), Giulia Gavagnin, Andrea Giocondi, Angelo Giraldi, Andrea Greco, Maria Elena Mancuso, Nicole Picozzi, Marco Terrei, Pierluigi Zarra (coordinatore).

La collaborazione con Quotidiano Legale è gratuita e volontaria. Può consistere nell’invio di articoli di qualsiasi genere o materie in qualche modo collegate al mondo giuridico (documentazione giuridica, sentenze, ordinanze, commenti etc.). Gli scritti e quant’altro inviato, anche se non pubblicati, non verranno restituiti. Invia una proposta di collaborazione o il pezzo alla seguente mail: [redazione @ quotidianolegale.it](mailto:redazione@quotidianolegale.it)

I professionisti che abbiano pubblicato articoli giuridici su QL possono richiedere il riconoscimento di crediti formativi direttamente tramite la [piattaforma online del CNF \(Leggi il REGOLAMENTO del 16 luglio 2014, n. 6\)](#).

QuotidianoLegale.it – nasce come supplemento di AmbienteDiritto.it dal 2020 inizia il suo percorso come Rivista Scientifica Autonoma

QUOTIDIANOLEGALE: *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*

Direttore Responsabile, Proprietario ed Editore, Fulvio Conti Guglia – Via Filangeri, 19 – 98078 Tortorici ME – C.F.:

CNTFLV64H26L308W – P.IVA 02601280833 – Pubblicata in Tortorici dal 2011.

Indice generale

Sommario

QUOTIDIANO LEGALE	1
<i>Organigramma</i>	<i>1</i>
<i>Indice generale</i>	<i>3</i>
PFAS: LA QUESTIONE NORMATIVA E AMMINISTRATIVA DEGLI INQUINANTI ETERNI.	
Claudia Marcolungo.....	4
LA VALUTAZIONE DELL'ENTITA' E LA VARIABILITA' DELLE ESPOSIZIONI A RADIAZIONI IONIZZANTI A SCOPO MEDICO DELLA POPOLAZIONE RESIDENTE.	
Giovanni Pasceri	26
LA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA IN MATERIA DI ABUSIVISMO E TUTELA DEL DEMANIO MARITTIMO.	
Fabio Taormina.....	32
IL REGOLAMENTO COMUNALE DEI SERVIZI SOCIALI E LA RIMODULAZIONE DELL'INDICATORE SOCIO-ECONOMICO EQUIVALENTE (ISEE). IL CASO DEI COMUNI DELLA REGIONE VENETO.	
Francesco Svigeli.....	46
ACCERTAMENTO DI COMPATIBILITÀ PAESAGGISTICA APPLICABILE IL SILENZIO ASSENSO AL PARERE DELLA SOPRINTENDENZA IL CONSIGLIO DI STATO BENEDICE IL DIFFICILE CONNUBIO TRA 17-BIS (L. 241/90) E 167 (D.LGS. 42/04). NOTA A MARGINE DELLA SENTENZA DEL CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VII, DEL 2 FEBBRAIO 2024, N. 1093.	
Lorenzo Bruno Molinaro.....	60
IL REATO DI TORTURA VERTICALE QUALE ARCHITRAVE DELLO STATO DI DIRITTO.	
Maddalena Claudia Del Re.	
LA CONVENZIONE DELLE NAZIONI UNITE SUI DIRITTI DELLE PERSONE CON DISABILITÀ NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE.	
Laura Saurino.....	108

PFAS: LA QUESTIONE NORMATIVA E AMMINISTRATIVA DEGLI INQUINANTI ETERNI¹.

Claudia Marcolungo²

Abstract [It]: I composti PFAS, anche detti “contaminanti eterni”, sfidano le tradizionali categorie giuridiche ancorate alle coordinate spazio-temporali, date le loro proprietà di persistenza, la loro ubiquità, l’incertezza definitoria e la mancanza di dati di conoscenza. In attesa dell’aggiornamento degli strumenti giuridici – normativi ed amministrativi – si rende necessario affrontare una contaminazione che sta assumendo dimensioni globali. Questa situazione in divenire non può tuttavia far dimenticare che l’ordinamento multilivello, internazionale, europeo e nazionale, offre già soluzioni interpretative e precetti per conoscere le dimensioni di questo fenomeno, per contrastare gli effetti avversi derivanti dalla produzione ed impiego di queste molecole chimiche, per guidare le differenti istituzioni coinvolte al fine di porre in essere un’azione preventiva e precauzionale che risulti efficace e ragionevole.

Abstract [En]: *PFAS, chemical compounds also known as “Forever chemicals” challenge traditional legal categories anchored in space-time coordinates, given their persistence properties, ubiquity, definitional uncertainty and lack of knowledge data. Pending the updating of legal instruments – regulatory and administrative – it is necessary to address a contamination that is taking on global dimensions. This evolving situation, however, cannot make us forget that the multilevel legal system, international, European and national, already offers interpretative solutions and precepts to know the dimensions of this phenomenon, to counteract the adverse effects resulting from the production and use of these chemical molecules, to guide the different institutions involved in order to put in place preventive and precautionary action that is effective and reasonable.*

Sommario: **1.** PFAS: i termini della questione. - **2.** Prime conclusioni. - **2.1.** Tutela delle acque potabili. - **2.2.** Tutela delle acque superficiali e sotterranee. - **2.3.** Tutela della catena alimentare. - **2.4.** Tutela dell’ambiente e delle matrici dall’inquinamento chimico da PFAS.

1. PFAS: i termini della questione.

Le sostanze per- e polifluoroalchiliche (PFAS) costituiscono un tema oggetto di incrementale attenzione in tutto il mondo sotto differenti prospettive. Ciò è dovuto alle loro caratteristiche

¹ Brunn H; Arnold G; Körner W; Rippen G; Steinhäuser KG; Valentin I, PFAS: forever chemicals—persistent, bioaccumulative and mobile. Reviewing the status and the need for their phase out and remediation of contaminated sites, Environmental Sciences Europe 2023, 35(1):20; Wang Z; DeWitt JC; Higgins CP; Cousins IT A Never-Ending Story of Per- and Polyfluoroalkyl Substances (PFASs)? Environ. Sci. Technol 2017, 51 (5), 2508–2518; Buck RC; Franklin J; Berger U; Conder JM; Cousins IT; de Voogt P; Jensen AA; Kannan K; Mabury SA; van Leeuwen SP Perfluoroalkyl and Polyfluoroalkyl Substances in the Environment: Terminology, Classification, and Origins. Integr Env. Assess Manage 2011, 7, 513–541.

² Glüge J; Scheringer M; Cousins I; DeWitt JC; Goldenman G; Herzke D; Lohmann R; Ng C; Trier X; Wang Z An Overview of the Uses of Per- and Polyfluoroalkyl Substances (PFAS). Environ. Sci. Process. Impacts 2020, (Accepted). 10.31224/osf.io/2eqac.

intrinseche³, cui si deve il loro successo ed ampio campo di utilizzo⁴, ma è determinato parimenti dalle problematiche conseguenze che il loro impiego e la loro ubiquitaria presenza provocano⁵. I composti PFAS, noti anche come Forever chemicals, ossia contaminanti eterni per la loro persistenza dovuta al legame fluoro-carbonio che li rende praticamente indistruttibili⁶, sono sostanze chimiche di origine antropica, inventati negli anni Quaranta ed inizialmente impiegati nel settore militare⁷. La loro produzione è aumentata esponenzialmente nei decenni, accompagnata dalla progressiva emersione degli effetti dannosi che il rilascio di queste sostanze chimiche comporta per l'ambiente e per la popolazione⁸. Parallelamente, da una parte le società produttrici di questi composti hanno sostituito i composti più pericolosi sul mercato⁹ e dall'altra si sono sviluppate numerosissime cause¹⁰ – civili e penali – in tutto il mondo a fronte dell'emersione delle conseguenze, sovente irreparabili, derivanti dal loro impiego e dei fenomeni di contaminazione riscontrati.

Tre possono essere indicati come fattori favorenti questo processo di consapevolezza collettiva del problema, nonostante i ritardi determinati dalle operazioni di cover up – ormai acclarati – posti in essere dalle industrie chimiche produttrici¹¹: I) la diffusione dei siti contaminati che tocca l'Italia, l'Europa e l'intero pianeta¹²; II) le maggiori evidenze scientifiche disponibili che hanno portato, nel

³ Fenton SE, Ducatman A, Boobis A, DeWitt JC, Lau C, Ng C, et al. 2021. Per- and polyfluoroalkyl substance toxicity and human health review: current state of knowledge and strategies for informing future research. *Environ Toxicol Chem* 40(3):606–630, PMID:10.1002/etc.4890; Sunderland EM, Hu XC, Dassuncao C, Tokranov AK, Wagner CC, Allen JG. 2019. A review of the pathways of human exposure to poly- and perfluoroalkyl substances (PFASs) and present understanding of health effects. *J Expo Sci Environ Epidemiol* 29(2):131–147.

⁴ Smith SJ, Lauria M, Higgins CP, Pennell KD, Blotevogel J, Arp HPH. The Need to Include a Fluorine Mass Balance in the Development of Effective Technologies for PFAS Destruction. *Environ Sci Technol*. 2024 Feb 13;58(6):2587-2590.

⁵ Dams R, Hintzer K. Industrial aspects of fluorinated oligomers and polymers. *Fluorinated Polymers*. 2. Applications. Vol 2. The Royal Society of Chemistry; 2016:1-31.

⁶ Lohmann R, Letcher RJ, The universe of fluorinated polymers and polymeric substances and potential environmental impacts and concerns, *Current Opinion in Green and Sustainable Chemistry*, <https://doi.org/10.1016/j.cogsc.2023.100795>.

⁷ Shi W, Zhang Z, Li M, Dong H, Li J. Reproductive toxicity of PFOA, PFOS and their substitutes: A review based on epidemiological and toxicological evidence. *Environ Res*. 2024 Feb 17;250:118485; Fabrello J, Ciscato M, Masiero L, Finos L, Valsecchi S, Polesello S, Bernardini I, Rovere GD, Bargelloni L, Massimo M, Patarnello T, Marin MG, Matozzo V. New compounds, old problems. The case of C6O4 – a substitute of PFOA – and its effects to the clam *Ruditapes philippinarum*. *J Hazard Mater*. 2021 Oct 15;420:126689.

⁸ Cfr l'articolo apparso su Time, il 12 luglio 2023, "Forever Chemical" Lawsuits Could Ultimately Eclipse the Big Tobacco Settlement, di Jeffrey Kluger.

⁹ Gaber N, Bero L, Woodruff TJ. The Devil they Knew: Chemical Documents Analysis of Industry Influence on PFAS Science. *Ann Glob Health*. 2023 Jun 1;89(1):37.

¹⁰ Si vedano le dettagliate mappe indicative delle situazioni critiche pubblicate da Greenpeace, Le Monde e EWG, disponibili liberamente on line sui rispettivi siti.

¹¹ IARC, International Agency for Research on Cancer. Volume 135: Perfluorooctanoic acid (PFOA) and perfluorooctanesulfonic acid (PFOS). Lyon, France; Nov 7–14, 2023. *IARC Monogr Identif Carcinog Hazards Hum* (in press).

¹² ome testimoniano la riduzione del TWI (tolerable weekly intake) da parte di EFSA, la cui evoluzione è riscontrabile in EFSA Panel on Contaminants in the Food Chain, Schrenk D, Bignami M, Bodin L, Chipman JK, del Mazo J, Grasl-Kraupp B, Hogstrand C, Hoogenboom LR, Leblanc J-C, Nebbia CS, Nielsen E, Ntzani E, Petersen A, Sand S, Vleminckx C, Wallace H, Barregård L, Ceccatelli S, Cravedi J-P, Halldorsson TI, Haug LS, Johansson N, Knutsen HK, Rose M, Roudot A-C, Van Loveren H, Vollmer G, Mackay K, Riolo F and Schwerdtle T, 2020. *Scientific Opinion on the risk to*

novembre 2023, lo IARC – International Agency of Research on Cancer – ad operare un innalzamento del livello di pericolosità di alcuni PFAS, i più noti, affermando la sicura cancerogenicità del PFOA e la probabile cancerogenicità del PFOS¹³, in linea di continuità con i limiti sempre più restrittivi adottati da altre Agenzie internazionali ed europee¹⁴; III) le svolte strategiche in materia ambientale che si riscontrano nel sistema multilevel ambientale¹⁵.

Le tre dinamiche qui accennate hanno favorito l'interesse verso il tema, hanno suscitato l'attenzione dei media in punto, hanno progressivamente allertato la cittadinanza, nazionale e mondiale, che chiede risposte ed azioni¹⁶.

Per un approccio più razionale al tema è opportuno separare i due piani, tra loro intimamente correlati, della produzione normativa e dell'azione amministrativa. Questi due piani vanno, a parer di chi scrive, mantenuti distinti per evitare semplificazioni ed approssimazioni nel definire i rispettivi campi di intervento, le potenzialità di azione e di misure praticabili nonché il perimetro delle corrispettive responsabilità.

Si è detto in precedenza come la presenza e le situazioni di contaminazione da PFAS emergano progressivamente nel tempo. Questa tendenza, evidentemente ancora in atto ed in continuo divenire, si è tradotta normativamente in una successione inarrestabile di restrizioni d'uso di queste molecole¹⁷. Una linea di adattamento giuridico-normativo che ha rincorso, e rincorre tutt'oggi, lo sviluppo di studi epidemiologici nelle comunità affette da questo inquinamento chimico¹⁸, la mappatura dei siti contaminati ancora lacunosa, un monitoraggio carente e sovente estemporaneo¹⁹.

Questo atteggiamento reattivo non si radica solamente in un habitus, purtroppo consueto, che connota la legislazione ambientale a tutti i livelli, ma poggia altresì sulla stessa ostica natura di questi composti chimici. In estrema sintesi, i PFAS sono estremamente sfuggitivi a chi li intenda ingabbiare all'interno delle categorie giuridiche esistenti od inquadrare nel tradizionale piano cartesiano con le

human health related to the presence of perfluoroalkyl substances in food. EFSA Journal 2020;18(9):6223, 391 pp. e l'attività posta in essere negli Stati Uniti da EPA: EPA's PFAS Strategic Roadmap: Second Annual Progress Report.

¹³ Chemicals Strategy for Sustainability – ECHA (europa.eu)

¹⁴ European civil society organisations launch the 'Ban PFAS manifesto', Julie Schneider, CHEMTrust, 12.10.2022

¹⁵ Thomas T, Malek A, Arokianathar J, Haddad E, Matthew J, Global Regulations Around PFAS: The Past, the Present and the Future, International Chemical Regulatory and Law Review. Volume 6, Issue 1 (2023) pp. 3 – 17

¹⁶ Shirke AV, Radke EG, Lin C, Blain R, Vetter N, Lemeris C, Hartman P, Hubbard H, Angrish M, Arzuaga X, Congleton J, Davis A, Dishaw LV, Jones R, Judson R, Kaiser JP, Kraft A, Lizarraga L, Noyes PD, Patlewicz G, Taylor M, Williams AJ, Thayer KA, Carlson LM. Expanded Systematic Evidence Map for Hundreds of Per- and Polyfluoroalkyl Substances (PFAS) and Comprehensive PFAS Human Health Dashboard. Environ Health Perspect. 2024 Feb;132(2):26001.

¹⁷ Salvatore D, Mok K, Garrett KK, Poudrier G, Brown P, Birnbaum L, Goldenman G, Miller M, Patton S, Poehlein M, Varshavsky J, and Corder A, Presumptive Contamination: A New Approach to PFAS Contamination Based on Likely Sources, Environmental Science & Technology Letters, 2022, 9(11), 983-99.

¹⁸ Cfr Fenton, ult. op. cit; Pelch K, Reade A, Kwiatkowski CF, Merced-Nieves FM, Cavalier H, Schultz K, Wolffe T, Varshavsky J, The PFAS-Tox Database: A systematic evidence map of health studies on 29 per- and polyfluoroalkyl substances, Environment International, Volume 167, 2022, 107408.

¹⁹ Cousins I, Vestergren R, Wang Z, Scheringer M, McLachlan MS, The precautionary principle and chemicals management: The example of perfluoroalkyl acids in groundwater, Environmental International, 2016, 94, 331-340.

coordinate spazio-temporali consuete. I PFAS sfidano lo spazio e il tempo: la loro persistenza, la loro mobilità, la loro tendenza al bioaccumulo e alla biomagnificazione, nonché la loro tossicità in via continua di definizione²⁰, mettono in crisi il diritto, sguarnito di fronte a tali sostanze quanto a strumenti. E', in altri termini, difficile inquadrare l'oggetto stesso della regolazione²¹.

Il legislatore – internazionale, europeo e nazionale – ha tentato di fronteggiare il problema approntando misure ad hoc, innalzando i livelli di sicurezza, creando guidelines o protocolli per equipaggiarsi al meglio davanti ad un problema i cui contorni appaiono ancora indefiniti. Parimenti, si evidenziano in alcuni casi i tentativi normativi di imporre il ricorso alle alternative eventualmente disponibili²², a guidare le procedure di messa in sicurezza o bonifica dei siti contaminati²³, a investire o favorire ricerca ed innovazione. Allo stato tuttavia la risposta normativa appare lacunosa, sia quanto a sostanze prese in considerazione²⁴; sia per l'assenza di un approccio integrato e sistemico²⁵; sia per i necessari tempi lunghi di legislazione e regolazione; sia per le resistenze riscontrate rispetto la stessa operatività del principio di precauzione²⁶.

Dal canto loro, anche il quadro di riferimento e l'azione amministrativa hanno palesato grandi difficoltà di approccio e risposta all'inquinamento emergente di questi composti eterni. Nell'incertezza normativa le pubbliche amministrazioni e le istituzioni pubbliche non sono riuscite a dipingere in modo efficace lo stato della contaminazione in essere, le matrici ambientali non sono

²⁰ Esempio ne è il ricorso a schiume antincendio PFAS free a seguito dei riscontri degli effetti avversi nei lavoratori del settore come avallato dalla monografia IARC n. 132 del 2023, Occupational exposure as a firefighter.

²¹ Cohen Hubal E.A, PFAS: Insights from Past Actions to Inform Today's Decisions, 2019, J Expo Sci Environ Epidemiol, 29, 129–130; Darlington R, Barth E, McKernan J. The Challenges of PFAS Remediation. Mil Eng. 2018 Jan 1;110(712):58-60.

²² A titolo esemplificativo basti qui rammentare come la direttiva europea 2020/2184 prenda in esame 20 PFAS e il decreto legislativo n. 18 del 2023 sulle acque potabili opti per la somma di 24 PFAS; come il Regolamento europeo sugli alimenti 2023/915 adotti una lista di cibi da monitorare predisponendo limiti per 4 sostanze PFAS e la loro somma; lo stesso TWI dell'EFSA guarda solamente a 4 composti PFAS.

²³ Kwiatkowski CF, Andrews DQ, Birnbaum LS, Bruton TA, DeWitt JC, Knappe D, Maffini MV, Miller M, Pelch KE, Reade A, Soehl A, Trier X, Venier M, Wagner C, Wang Z, Blum A, Scientific Basis for Managing PFAS as a Chemical Class, Environmental Science & Technology Letters, 2020,7(8), 532-543.

²⁴ National Academies of Sciences, Engineering, and Medicine; Health and Medicine Division; Division on Earth and Life Studies; Board on Population Health and Public Health Practice; Board on Environmental Studies and Toxicology; Committee on the Guidance on PFAS Testing and Health Outcomes. Guidance on PFAS Exposure, Testing, and Clinical Follow-Up. Washington (DC): National Academies Press (US); 2022 Jul 28. 2, Principles for Decision Making Under Uncertainty; McClenaghan, T, 2014, Precautionary Principle. In: Michalos, A.C. (eds) Encyclopedia of Quality of Life and Well-Being Research. Springer, Dordrecht.

²⁵ Dalmijn J, Glüge J, Scheringer M, Cousins IT. Emission inventory of PFASs and other fluorinated organic substances for the fluoropolymer production industry in Europe. Environ Sci Process Impacts. 2024 Feb 21;26(2):269-287. doi: 10.1039/d3em00426k. PMID: 38231136.

²⁶ Wang Z; Walker GW; Muir DCG; Nagatani-Yoshida K Toward a Global Understanding of Chemical Pollution: A First Comprehensive Analysis of National and Regional Chemical Inventories. Environ. Sci. Technol 2020, 54 (5), 2575–2584; Bond GG; Garny V Inventory and Evaluation of Publicly Available Sources of Information on Hazards and Risks of Industrial Chemicals. Toxicol. Ind. Health 2019, 35 (11–12), 738–751.

state ancora caratterizzate per avere una puntuale indicazione delle dimensioni del problema stesso²⁷. Manca ad oggi una mappatura sistematica delle fonti e delle tipologie di esposizione, dato che i dati esistenti sono eterogenei e puntiformi²⁸. Del pari è in ritardo o risulta parziale ogni forma di biomonitoraggio o studio epidemiologico, della popolazione generale o di quella esposta²⁹, in grado di chiarire le stesse condizioni ambientali, requisito ineludibile per il risk assessment e per ogni forma di intervento razionale sul territorio. Solamente con una prima consapevolezza della portata della presenza, diffusione e potenziale espansione è possibile definire una baseline di partenza a partire dalla quale valutare e costruire i differenti scenari di intervento, approntare misure idonee per evitare la cronicizzazione di una contaminazione come avvenuto in altri paesi e realtà³⁰. In questo senso non è possibile non rammentare come ci si trovi ad affrontare una classe di sostanze che, seppure diverse tra loro³¹, hanno in comune la caratteristica della persistenza³² nonché tempi di degradazione assai lunghi e costi di riparazione estremamente elevati³³.

Rebus sic stantibus, il ricorso al principio di precauzione, normativamente previsto nei differenti ordinamenti³⁴, appare ineludibile, non letto nella sua accezione emotiva, ma piuttosto nella sua

²⁷ Radke E, Wright JM, Christensen K, Lin CJ, Goldstone AE, Lemeris C, Thayer K, Epidemiology Evidence for Health Effects of 150 per- and Polyfluoroalkyl Substances: A Systematic Evidence Map, *Environmental Health Perspectives*, 2022, 130:9.

²⁸ Panieri E, Baralic K, Djukic-Cosic D, Buha Djordjevic A, Saso L. PFAS Molecules: A Major Concern for the Human Health and the Environment. *Toxics*. 2022 Jan 18;10(2):44.

²⁹ US EPA (United States Environmental Protection Agency) (2021) Our current understanding of the human health and environmental risks of PFAS. Per- and polyfluoroalkyl substances (PFAS) are a group of manufactured chemicals.

³⁰ Cousins IT, DeWitt JC, Glüge J, Goldenman G, Herzke D, Lohmann R, Ng CA, Scheringer M, Wang Z. The high persistence of PFAS is sufficient for their management as a chemical class. *Environ Sci Process Impacts*. 2020 Dec 16;22(12):2307-2312.

³¹ Goldenman G, Fernandes M, Holland M, Tugran T, Nordin A, Schoumacher C, McNeill A, The cost of inaction A socioeconomic analysis of environmental and health impacts linked to exposure to PFAS, 2019, Nordic Council of Ministers.

³² Si rimanda in tal senso agli art. 191 del TFUE, art. 301 del decreto legislativo n. 152 del 2006 e successive modifiche; al Considerando n. 9 della Direttiva 2020/2184 la quale testualmente recita: “i valori di parametro di cui alla presente direttiva si basano sulle conoscenze scientifiche disponibili e sul principio di precauzione e sono scelti al fine di garantire che le acque destinate al consumo umano possano essere consumate in condizioni di sicurezza nell’intero arco della vita, assicurando in tal modo un livello elevato di tutela della salute”, aggiungendo al Considerando n. 12 che: “Ove necessario per proteggere la salute umana nei rispettivi territori, gli Stati membri dovrebbero essere tenuti a fissare valori per parametri supplementari non compresi nell’allegato I, basandosi sul principio di precauzione.” Numerosi esempi si rinvencono nel diritto internazionale pattizio, come nella Convenzione di Helsinki sulla protezione e l’utilizzazione dei corsi d’acqua transfrontalieri e dei laghi internazionali, 1992, mentre è ancora dibattuta la qualificazione del principio di precauzione quale diritto consuetudinario. Anche la giurisprudenza unionale ha puntualizzato la portata di questo principio, infatti prima il Tribunale CE, nel 2002, cause riunite T-74/00 e altre, *Artegodan*, al punto 184 e poi la stessa Corte di giustizia, il 24 luglio 2003, hanno espressamente statuito che: “il principio di precauzione il quale impone “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.” La sentenza *Artegodan* è stata poi seguita dal Tribunale CE, 21 ottobre 2003, T-392/02, *Solvay*, punto 121 (con espressioni identiche) e consolidata nella giurisprudenza successiva.

³³ La letteratura in punto è sterminata, sia qui concesso citare, per la prospettiva che adotta, Raffaele Bifulco, *Diritto e generazioni future, Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, 2008, FrancoAngeli.

³⁴ Berthold TA, McCrary A, deVilleneuve S, Schramm M. Let’s talk about PFAS: Inconsistent public awareness about PFAS and its sources in the United States. *PLoS One*. 2023 Nov 16;18(11):e0294134.

declinazione logica, di ragionevole approccio prudentiale³⁵, inoltre avallato dagli esiti concordanti che da decenni scienza ed esperienza con i PFAS stanno fornendo sugli elementi di forte preoccupazione che queste sostanze destano³⁶.

Le amministrazioni sono conseguentemente chiamate, come già da tempo la Corte Costituzionale e la stessa Corte di Giustizia europea o la CEDU hanno stabilito³⁷, ad evitare il cortocircuito normativo, l'aggravamento della presenza di queste sostanze di origine antropica nelle diverse matrici ambientali, ricorrendo agli strumenti già esistenti e a loro disposizione. La predisposizione di limiti più cautelativi è già possibilità riconosciuta alla potestà legislativa regionale, terreno già dragato dalla Regione Veneto³⁸ e dalla Regione Piemonte³⁹. Il ricorso al riesame di permessi ed autorizzazioni amministrative ambientali, alla luce del mutato contesto o a fronte di situazioni in essere particolarmente preoccupanti, è via perseguibile senza forzature del sistema vigente⁴⁰. La richiesta di BAT, ossia di tecniche e tecnologie di avanguardia per garantire il contenimento dei danni alla fonte⁴¹, per evitare la propagazione della contaminazione in altre matrici, per dare risposta ad esigenze di salubrità ambientale e di salute pubblica⁴² è una strada assolutamente legittima. Infine, l'attivazione di misure di mitigazione del rischio⁴³ e la corretta valutazione dell'accettabilità dello status delle

³⁵ In punto si veda la consolidata posizione della Corte europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali sulla portata dell'art. 8, la quale ha sovente e da tempo rimarcato in tema di inquinamento industriale (Taskin c. Turchia – n. 46117/1999, Fadeyeva c. Russia – n. 55723/2000 e Giacomelli c. Italia – n. 59909/2000), il diritto di ciascun individuo al rispetto della propria abitazione, va inteso non solo nel senso di «reale spazio fisico, ma anche come pacifico godimento della stessa». Esso include anche elementi che fisici o concreti non sono, quali (rumori, emissioni, odori o altre forme di interferenza) i quali interferiscono con il pieno godimento di un soggetto della propria abitazione, di cui chiaramente i PFAS costituiscono una variante assai più impattante ed invadente. Le autorità nazionali, quando sono chiamate a prendere delle scelte in materia ambientale, devono compiere opportuni studi ed indagini in modo che gli effetti delle attività, che potrebbero danneggiare l'ambiente o violare i diritti delle persone, possano essere previsti e valutati in anticipo, così da garantire un giusto equilibrio tra l'interesse dell'individuo e quello della comunità in generale.

³⁶ D.G.R. n. 168 del 20 febbraio 2014 della Regione Veneto e D.G.R. n. 1590 del 3 ottobre 2017.

³⁷ Legge regione Piemonte n. 25/2021

³⁸ Come ha affermato lo stesso Consiglio di Stato, sezione V, nella sentenza n. 2495 del 18 maggio 2015, precisando che «Il principio di precauzione ambientale comporta l'obbligo delle autorità amministrative competenti di stabilire una tutela anticipata rispetto alla fase di applicazione delle migliori tecniche proprie del principio di prevenzione. Tale anticipazione, è del pari legittima in relazione ad un'attività potenzialmente pericolosa, idonea a determinare rischi che non sono oggetto di conoscenza certa, compresa l'ipotesi di danni che siano poco conosciuti o solo potenziali; rispetto ad una situazione di tal genere, il principio di precauzione impone che l'autorità amministrativa interessata ponga in essere un'azione di prevenzione anticipata rispetto al consolidamento delle conoscenze scientifiche.»

³⁹ Art. 191 TFUE e art. 3 ter del decreto legislativo n. 152 del 2006 come da integrazioni successive.

⁴⁰ Doveroso qui richiamare la portata ermeneutica e prescrittiva della riforma costituzionale degli art. 9 e 41 operata nel 2022 con Legge Costituzionale n. 1/2022.

⁴¹ Come si evince dall'Allegato II della Direttiva 2020/2184. Va comunque puntualizzato come il termine misure di mitigazione del rischio faccia riferimento ad un'ampia gamma di strumenti, vada inteso in senso ampio, spaziando dalla gestione sostenibile delle risorse naturali alla riduzione dei carichi e fattori di stress sulle matrici; da interventi di prevenzione del danno a quelli finalizzati a ridurre dimensione ed impatti, trovando specifica regolamentazione soprattutto all'interno dei diversi procedimenti autorizzativi ambientali, proprio a dar conto delle specificità di ogni situazione.

⁴² Si rimanda a tre manifesti sottoscritti da numerosi scienziati volti a sollevare l'attenzione pubblica e delle istituzioni sul tema della regolamentazione dei PFAS: Helsingor nel 2014, Madrid nel 2015 e Zurigo nel 2018.

⁴³ Le analisi SWOT e DPSIR sono solamente alcune fra gli strumenti analitici di valutazione più utilizzati in dottrina. La prima, per il campo qui in esame, è volta a guidare i processi di valutazione comparativa nelle pianificazioni di progetti

risorse naturali si radicano su un coacervo di disposizioni settoriali multilivello che possono e devono essere richiamate in situazioni specifiche di constatata o di potenziale contaminazione. La letteratura scientifica cresce esponenzialmente, sollecitando interventi ed approcci precauzionali⁴⁴, al contempo le ricerche si stanno sviluppando progressivamente ed incessantemente, permettendo comparazioni e condivisioni di buone pratiche o di soluzioni. Si tratta di ridurre impatti ed emissioni, ricorrendo a strumenti analitici già collaudati⁴⁵, allargando al contempo la disponibilità, la qualità, l'accessibilità e la fruibilità delle informazioni esistenti e dei dati su questo fenomeno che riveste, come detto, dimensioni globali. Si tratta inoltre di attivarsi per provvedere a interventi emergenziali, radicali, come la sostituzione, ad esempio, di fonti di approvvigionamento deteriorate, si tratti di acqua potabile o di terreni agricoli contaminati.

Non appare né giuridicamente appropriato né politicamente congruo trincerarsi dietro i tempi di implementazione delle direttive, l'assenza di limiti normativi, la non definitività delle evidenze esistenti. Le ragioni sottostanti a tale latitanza o al ritardo sono assolutamente ingiustificate, presupponendo un vuoto normativo che, alla prova dei fatti e alla luce delle norme settoriali che concorrono a definire il quadro normativo di riferimento, è solamente apparente, come si cercherà di illustrare nelle conclusioni in calce a questa relazione.

I PFAS rappresentano, senza alcun dubbio, un problema originale sotto certi aspetti: sono molecole che sfidano i tradizionali canoni interpretativi ed operativi del diritto e, forse, le stesse categorie giuridiche più risalenti. Queste sostanze sono ubiquitarie ed estremamente differenti tra loro, fattore già di complessità quanto a regolazione. Non solo, esiste una notevole disparità fra le sostanze regolate, quelle prodotte e quelle rilasciate in ambiente⁴⁶. A questo, va aggiunto un ulteriore elemento critico per l'operatore del diritto, sia esso legislatore o amministratore, ovvero le asimmetrie

ed interventi, verificando strengths, weaknesses, opportunities, threats, ovvero analizzando elementi di forza, debolezza, opportunità e minacce da tenere debitamente in considerazione allorquando si opera sul territorio o con pluralità di interessi; la seconda tende a delineare un framework di analisi all'interno del quali si verificano le relazioni e le possibili interferenze fra drivers, pressures, state, impact, and response, ovvero fra determinanti in grado di alterare l'equilibrio ambientale poiché espressione di bisogni e necessità che si traducono in pressioni nel senso di attività di origine antropica che impattano sulla condizione ambientale, sia quantitativamente e sia qualitativamente, inducendo effetti ed attivando risposte di intervento.

⁴⁴ Come emerge già a prima lettura visionando Interactive Map: Suspected industrial discharges of PFAS (ewg.org)

⁴⁵ Ameduri B, Fluoropolymers: A special class of per- and polyfluoroalkyl substances (PFASs) essential for our daily life, *Journal of Fluorine Chemistry*, Volume 267, 2023, 110117; si tratta di un articolo interessante per il sostegno alla loro imprescindibilità nonostante ancora la base informativa non sia corposa. Di diverso avviso Lohmann R, Cousins IT, DeWitt JC, Glüge J, Goldenman G, Herzke D, Lindstrom AB, Miller MF, Ng CA, Patton S, Scheringer M, Trier X, Wang Z. Are Fluoropolymers Really of Low Concern for Human and Environmental Health and Separate from Other PFAS? *Environ Sci Technol*. 2020 Oct 20;54(20):12820-12828.

⁴⁶ Cousins IT, Johansson JH, Salter ME, Sha B, Scheringer M, Outside the Safe Operating Space of a New Planetary Boundary for Per- and Polyfluoroalkyl Substances (PFAS), *Environmental Science & Technology*, 2022,56(16), 11172-11179.

informative esistenti fra il settore industriale della chimica del fluoro⁴⁷, che riducono in modo sensibile la capacità dei poteri pubblici di far fronte ad un fenomeno ad oggi incontrollato ed incontrollabile⁴⁸. Mancano inoltre moduli organizzativi idonei per la gestione delle risorse naturali volte ad avere contezza delle incidenze di questi composti, considerando la molteplicità delle fonti, il loro destino e la loro pervasività⁴⁹. Si pensi solo alle emissioni dei PFAS in aria⁵⁰ e nel comparto idrico⁵¹; oppure alle deposizioni al suolo⁵² e alla contaminazione dei terreni agricoli⁵³ e, di concerto, della filiera alimentare⁵⁴; o si ponga mente al settore irriguo⁵⁵, agli allevamenti⁵⁶ e alla spinosa questione dei fanghi di lavorazione⁵⁷, del percolato di discarica e del reimpiego delle acque reflue⁵⁸.

Come è facile riscontrare è tempo di agire, di riunire risorse e competenze per affrontare una contaminazione troppo a lungo negata ed accantonata.

⁴⁷ Brase RA, Mullin EJ, Spink DC. Legacy and Emerging Per- and Polyfluoroalkyl Substances: Analytical Techniques, Environmental Fate, and Health Effects. *Int J Mol Sci.* 2021 Jan 20;22(3):995.

⁴⁸ D'Ambro E, Pye H, Bash J, Bowyer J, Allen C, Gilliam RC, Reynolds L, Efstathiou C, Talgo K, Murphy B. Characterizing the Air Emissions, Transport, and Deposition of Per- and Polyfluoroalkyl Substances from a Fluoropolymer Manufacturing Facility, *Environmental Science & Technology*, 2021,55(2), 862-870.

⁴⁹ Abunada Z, Alazaiza MYD., Bashir MJK. An Overview of Per- and Polyfluoroalkyl Substances (PFAS) in the Environment: Source, Fate, Risk and Regulations. *Water*, 2020;12:3590.

⁵⁰ Dauchy X, Evidence of large-scale deposition of airborne emissions of per- and polyfluoroalkyl substances (PFASs) near a fluoropolymer production plant in an urban area, *Chemosphere*, Volume 337, 2023, 139407.

⁵¹ Ehsan M, Riza M, Pervez MN, Li C, Zorpas A, Naddeo V, PFAS contamination in soil and sediment: Contribution of sources and environmental impacts on soil biota, *Case Studies in Chemical and Environmental Engineering*, Volume 9, 2024, 100643; Costello, M.C.S., Lee, L.S. Sources, Fate, and Plant Uptake in Agricultural Systems of Per- and Polyfluoroalkyl Substances. *Curr Pollution Rep*, 2020, <https://doi.org/10.1007/s40726-020-00168-y>.

⁵² Ingelido A.M., Abballe A., Gemma S., Dellatte E., Iacovella N., De Angelis G., Marra V., Russo F., Vazzoler M., Testai E., et al. Serum concentrations of perfluorinated alkyl substances in farmers living in areas affected by water contamination in the Veneto Region (Northern Italy), *Environ. Int.*, 2020;136:105435.

⁵³ Zhang M, Wang P, Lu Y, Shi Y, Wang C, Sun B, Li X, Song S, Yu M, Zhao J, Du D, Qin W, Wang T, Han G, Liu Z, Baninla Y, Zhang A, Transport and environmental risks of perfluoroalkyl acids in a large irrigation and drainage system for agricultural production, *Environment International*, Volume 157, 2021, 106856.

⁵⁴ Sulle indesiderate conseguenze del mancato controllo e della contaminazione da PFAS, appare illuminante questo atto del Congresso USA per la tutela dei lavoratori nel settore agroalimentare: Text – H.R.1517 – 118th Congress (2023-2024): Relief for Farmers Hit with PFAS Act | [Congress.gov](https://www.congress.gov) | Library of Congress

⁵⁵ In punto la normativa applicabile è risalente soprattutto a fronte delle conoscenze progressivamente acquisite nel tempo, la direttiva europea di riferimento per l'utilizzo dei fanghi in agricoltura è la n. 278 del 1986 con la correlata normazione nazionale del decreto legislativo n. 99 del 1992 che si affianca alla normativa sui rifiuti, recentemente emendata con il Regolamento 2400 del 2022 che introduce limiti espliciti e maggiormente rigorosi per i rifiuti che contengono inquinanti organici persistenti (POPs) ai sensi del Regolamento 2019/1021, indicando tuttavia il numero irrisorio di 3 PFAS.

⁵⁶ Kurwadkar S, Dane J, Kanel SR, Nadagouda MN, Cawdrey RW, Ambade B, Struckhoff GC, Wilkin R, Per- and polyfluoroalkyl substances in water and wastewater: A critical review of their global occurrence and distribution, *Science of The Total Environment*, Volume 809, 2022, 151003.

⁵⁷ Corder A, Goldenman G, Birnbaum LS, Brown P, Miller MF, Mueller R, Patton S, Salvatore DH, Trasande L. The True Cost of PFAS and the Benefits of Acting Now. *Environ Sci Technol.* 2021 Jul 20;55(14):9630-9633. Erratum in: *Environ Sci Technol.* 2021 Sep 21;55(18):12739.

⁵⁸ Tutti i soggetti elencati concorrono, per il profilo gestionale che compete loro, a rispettare i criteri che ne debbono informare l'attività, ovvero la salvaguardia delle aspettative e dei diritti delle generazioni future a fruire di un patrimonio ambientale che sia integro, non pregiudicando la vivibilità, le risorse naturali, il biota, i processi geomorfologici e i delicati equilibri ecosistemici quali quelli idrogeologici.

Le problematiche declinazioni ed articolazioni del tema non possono tuttavia giustificare l'inazione dei pubblici poteri⁵⁹, la cui funzione, in tal caso, verrebbe disattesa, e neppure limitare le responsabilità, nel corrispondere un servizio qualitativamente adeguato, in capo ai soggetti gestori dei servizi idrici integrati, i consorzi di bonifica o gli enti e le società deputate agli impianti di trattamento di acque e rifiuti⁶⁰.

Vincoli alla localizzazione degli impianti, limiti di accettabilità delle sostanze, monitoraggi sistematici e prescrizioni specifiche, ordinanze necessitate sono solo alcuni dei possibili strumenti a disposizione dei diversi attori richiamati, tesi a rendere effetti ed a correttamente implementare principi normativi di ampia portata e di indiscutibile valore precettivo: dalla cornice costituzionale recentemente aggiornata sulla tutela ambientale al corpus dei diritti umani; dal principio della leale collaborazione fra livelli istituzionali al *do not harm principle*; dal forte valore politico delle strategie europee alla pregnanza semantica dei principi di prevenzione e precauzione; dal contenimento dei danni alla fonte al principio del "chi inquina paga". Rispetto quest'ultimo è inoltre bene ricordare come la reazione successiva all'inquinamento sia da considerarsi come *ultima ratio*, non debba convertirsi automaticamente in un *lasciapassare* per condotte illegittime, in una sorta di lassismo istituzionale. Troppo spesso invocare questo principio ha condotto alla monetizzazione delle esternalità negative dei danni ambientali⁶¹, pratica già più volte stigmatizzata dalle Corti⁶². Di recente, sempre più spesso sono proprio le Corti ad essere chiamate a sancire le responsabilità degli attori pubblici per inazione⁶³.

Vanno infine precisati, prima di passare alla parte conclusiva dedicata ad evidenziare i richiami normativi e giurisprudenziali che sottendono una attivazione tempestiva ed efficace per contrastare la contaminazione da PFAS, alcuni aspetti di importanza centrale: la necessità di una pianificazione costruita su scale temporali diverse, atta a superare la visione miope e di breve termine che spesso

⁵⁹ Comunicazione della Commissione europea, Linee guida per un'interpretazione comune del termine «danno ambientale» di cui all'articolo 2 della direttiva 2004/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale (2021/C 118/01)

⁶⁰ Illuminante in tal senso è la pronuncia della Corte di Assise d'Appello di Torino del 20 giugno 2018, confermata dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 2384/2019, IV sezione penale, con la quale si condanna la società Solvay Solexis per disastro ambientale, criticando l'approccio ministeriale alla richiesta di danno ambientale per equivalente pecuniario ed invitando il Ministero dell'ambiente ad identificare nello specifico le misure di riparazione.

⁶¹ Anche in Italia nel 2021 è stata presentata la prima causa per inazione climatica sulla scia della nota giurisprudenza attivata dal caso Urgenda del 2019, è comunque prevista dal nostro ordinamento la possibilità di invocare la responsabilità extracontrattuale nei confronti delle pubbliche amministrazioni le quali, omettendo di agire rispetto ai compiti loro attribuiti, determinano danni a terzi, potendosi configurare un illecito aquiliano ex art. 2043 del codice civile.

⁶² Ringquist E.J. Assessing evidence of environmental inequities: A meta-analysis. *J. Policy Anal. Manag.* 2005;24:223–247; Gochfeld M, Burger J. Disproportionate exposures in environmental justice and other populations: the importance of outliers. *Am J Public Health.* 2011 Dec;101 Suppl 1:S53-63.

⁶³ In tema indispensabile è il rimando al Rapporto presentato il 12 gennaio 2012 dallo Special Rapporteur delle Nazioni Unite David Boyd, *The right to a clean, healthy and sustainable environment: non-toxic environment*, Report of the Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment.

soggiace alla tutela ambientale da parte dei decisori politici; la sussistenza di una “geografia dello svantaggio sociale”, che acuisce fenomeni e zone di sacrificio⁶⁴, in esplicita violazione di alcuni corollari del nostro ordinamento: la salvaguardia del principio di uguaglianza e dei diritti umani⁶⁵.

Prime conclusioni

Si tenta qui di verificare quali cornici normative consentano ed obblighino, ad oggi, i pubblici poteri nel confrontarsi con le diverse sfaccettature ed implicazioni del problema dei PFAS. Per una migliore comprensione della gamma di possibilità sussistenti in capo alle pubbliche autorità e per una maggiore razionalità nel loro sviluppo, risulta agevole operare una scansione temporale delle azioni, anche avendo riguardo alla loro scala, dimensione e livello di priorità.

In estrema sintesi, gli interventi e le misure da approntare possono collocarsi in: a) una prima fase volta al passato atta a delimitare la portata del fenomeno di contaminazione, operando un check up di contesto ed individuando le vulnerabilità esistenti, coniugando la conoscenza di fattori di prossimità alla fonte contaminante storica⁶⁶ con quelli derivanti dal maggior carico di rischio; b) un secondo passaggio volto ad aggiornare la situazione esistente, definendo con un grado di maggior dettaglio l’individuazione delle fonti, i volumi di produzione e/o rilascio delle sostanze PFAS, il quantum e la caratterizzazione dei vari composti⁶⁷; c) una fase ulteriore finalizzata al controllo accurato delle

⁶⁴ Brusseau M.L., Anderson R.H., Guo B. PFAS concentrations in soils: Background levels versus contaminated sites. *Sci. Total Environ.* 2020;740:140017.

⁶⁵ A tal fine è opportuno che tutte le amministrazioni, agenzie ed istituti interessati raccolgano e dispongano di dati aggiornati, congrui, validati e rafforzati, se possibile, da un sistema di triangolazione del dato, attestante l’assenza di eventuali compromissioni e l’oggettività.

⁶⁶ Questi strumenti sono specificamente regolamentati all’interno della parte V del decreto legislativo n. 152 del 2006 che prevede, nell’ambito dei procedimenti ed interventi volti a portare alla bonifica dei siti contaminati, una serie di misure di messa in sicurezza: I) la MISO (art 240 lettera n) è la messa in sicurezza operativa, indicata espressamente come “l’insieme degli interventi eseguiti in un sito con attività in esercizio atti a garantire un adeguato livello di sicurezza per le persone e per l’ambiente, in attesa di ulteriori interventi di messa in sicurezza permanente o bonifica da realizzarsi alla cessazione dell’attività. Essi comprendono altresì gli interventi di contenimento della contaminazione da mettere in atto in via transitoria fino all’esecuzione della bonifica o della messa in sicurezza permanente, al fine di evitare la diffusione della contaminazione all’interno della stessa matrice o tra matrici differenti. In tali casi devono essere predisposti idonei piani di monitoraggio e controllo che consentano di verificare l’efficacia delle soluzioni adottate”; II) la MISP (art 240 lettera o), messa in sicurezza permanente per la quale si attiva “l’insieme degli interventi atti a isolare in modo definitivo le fonti inquinanti rispetto alle matrici ambientali circostanti e a garantire un elevato e definitivo livello di sicurezza per le persone e per l’ambiente. In tali casi devono essere previsti piani di monitoraggio e controllo e limitazioni d’uso rispetto alle previsioni degli strumenti urbanistici”; III) infine, per i casi emergenziali, la MISE (art 240 lettera m), che, stante le peculiarità della situazione stessa, indica “ogni intervento immediato o a breve termine, da mettere in opera nelle condizioni di emergenza di cui alla lettera t) in caso di eventi di contaminazione repentini di qualsiasi natura, atto a contenere la diffusione delle sorgenti primarie di contaminazione, impedirne il contatto con altre matrici presenti nel sito e a rimuoverle, in attesa di eventuali ulteriori interventi di bonifica o di messa in sicurezza operativa o permanente”.

⁶⁷ Non va dimenticato come esista una puntuale normativa in materia di rischio chimico, che impone ai diversi operatori economici l’attestazione delle sostanze e dei processi impiegati per contenere i rischi correlati; definisce una serie di obblighi informativi, specifiche operative e progettuali e misure di prevenzione e precauzione, volte a minimizzare la possibilità di rilasci pericolosi, di contaminazioni ambientali e di rischi per lavoratori e terzi. A questo plesso normativo nazionale si affiancano gli strumenti vincolanti del Regolamento REACH (1907/2006) e di quello CLP (1272/2008), entrambi forieri di numerose prescrizioni che impongono tutta una serie di misure di cautela. In tale cornice la valutazione del rischio chimico determina la necessaria analisi delle condizioni di esposizione alle sostanze chimiche che vengono utilizzate e la verifica della sussistenza dei pericoli connessi. Ne consegue una responsabilità precisa che implica anche

emissioni e la mappatura dei siti contaminati con la contestuale presa in carico delle situazioni emergenziali mediante provvedimenti di messa in sicurezza⁶⁸; d) a questo punto si passa dall'ottica di breve termine a interventi e ai piani di più ampio respiro e gittata, attraverso una serie di attività correlate quali il riesame delle autorizzazioni ambientali alla luce della mutata situazione, l'eventuale richiesta di impiego di BAT nella produzione, utilizzo o trattamento dei composti PFAS, le misure volte ad abbattere o mitigare i rilasci⁶⁹; e) da ultimo, in una prospettiva a medio-lungo termine, si rende necessario attivarsi per ridurre, da un lato, la contaminazione mediante interventi di bonifica e riparazione del danno causato e, dall'altro, ridurre la contaminazione mediante le restrizioni all'uso⁷⁰ e la presa in carico ad opera del servizio sanitario della popolazione esposta, anche predisponendo screening, studi di biomonitoraggio, programmi di sorveglianza sanitaria e studi epidemiologici⁷¹.

Le azioni così inquadrare lungo un ipotetico asse temporale rispondono al contempo a differenti esigenze e normative settoriali, legate alla finalità delle misure stesse, alla matrice considerata, al riparto stesso di competenze normative ed amministrative. Tutto ciò premesso quanto all'inquadramento teorico degli interventi, risulta ora utile operare una analisi operativa dello strumentario disponibile e delle condizioni di applicabilità ed implementazione, utile anche a superare il mero approccio del controllo ispettivo o ex post, incapace, alla prova dei fatti, di fronteggiare l'inquinamento derivante da questi inquinanti eterni.

2.1. Tutela delle acque potabili

quella del medico deputato alla sorveglianza sanitaria e l'attivazione effettiva nell'approntare misure di riduzione e contrasto del rischio chimico. Appare inoltre congruo adottare un approccio che non si riduca alla pedissequa osservanza del contenuto delle schede di sicurezza, ma vagli l'esposizione complessiva e i cofattori di rischio sussistenti per individui ed ambiente (art 221 e successivi del decreto legislativo n. 81/2008).

⁶⁸ Le restrizioni all'uso possono conseguire – come ha dimostrato il caso della 3M – da dismissione progressiva su base volontaria da parte delle società chimiche produttrici (mediante i cd. Stewardship programs); da scelte etiche e di marketing (come testimoniano le cd. Campagne PFAS-free delle società che non utilizzano PFAS nei loro prodotti); da normative restrittive adottate da Stati nazionali (come avvenuto in Danimarca per il cd food packaging nel 2020); da limitazioni e misure più stringenti poste in essere dalle pubbliche amministrazioni (come nel caso delle ordinanze di divieto temporaneo di consumo di determinati alimenti).

⁶⁹ Sulle implicazioni si rimanda a Bianchi F, Forastiere F, Terracini B, Valutazioni di impatto sanitario, sorveglianza epidemiologica e studi di intervento nelle aree a rischio, *Epidemiologia e prevenzione*, 2013, 37(6), 1-3. Per un'ampia disamina dei profili concernenti esposizione, patologie, associazioni e correlazioni, è indispensabile fare riferimento agli esiti del Progetto Sentieri, Studio epidemiologico nazionale dei territori e degli insediamenti esposti a rischio da inquinamento. Sesto Rapporto, 2023.

⁷⁰ Direttiva (UE) 2020/2184 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2020 concernente la qualità delle acque destinate al consumo umano.

⁷¹ Decreto Legislativo 23 febbraio 2023, n. 18, Attuazione della direttiva (UE) 2020/2184 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2020, concernente la qualità delle acque destinate al consumo umano.

Occorre partire dal concetto di potabilizzazione, per poi ricostruire, seppure in estrema sintesi, le molteplici fonti di riferimento e concludere puntualizzando la portata precettiva della Direttiva n. 2184 del 2020⁷² ed il decreto legislativo della sua implementazione in Italia, n. 18 del 2023⁷³.

La definizione di acqua potabile, idonea al consumo umano, implica ex se una mole di dati empirici funzionali a definire la composizione stessa della risorsa idrica in termini qualitativi. E' del tutto evidente che la presenza di composti chimici definiti persistenti organici⁷⁴ od interferenti endocrini⁷⁵, oppure il riscontro di sostanze qualificate come certamente cancerogene o probabilmente tali⁷⁶ mina tale potabilità.

E' norma vigente l'obbligo di proteggere la salute umana dagli effetti negativi derivanti dalla contaminazione delle acque destinate al consumo umano, garantendone la salubrità e pulizia, dove col termine salubre si intende l'assenza di sostanze che possano rappresentare un potenziale pericolo per la salute umana⁷⁷. Gli effetti avversi summenzionati costituiscono indiscutibilmente una minaccia per lo stato di salute delle persone, a maggior ragione se soggetti vulnerabili od individui già con sostenuti livelli di concentrazione interna di PFAS⁷⁸.

Non si tratta di una norma o di un obbligo correlato che entrerà in vigore solo il 12 gennaio 2026, come purtroppo sovente si sente ripetere a sproposito rimandando ad una sorta di vacuum legislativo, ma è diritto vigente, affiancato dalla riconosciuta possibilità per le Regioni di prefissare limiti maggiormente restrittivi avendo riguardo alle specifiche circostanze territoriali ed all'esposizione pregressa della popolazione⁷⁹. La semplice presenza di sostanze chimiche di origine antropica,

⁷² Le preoccupazioni riguardo i PFAS come classe di molecole sono chiaramente spiegate dalle stesse Nazioni Unite (Per- and Polyfluoroalkyl Substances (PFASs) | UNEP – UN Environment Programme) con la precisazione che a fronte di un largo numero di sostanze PFAS solo 3 siano ad oggi regolamentate dalla Convenzione di Stoccolma del 2001 sugli inquinanti organici persistenti (POPs). Le perplessità sono ben documentate in dottrina: Klingelhöfer D, Braun M, Groneberg DA, Brüggmann D. The “forever” per- and polyfluoroalkyl substances (PFAS): A critical accounting of global research on a major threat under changing regulations. *Chemosphere*. 2024 Mar 12;354:141694; Yu Y, Wang S, Yu P, Wang D, Hu B, Zheng P, Zhang M. A bibliometric analysis of emerging contaminants (ECs) (2001-2021): Evolution of hotspots and research trends. *Sci Total Environ*. 2024 Jan 10;907:168116.

⁷³ Marchiandi J, Alghamdi W, Dagnino S, Green MP, Clarke BO. Exposure to endocrine disrupting chemicals from beverage packaging materials and risk assessment for consumers. *J Hazard Mater*. 2024 Mar 5;465:133314; cfr. Zero pollution in drinking water: endocrine disrupting chemicals on new watch list of pollutants – European Commission (europa.eu).

⁷⁴ Vedi nota 11

⁷⁵ Trattasi di principio ed obbligo a carattere generale, di cui alla Direttiva UE 2020/2184, con riferimento alla Direttiva Framework 2000/60. Lettura che non può essere limitata allo stretto perimetro della dichiarazione di pericolosità di un composto pena la conseguenza di rendere inefficace la salvaguardia del diritto costituzionale ed umano alla salute.

⁷⁶ Xuan Mao, Yujiao Liu, Yongyi Wei, Xiaodi Li, Yin Liu, Gaoxing Su, Xiaohong Wang, Jianbo Jia, Bing Yan, Threats of per- and poly-fluoroalkyl pollutants to susceptible populations, *Science of The Total Environment*, Volume 921, 2024, 171188.

⁷⁷ Allegato I del d.lgs 18/2023.

⁷⁸ Darlington R., Barth E., McKernan J. The Challenges of PFAS Remediation. *Mil. Eng*. 2018;110:58–60.

⁷⁹ Per una interessante riflessione sul tema cfr. Morrone A, L'«ambiente» nella Costituzione. Premesse di un nuovo «contratto sociale», in AAVV, La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente. Atti del Convegno AIDAmbiente del 28 gennaio 2022, Napoli, Edit. Scient., 2022, p. 96; Bertolissi M, Amministratori, non proprietari dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, *Federalismi.it*, n. 6/2023, pp. 24 ss.

eliminabili con estrema difficoltà dalla filiera idro-potabile è costitutivamente effetto di eventi pericolosi da evitare⁸⁰.

La tutela della filiera idropotabile non si radica unicamente su un decreto legislativo che rifonde il diritto europeo, non si colloca in un limbo operativo fino alla prefigurazione dei limiti ai PFAS, ma trova fondamento in un livello assai più alto: nella Costituzione italiana⁸¹, nel diritto internazionale con la formulazione dei diritti umani⁸², in svariate normative pattizie⁸³. Disposizioni che implicano l'assunzione di responsabilità dei diversi apparati nell'ambito delle proprie competenze. Inoltre questo obbligo di assicurare la potabilità effettiva dell'acqua come inidoneità a provocare potenzialmente un danno alla salute umana impone alle autorità pubbliche di implementare un controllo olistico di eventi pericolosi e pericoli di diversa origine e natura⁸⁴, anche considerando eventuali costi aggiuntivi derivanti dall'inazione, come l'esperienza pregressa della sottovalutazione dell'emergenza PFAS testimonia⁸⁵.

In tale prospettiva trovano collocazione i Piani di sicurezza delle acque (PSA)⁸⁶, strumenti cogenti tesi a valutare, prevedere e gestire il rischio per l'approvvigionamento idrico, mediante parametri inseriti negli allegati, grazie anche allo strumento dell'elenco di controllo ma altresì attraverso il

⁸⁰ Per i profili specifici di violazione dei diritti umani cfr. Near-final draft 4_25_2023 (berkeley.edu)

⁸¹ In merito vi è un ricco panorama di Convenzioni e trattati internazionali sottoscritti al fine di salvaguardare risorse naturali da svariate forme di inquinamento, ma, per ciò che qui rileva, assumono un ruolo cardine alcune Convenzioni (Rotterdam, Basilea oltre alla summenzionata Stoccolma), il Protocollo di Montreal e la decisione 19/13 C, del 7 febbraio 1997, del Consiglio direttivo del Programma delle Nazioni Unite per l'ambiente. La Convenzione di Rotterdam del 1998 (PIC) disciplina il Prior informed consent fra gli Stati Parte e definisce le responsabilità e le modalità di collaborazione nel commercio internazionale delle sostanze chimiche pericolose; la Convenzione di Basilea è volta a regolamentare il commercio di rifiuti pericolosi e il loro spostamento transfrontaliero ponendo una serie di misure atte a limitare i rischi che ne possono conseguire; il Protocollo di Montreal, datato 1987, mira alla protezione dell'ozono dai gas climalteranti, di cui gli Fgases rappresentano un significativo ambito di interesse. Infine, la decisione 19/13 richiamata, del Consiglio direttivo del Programma delle Nazioni Unite per l'ambiente (UNEP) afferma con decisione l'esigenza di intraprendere efficaci azioni per ridurre o eliminare, su scala mondiale, le emissioni di inquinanti organici persistenti.

⁸² Cfr direttiva 2184 del 2020 che modifica il disposto della Direttiva 1787 del 2015 su elenchi di controllo, monitoraggio emergenti; va sottolineato che i parametri indicatori richiedono di essere interpretati non come attestazione di rischio in essere ma come indici sintomatici di una alterazione della qualità dell'acqua, che, in quanto tale, risulta meritevole di attenzione e dei necessari approfondimenti.

⁸³ Ling AL, Estimated scale of costs to remove PFAS from the environment at current emission rates, *Science of the Total Environment* 918 (2024) 170647; The cost of inaction (norden.org).

⁸⁴ Istituto di grande importanza introdotto nel 2017 con DM 14 giugno 2017 del Ministero della Salute di concerto con il Ministero dell'Ambiente, in recepimento del portato della Direttiva europea n. 1787 del 2015 che riconosce una serie di responsabilità in capo alle Regioni e ai gestori della filiera idropotabile in termini di prevenzione e controllo.

⁸⁵ Rapporto ISTISAN 22/33, Istituto Superiore di Sanità, Linee guida nazionali per l'implementazione dei Piani di Sicurezza dell'Acqua. Gruppo Nazionale di lavoro per la redazione delle Linee guida nazionali per l'implementazione dei PSA, 2022.

⁸⁶ Nell'incipit della quale, recepita nell'ordinamento italiano ed europeo, si leggono testualmente le seguenti parole: "RICONOSCENDO che gli inquinanti organici persistenti possiedono proprietà tossiche, resistono alla degradazione, sono soggetti a bioaccumulo e sono trasportati dall'aria, dall'acqua e dalle specie migratorie attraverso le frontiere internazionali e depositati lontano dal luogo di emissione, ove si accumulano negli ecosistemi terrestri e acquatici; CONSAPEVOLI dei problemi sanitari, segnatamente nei paesi in via di sviluppo, derivanti dall'esposizione agli inquinanti organici persistenti a livello locale, e in particolare dell'impatto sulle donne e, attraverso di loro, sulle generazioni future".

ricorso a parametri supplementari, basandosi sul principio di precauzione, considerando l'approccio basato sul rischio sito-specifico e la necessità di proteggere la salute umana⁸⁷. La presenza di sostanze non ancora normate, alcune delle quali regolate dalla Convenzione POPs⁸⁸, oppure qualificate SVHC⁸⁹, od inquadrabili in termini di rischio mediante il ricorso al criterio del relative potency factor (RPF)⁹⁰ è un fattore di potenziale disturbo della salute umana che, in quanto tale, va monitorato, registrato e possibilmente eluso⁹¹.

Ed è precisamente la tutela della salute pubblica – individuale e collettiva – il principio-motore dell'azione pubblica di fronte al fenomeno della presenza di PFAS: come recitano i Piani nazionali di prevenzione (PNP) in materia sanitaria e la loro specifica declinazione regionale (PRP)⁹²; come implicano le stesse funzioni di soggetti pubblici quali le Aziende sanitarie locali (ASL), le Direzioni Prevenzione e sicurezza alimentare e veterinaria delle Regioni, oppure i vari dipartimenti od apparati tecnico scientifici a supporto dell'azione pubblica, tra i quali le ARPA.

Questa galassia di articolazioni amministrative e il legislatore stesso hanno il dovere funzionale di attivarsi per fronteggiare il problema dell'esposizione incrementale che questi contaminanti eterni e

⁸⁷ L'art. 57 del regolamento REACH definisce come SVHC le sostanze riconosciute come cancerogene, mutagene, tossiche per la riproduzione (CMR), oppure come persistenti, bioaccumulabili e tossiche (PBT), oppure come molto persistenti, molto bioaccumulabili (vPvB) o come sostanze con proprietà di interferenti endocrini.

⁸⁸ Bil W, Ehrlich V, Chen G, Vandebriel R, Zeilmaker M, Luijten M, Uhl M, Marx-Stoelting P, Ingi Halldorsson T, Bokkers B, Internal relative potency factors based on immunotoxicity for the risk assessment of mixtures of per- and polyfluoroalkyl substances (PFAS) in human biomonitoring, Environment International, Volume 171, 2023, 107727.

⁸⁹ L'approccio dei Water Safety plans risale all'OMS nel 2004.

⁹⁰ Qui si indicano i macro-obiettivi considerati quali azioni già a sistema presenti nel PRP della Regione Lombardia: "MOC.8 (2014-2019). Approccio metodologico interdisciplinare per l'adozione di interventi di prevenzione delle esposizioni a inquinanti chimici, fisici e microbiologici in ambienti indoor e outdoor, e per la gestione delle emergenze ambientali; sviluppo sistemi d'integrazione delle informazioni derivanti da dati ambientali e sanitari; integrazione disciplinare tra DG Territorio e DG Welfare in relazione alla definizione di norme relative alla costruzione di edifici, di strumenti condivisi per la stima degli impatti sulla salute nelle procedure VIA e VAS e partecipazione delle strutture sanitarie ai procedimenti ambientali (AIA,AUA,PGT, etc); rafforzamento dell'attività di vigilanza e controllo in materia di sicurezza chimica nel contesto di Economia circolare, attraverso indirizzi operativi di controllo per l'integrazione tra i diversi settori (REACH CLP, biocidi, fitosanitari, cosmetici, rifiuti etc.) e la realizzazione dei Piani Nazionali di Controllo", citazione cui, nel PRP della Regione Lombardia 2020-2025, segue: " si prevede di consolidare, il processo che a partire da una analisi di contesto, definisce piani di miglioramento che mirano allo stesso tempo: 1) al rafforzamento degli strumenti per facilitare l'integrazione e la sinergia tra i servizi di prevenzione del SSN e le agenzie del SNPA; 2) all'applicazione di strumenti a supporto delle amministrazioni per la valutazione e gestione degli impatti sulla salute correlati a interventi antropici; 3) a interventi per il monitoraggio, per l'adattamento e la mitigazione degli effetti dei cambiamenti climatici, di riduzione delle esposizioni ambientali indoor e outdoor e antropiche dannose per la salute, la creazione di contesti urbani favorevoli alla salute attraverso lo sviluppo della mobilità sostenibile e la creazione di aree verdi e spazi pubblici sicuri, inclusivi e accessibili; attività di comunicazione per migliorare le conoscenze sui rischi per la salute derivanti dall'esposizione a fattori ambientali antropici e naturali e per orientare i cittadini verso scelte più salutari e ecosostenibili. 4) promuovere l'applicazione di pratiche finalizzate al miglioramento della sostenibilità ambientale nelle filiere agro-zootecniche e nella gestione degli animali d'affezione Il Programma ha quindi l'obiettivo di rafforzare l'advocacy del sistema sanitario nelle politiche di altri settori (ambiente, trasporti, edilizia, urbanistica, agricoltura, energia, istruzione) per intercettare e coniugare obiettivi di salute pubblica ed obiettivi di tutela ambientale", tutto ciò in rigorosa linea di continuità coi dettami del PNP.

⁹¹ Di estrema utilità appare richiamarsi agli elementi proposti da Streimikiene D., in Environmental indicators for the assessment of quality of life, Intellect. Econ, 2015; 9:67–79.

⁹² Direttiva 2000/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2000, che istituisce un quadro per l'azione comunitaria in materia di acque.

persistenti pongono ed ha il compito istituzionale di predisporre la presa in carico sanitaria laddove necessaria e la sorveglianza sui fattori e le condizioni di rischio. I dati riscontrati nelle fontanelle del bergamasco o nel lodigiano non possono né devono essere sottostimate⁹³.

L'individuazione di eventuali pericoli per la qualità delle acque destinate al consumo umano non può tuttavia prescindere dalle strette interconnessioni con la qualità delle acque superficiali e sotterranee, rilevanti sia per le eventuali contaminazioni incrociate, sia per gli strumenti normativi e pianificatori correlati.

2.2. Tutela delle acque superficiali e sotterranee

La disciplina generale delle acque poggia sulla Direttiva Framework⁹⁴, centro di una raggiera di disposizioni specifiche e settoriali che toccano le specifiche esigenze sottese a diverse tipologie di acque⁹⁵. Alla messa in sicurezza e alla tutela delle acque potabili si affianca pertanto l'obbligo giuridico di conservazione e protezione delle risorse idriche in senso più ampio, affidate in via principale ad alcune direttive europee ora in via di revisione⁹⁶. Normative che trovano la loro collocazione nazionale all'interno del decreto legislativo n. 152 del 2006, più volte rimaneggiato ed integrato, e in alcune disposizioni a carattere più settoriale.

Per quanto interessa in questa sede, la contaminazione da PFAS costituisce un potenziale vulnus per le acque sotterranee e superficiali in quanto ne pregiudica l'utilizzo, ne deteriora le qualità e sovente si traduce in costi ulteriori a carico della popolazione oppure in un aggravamento del carico espositivo per le altre matrici ambientali, interessando di riflesso l'intera biosfera⁹⁷.

⁹³ Il regime giuridico della tutela delle acque è suddivisibile sia per tipologia di acqua (balneazione, minerali, potabili, superficiali, sotterranee, reflue, meteoriche, ecc.), per finalità (fissazione standard di qualità, monitoraggio, utilizzazione, trattamento ecc.), per strumenti pianificatori, oppure per fonte normativa e vincolatività (regolamenti, direttive, raccomandazioni, decisioni di esecuzione). Alla luce dell'estrema complessità del quadro giuridico, qui richiamato per sommi capi, e considerando anche i processi di revisione in atto dell'esistente a livello europeo, va operata una scelta di campo, nel caso specifico limitandosi in questa sede alla tutela delle acque da fenomeni di inquinamento chimico e alla riduzione della qualità intrinseca della risorsa idrica considerata.

⁹⁴ In primis, Direttiva 2008/105 per le acque superficiali (EQSD), Direttiva 2006/118 per le acque sotterranee, Direttiva 271/1991 sul trattamento delle acque reflue urbane.

⁹⁵ Evichet MG, *Science*375, eabg9065. (2022). DOI: 10.1126/science.abg9065.

⁹⁶ In punto esistono numerose Guidelines e report tecnici, sia tuttavia consentito rinviare alla Direttiva 2009/90 che stabilisce, conformemente alla direttiva 2000/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, specifiche tecniche per l'analisi chimica e il monitoraggio dello stato delle acque come testo principale di riferimento.

⁹⁷ Per il conseguimento degli obiettivi di qualità delle acque considerate, si fa riferimento al monitoraggio e alla salvaguardia delle condizioni fisiche, chimiche e biologiche delle acque, col conseguente obbligo normativo di preservarle da forme di deterioramento.

Tale finalità evidentemente reclama la caratterizzazione delle acque e l'individuazione delle fonti che possono intaccarne lo stato qualitativo, da condursi mediante appositi ed appropriati programmi di monitoraggio e controllo⁹⁸.

A differenza delle acque destinate al consumo umano – in alcuni casi estensibile alle acque sotterranee – non rileva il requisito della potabilità, quanto piuttosto si fa riferimento al buon stato qualitativo⁹⁹, declinato in modo parzialmente differente per le acque superficiali rispetto quelle sotterranee a cagione delle rispettive specificità. Questa asserzione non deve tuttavia tradursi in una mancanza di regolamentazione. E' pur vero che il buon stato delle acque sotterranee consente un eventuale bacino di approvvigionamento ed una riserva idrica preziosa.

Nel 2017, in Italia, sulla scia delle normative europee in materia di REACH e CLP, in concomitanza con il Rapporto ISTISAN 22/33, a fronte delle preoccupazioni emergenti nella comunità scientifica¹⁰⁰, veniva pubblicato un rapporto ISPRA teso a definire un piano di monitoraggio nazionale delle sostanze estremamente preoccupanti, altrimenti dette SVHC¹⁰¹.

Dalla lettura di questo documento emergono alcuni aspetti che possono essere riproposti in questa sede, reclamando una appropriata azione amministrativa: I) la registrazione delle sostanze chimiche in sede ECHA o CLP non esaurisce il controllo dei rischi per la salute umana e l'ambiente dal momento che, pur fornendo indicazioni sui volumi commercializzati ed alcuni dati sulle proprietà delle sostanze, non quantifica o georeferenzia gli usi sul territorio; II) i SQA (standard di qualità ambientale) per le acque superficiali quali indicatori utilizzati per valutare e contenere il rischio non possono essere considerati in modo avulso dai recettori e dalle aree impattate, dalla stima dei livelli di fondo e dal contesto di riferimento, dalle proprietà e dal comportamento delle sostanze, da modi e tempi del loro rilascio in ambiente e dal loro impatto sul biota; III) le sostanze rilevanti per il monitoraggio vanno circostanziate al contesto.

⁹⁸ Vedi nota 42

⁹⁹ Delibera Del Consiglio SNPA. Seduta Del 14.11.2017. Doc. N. 21/2017. In riferimento all'aggiornamento sulle sostanze prioritarie va segnalata la Direttiva europea 2013/39, intervenuta sul dettato normativo della Direttiva Framework 2000/60 e della Direttiva 2008/105/CE, poi implementata dal decreto legislativo n. 172 del 2015 che elenca i limiti per alcuni PFAS.

¹⁰⁰ L'obbligo della correzione dei danni alla fonte, di origine e derivazione europea col Primo programma di azione del 1973, è espressamente citato quale principio dell'azione amministrativa di cui al decreto legislativo n. 152 del 2006. Questo principio non risponde ad una logica anticipatoria rispetto al verificarsi del danno ambientale, quanto piuttosto al suo contenimento, alla mitigazione degli effetti dannosi che ne possano scaturire, limitando per quanto possibile – con tempestività ed efficacia – il propagarsi dei pregiudizi ad ambiente e popolazione, come da tempo sancito anche dalla stessa Corte di giustizia europea, con la sentenza 9 luglio 1992, nel caso C-2/90, paragrafo 34.

¹⁰¹ Di recentissima pubblicazione è il Rapporto mondiale delle Nazioni Unite sullo sviluppo delle risorse idriche 2024: l'acqua per la prosperità e la pace, dove è possibile riscontrare, in tema di inquinamento delle risorse idriche, che il 70% dell'uso e dell'inquinamento dell'acqua dolce nel mondo riguarda sette grandi settori: alimentare, tessile, energetico, industriale, chimico, farmaceutico e minerario. Svincolare l'acqua dalla produttività industriale, in altre parole ridurre l'influenza dell'industria sull'acqua, nel lungo periodo porterà benefici sia al settore industriale, sia a coloro che trarrebbero vantaggio da una migliore qualità e maggiore disponibilità di acqua, in particolare per il raggiungimento di diversi traguardi dell'Obiettivo di sviluppo sostenibile.

Pertanto, laddove si riscontrino anomalie (ad esempio nel caso della Regione Lombardia la presenza in alcuni rilevamenti di cC6O4) o picchi di concentrazione inspiegabili, va condotta adeguata indagine per circoscrivere il fenomeno, evitando, del pari, compromissioni ulteriori delle risorse stesse, traducibili, come precedentemente argomentato, in costi e danni erariali.

Circoscrivere la portata della diffusione delle sostanze PFAS nel comparto idrico è operazione imprescindibile per una serie – non esaustiva – di considerazioni ed obblighi quali il principio vincolante del contenimento dei danni alla fonte¹⁰²; la salvaguardia di un bene comune indispensabile per la stessa sopravvivenza stressato dai cambiamenti climatici¹⁰³; la compiuta redazione dei piani di tutela e risanamento delle acque e per fronteggiare l'inquinamento, piani velleitari in assenza di un adeguato supporto informativo, e la predisposizione di misure di salvaguardia laddove necessarie¹⁰⁴; il diritto ad un ambiente salubre¹⁰⁵.

Anche in questo caso, la tutela delle risorse idriche non può essere categorizzata ed isolata, ma richiede una visione prospettica integrata, date le inevitabili intersezioni con altri ambiti rilevanti – e parimenti col rischio di venire compromessi dalla presenza dei composti PFAS – quali il rispetto delle dinamiche ecologiche del suolo, la tutela della biodiversità naturale, la salvaguardia della catena alimentare e la garanzia dello stesso sistema produttivo, monitorando le diverse emissioni in ambiente. Una visione integrata e complessa che richiede, evidentemente, per essere efficace, che siano destinate e rese operative risorse adeguate, strumentazioni idonee, competenze specifiche, dati coerenti e fruibili nelle differenti prospettive coinvolte, implicando la leale collaborazione fra i differenti livelli istituzionali interessati e l'assunzione delle responsabilità correlate.

2.3. Tutela della catena alimentare

Il tema della catena alimentare è estremamente articolato e complesso, in questa sede non può essere trattato in modo esauriente ma solamente accennato, inoltre si lega inevitabilmente con la determinazione del cosiddetto tollerabile intake, ossia la determinazione del livello tollerabile medio di assunzione di dati composti nell'organismo umano, valutazione condotta da una specifica agenzia

¹⁰² Cfr art 65 del decreto legislativo n. 152/2006, in particolare il disposto per i piani di bacino e, sotto alcuni profili, le stesse misure di salvaguardia applicabili, ex comma 3, alle lettere: l) per la valutazione dell'impatto ambientale di eventuali interventi previsti; f) per l'apposizione di vincoli per la conservazione e tutela ambientale; n) per l'indicazione delle zone da assoggettare a specifica protezione. Nel medesimo decreto sono altresì previsti i piani di tutela delle acque, in raccordo coi piani di bacino e i conseguenti piani di gestione.

¹⁰³ Vedi nota 63

¹⁰⁴ Per una ricognizione delle considerazioni e valutazioni effettuate dall'Agenzia europea per la sicurezza alimentare, si veda Risk to human health related to the presence of perfluoroalkyl substances in food (wiley.com)

¹⁰⁵ Nello specifico si tratta di PFOA, PFOS, PFNA e PFHxS

europea, l'EFSA¹⁰⁶. Per ragioni di sintesi, ciò che qui interessa è la considerazione che questo limite – ad oggi pari a 4.4 ng/kg per peso corporeo, settimanalmente assunti, per soli 4 composti PFAS¹⁰⁷ – si rapporta all'analisi congiunta di tutte le vie di assunzione di una popolazione. Nello specifico, alla luce dei valori emersi dai rilevamenti compiuti da ARPA Lombardia e dai dati forniti dai campionamenti effettuati da Greenpeace, emerge una situazione di potenziale rischio da circoscrivere e verificare, in luoghi come Capriolo, Lodi e il circondario, oppure la zona di Crema o la città di Sabbioneta¹⁰⁸.

Circoscrivere e verificare lo status della presenza di PFAS nelle diverse matrici ambientali sono passaggi imprescindibili per individuare se tali valori intacchino l'acqua irrigua o di abbeveraggio, permeando così vegetali o trasferendosi negli organismi animali¹⁰⁹. Non è allarmismo, ma semplice ragionevole e razionale contestualizzazione di eventi potenzialmente forieri di conseguenze negative. Non va dimenticato che esiste una normativa specifica a garanzia della salubrità delle acque di abbeverata¹¹⁰ e degli alimenti¹¹¹, quest'ultima implicante una serie di limiti vincolanti di concentrazione in singoli alimenti. La presenza di questi contaminanti indesiderati nelle matrici ambientali, nella catena alimentare e di conseguenza negli organismi umani dovrebbe essere assolutamente evitata¹¹². Le inevitabili ripercussioni di un terreno contaminato, di una filiera

¹⁰⁶ Si vedano i dati dei campionamenti effettuati: 997b0b1b-media-briefing_pfas_lombardia.pdf (greenpeace.org)

¹⁰⁷ European Food Safety Authority (EFSA) and European Medicines Agency (EMA). Report on development of a harmonised approach to human dietary exposure assessment for residues from veterinary medicinal products, feed additives and pesticides in food of animal origin. EMA/CVMP/499555/2021. Parma, Amsterdam: EFSA, EMA; 2022.

¹⁰⁸ Il Regolamento 852/2004/CE sull'igiene dei prodotti alimentari stabilisce i requisiti per l'acqua di abbeverata nelle produzioni animali, deve risultare “potabile o pulita, al fine di prevenire la contaminazione delle specie allevate”, senza prevedere però alcun parametro qualitativo per l'acqua pulita. Dal momento che le sostanze PFAS si bioaccumulano e biomagnificano, appare pressante intervenire in punto. Nella latenza del legislatore, risultano comunque percorribili le strade di provvedimenti ad hoc, col limite della proporzionalità e ragionevolezza delle misure approntate e tenendo conto della peculiare situazione di contaminazione o pressione del contesto di riferimento.

¹⁰⁹ Regolamento n. 915 della Commissione del 25 aprile 2023 relativo ai tenori massimi di alcuni contaminanti negli alimenti e che abroga il regolamento (CE) n. 1881/2006, predisponendo dei valori minimi per 4 PFAS e per la loro somma ed indicando espressamente una serie di alimenti da monitorare, entrato in vigore nel maggio 2023.

¹¹⁰ Cfr parere ISS del 2013 alla Regione Veneto e misure suggerite; sotto il profilo normativo vanno richiamati l'art 166 c. 4 bis del decreto legislativo n. 152 del 2006, con il quale si rimanda a Regolamento ministeriale per la fissazione dei parametri fondamentali di qualità delle acque destinate ad uso irriguo su colture alimentari e le relative modalità di verifica nonché alla verifica ed eventualmente alla modifica delle norme tecniche per il riutilizzo delle acque reflue; ulteriore aspetto è dettato dall'art. 112 del medesimo decreto legislativo, ponendo in capo alla Regioni il compito di disciplinare l'utilizzazione agronomica degli effluenti da allevamento e delle acque di vegetazione dai frantoi oleari, garantendo la tutela dei corpi idrici e il mantenimento degli obiettivi di qualità.

¹¹¹ “La materia relativa alla utilizzazione dei fanghi di depurazione in agricoltura attiene all'ambito della tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, che è di competenza esclusiva statale ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lett. s) della Costituzione e la stessa disciplina primaria, all'art. 6, ha in materia previsto un diretto potere esercitato dalla Regione. Pertanto, muovendo da tali presupposti normativi, si perviene, sotto un primo profilo, ad affermare che i Comuni non sono titolari di potestà regolamentare in materia di spandimento dei fanghi biologici in agricoltura restando riservata agli stessi solo la potestà di sanzionare la violazione delle disposizioni regolamentari preventivamente stabilite dalla Regione, ove queste si sostanzino in violazioni della normativa regolamentare in materia di igiene”, così ha statuito la sezione IV del Consiglio di Stato, nella sentenza n. 9044 del 17.10.23.

¹¹² Steinhäuser KG, von Gleich A, Grose Ophoff M, Korner W, 2022, The necessity of a global binding framework for sustainable management of chemicals and materials-interactions with climate and biodiversity. *Sustain Chem* 3:205-237.

agroalimentare compromessa non si traducono solamente in un danno all'ambiente e alla popolazione, ma implicano serie ripercussioni di tipo economico sulle imprese agricole, filiera produttiva, indotto, sul prestigio stesso della qualità del Made in Italy.

Inoltre gli stessi fanghi di depurazione, talora impiegati come ammendanti in agricoltura, sono qualificati formalmente come rifiuti, prima del loro trattamento ed eventuale placet all'impiego nei terreni agricoli¹¹³, contribuendo pertanto al carico di contaminazione presente.

I terreni agricoli già risentono di un generalizzato impoverimento dei suoli, di una riduzione della biodiversità e della loro qualità stessa¹¹⁴, senza tacere il fatto della deposizione di PFAS derivanti da inquinamento aereo, rilasci in atmosfera, utilizzo di fitofarmaci e pesticidi¹¹⁵, inoltre da impianti di incenerimento¹¹⁶.

In questa direzione risulta illuminante la Raccomandazione n. 1431 del 2022 della Commissione europea¹¹⁷ relativa al monitoraggio delle sostanze perfluoroalchiliche negli alimenti, che, seppur priva di valore direttamente vincolante, detiene una forte valenza politica ed etica, inducendo ad azioni proattive (e non unicamente reattive) i diversi attori istituzionali. Sulla base della letteratura scientifica e dei continui aggiornamenti che caratterizzano la progressiva consapevolezza dei rischi ed effetti avversi dei PFAS, la Commissione europea evidenzia la necessità di valutare l'esposizione alimentare in modo compiuto. Una valutazione che richiede la ricognizione degli alimenti, dei mangimi, delle stesse produzioni e che dovrebbe essere estesa fino a 28 composti PFAS per una

¹¹³ Di grande interesse è il Report dell'associazione PAN Europe: Report_Toxic Harvest The rise of forever PFAS pesticides in fruit and vegetables in Europe 27022024 (1).pdf (pan-europe.info)

¹¹⁴ Winchell LJ, Wells MJM, Ross JJ, Kakar F, Teymouri A, Gonzalez DJ, Dangtran K, Bessler SM, Carlson S, Almansa XF, Norton JW Jr, Bell KY. Fate of perfluoroalkyl and polyfluoroalkyl substances (PFAS) through two full-scale wastewater sludge incinerators. *Water Environ Res.* 2024 Mar;96(3):e11009; Stoiber T, Evans S, Naidenko OV. Disposal of products and materials containing per- and polyfluoroalkyl substances (PFAS): A cyclical problem. *Chemosphere.* 2020 Dec; 260:127659.

¹¹⁵ Raccomandazione (UE) 2022/1431 della Commissione del 24 agosto 2022 relativa al monitoraggio delle sostanze perfluoroalchiliche negli alimenti.

¹¹⁶ Schumacher BA, Zimmerman JH, Williams AC, Lutes CC, Holton CW, Escobar E, Hayes H, Warriar R. Distribution of select per- and polyfluoroalkyl substances at a chemical manufacturing plant. *J Hazard Mater.* 2024 Feb 15;464:133025.

¹¹⁷ Il Regolamento europeo 741/2020, entrato in vigore il 26 giugno 2023, sulle acque reflue depurate, in base al quale sono stabilite delle prescrizioni minime per il loro riutilizzo a fini irrigui in agricoltura, finalizzati a garantire la sicurezza delle acque trattate in termini di elevato livello di protezione ambientale e salute umana ed animale da tutelare, così promuovendo anche l'economia circolare. Nel medesimo atto normativo è prevista la possibilità per le autorità pubbliche nazionali di introdurre condizioni supplementari necessarie per eliminare i rischi, anche mediante condizioni ad hoc per gli stessi gestori. Le Regioni pertanto ne tengono doverosamente conto nella redazione dei Piani di tutela delle acque (ex art 121 d.lgs 152/2006) e nei Piani di Gestione. Inoltre, ex art. 99 dello stesso decreto legislativo è previsto che il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare con proprio decreto, sentiti i Ministri delle politiche agricole e forestali, della salute e delle attività produttive, detti le norme tecniche per il riutilizzo delle acque reflue e, dal canto loro, le regioni, nel rispetto dei principi della legislazione statale, e sentita l'Autorità di vigilanza sulle risorse idriche e sui rifiuti, adottano norme e misure volte a favorire il riciclo dell'acqua e il riutilizzo delle acque reflue depurate. Per le acque di dilavamento è sancito espressamente l'obbligo di prevenire rischi idraulici ed ambientali ex art 113 del decreto summenzionato, con specifico rimando all'attività delle Regioni in tale direzione. Risulta evidente che la presenza di sostanze prioritarie SVHC implica un obbligo di attivarsi per le medesime.

migliore caratterizzazione dei rischi da esposizione alimentare nella popolazione e l'identificazione delle fonti. Un'indicazione che diviene ineludibile laddove ci si trovi in zone già contaminate o dove emergano dati fonte di criticità e preoccupazione oppure laddove si determinino situazioni di incertezza nella riconducibilità di rilasci a una determinata fonte contaminante.

2.4. Tutela dell'ambiente e delle matrici dall'inquinamento chimico da PFAS

Ultimo profilo da considerare, nell'ottica della presente ricognizione, è la contaminazione da PFAS insistente su uno specifico territorio, determinata dall'effetto cumulativo dei rilasci di sostanze PFAS – derivanti dalla loro produzione, uso o smaltimento – come, ad esempio, a causa del percolato delle discariche, delle ceneri o delle emissioni aeree di gas fluorurati da impianti che trattano questi composti¹¹⁸, dallo scorretto deflusso di acque reflue o di dilavamento¹¹⁹.

Il carico antropico di composti PFAS immessi, in estrema semplificazione, si somma alla contaminazione storica esistente e incide in modo diverso su ciascun individuo e matrice a fronte di molteplici cofattori¹²⁰. In questo campo le autorità amministrative detengono un ricco strumentario di intervento: dalle ordinanze necessitate¹²¹, alle autorizzazioni e valutazioni ambientali¹²²; dalla richiesta di BAT alla prefigurazione di misure di mitigazione del rischio; dalla possibilità eventuale di ricorrere alla valutazione di impatto sanitario (VIS)¹²³, al ricorso a provvedimenti inibitori¹²⁴,

¹¹⁸ Gebbink WA; van Leeuwen SPJ Environmental Contamination and Human Exposure to PFASs near a Fluorochemical Production Plant: Review of Historic and Current PFOA and GenX Contamination in the Netherlands. *Environ. Int* 2020, 137, 105583.1; Ojo AF, Peng C, Ng JC. 2020. Combined effects and toxicological interactions of perfluoroalkyl and polyfluoroalkyl substances mixtures in human liver cells (HepG2). *Environ Pollut* 263(Pt B):114182.

¹¹⁹ Il potere di emettere ordinanze contingibili ed urgenti, presenti situazioni emergenziali in atto, non è sconosciuto al diritto ed è destinatario di uno specifico articolo del decreto legislativo n. 152 del 2006 (art. 191) ed è stato avallato dalla stessa giurisprudenza che ne ha precisato i confini in materia ambientale, ma non ne ha vanificato la portata. Laddove sussistano problemi di tipo ambientale questo strumento può essere utilizzato non solamente per riparare danni, ma anche nell'ottica di prevenirne il verificarsi. L'ordinanza deve avere carattere occasionale, trovare giustificazione in una minaccia grave all'incolumità delle persone e comportare il minor sacrificio privato in vista del conseguimento del prevalente interesse pubblico. Titolari ne sono i Sindaci o le figure di maggior livello nelle amministrazioni, una volta esperita adeguata istruttoria e fornita congrua motivazione.

¹²⁰ Si fa riferimento in tal senso alle prescrizioni eventualmente apponibili in sede di VAS, VIA, AIA, AUA, PAUR, VInCA.

¹²¹ La valutazione di impatto sanitario (VIS) è entrata nel nostro ordinamento nel 2017 con il decreto legislativo 104 del 16 giugno 2017, di recepimento della Direttiva Europea 2014/52/CE; nel 2019 sono state emanate dall'Istituto Superiore di Sanità le Linee guida per la valutazione di impatto sanitario (Decreto L.vo 104/2017), Rapporto ISTISAN 19/9, affiancandosi alla disciplina dettata dalla Direttiva 2013/39 per le sostanze prioritarie.

¹²² In tal senso possono essere letti i provvedimenti di divieto di immissione sul mercato di determinati prodotti o l'inibizione di una specifica attività o modalità di produzione senza la prestazione di adeguate garanzie di sicurezza, strade già abbondantemente dragate in passato soprattutto nell'ambito della sicurezza alimentare.

¹²³ Cagnazzo A, Manganaro F (a cura di), *Le sanzioni amministrative in materia di tutela ambientale*, Giuffrè, 2024.

¹²⁴ La disciplina dei reati ambientali trova il suo specifico riferimento nella legge n. 68 del 2015, dopo una difficoltosa gestazione e ripetuti interventi delle istituzioni europee, ed è inoltre in via di perfezionamento la nuova direttiva europea sulla criminalità ambientale, per la protezione dell'ambiente attraverso la normativa penale.

sanzionatori¹²⁵ o procedimenti penali¹²⁶. Non è preclusiva l'assenza di limiti legislativi per sostanze non normate, operando il criterio della sostanza tossicologicamente più affine¹²⁷, alternativamente percorrendo la via della legislazione regionale più restrittiva laddove sussistano situazioni di rischio ed incertezza¹²⁸.

Un valido supporto – ed obbligo giuridico assai dettagliato – per ridurre in carico di contaminanti presenti sul territorio è fornito dal regime giuridico delle bonifiche ambientali¹²⁹.

Bonificare situazioni di contaminazione è un passaggio ineludibile per contrastare effetti cumulativi fra diverse forme di inquinamento e derivanti da molteplici sostanze; per salvaguardare la qualità dei suoli¹³⁰ e le condizioni di salubrità dell'ambiente e della popolazione stessa assicurandone il safe operating space¹³¹; inoltre, riportare – per quanto e quando possibile – una zona intaccata ad uno stato di equilibrio ecologico soddisfacente riduce la cosiddetta ecological footprint¹³², l'impronta ecologica degli esseri umani sul pianeta, ovvero il consumo di risorse naturali da parte della nostra specie in rapporto alla biocapacità, alle stesse potenzialità di recupero e ripristino delle matrici ambientali.

E', in altri termini, connaturata alla funzione pubblica di salvaguardia dell'integrità dell'ambiente e della salute della popolazione, la possibilità di attivarsi senza ulteriore indugio laddove si presentino situazioni potenziali di pericolo o di criticità, senza attendere il verificarsi di un danno – data la persistenza dei PFAS sovente a carattere irreversibile od estremamente costoso – oppure senza aspettare la conclusione di studi scientifici ed epidemiologici che per loro natura richiedono tempi

¹²⁵ La giurisprudenza amministrativa appare concorde nell'affermare che, ai fini della qualifica del sito come potenzialmente contaminato per le sostanze non tabellate come CSC (concentrazioni soglia di contaminazione), l'individuazione del tasso di soglia deve avvenire sulla base di un giudizio di equivalenza che richiede l'individuazione della sostanza tossicologicamente più affine. Si tratta di una valutazione tecnico-discrezionale dell'Amministrazione che coinvolge valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di fisiologica opinabilità e che può essere sindacata dal giudice solo in termini di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato.

¹²⁶ Vedi note 36 e 37.

¹²⁷ La normativa dedicata specificamente alle bonifiche e al ripristino ambientale dei siti contaminati è contenuta nel decreto legislativo n. 152 del 2006, nel Titolo V della parte IV, art. 239-266. Queste disposizioni hanno segnato il passaggio dall'approccio tabellare – basato sul mero superamento dei limiti – alla prospettiva di analisi di rischio sito-specifica, implicante la necessaria caratterizzazione del sito in un'ottica integrata. Tale analisi deve necessariamente confrontarsi sia con contaminazioni storiche ma anche riscontrare eventuali eventi potenzialmente in grado di contaminare i siti, proprio al fine di evitare l'aggravamento delle condizioni ambientali.

¹²⁸ In punto si veda il tormentato cammino nelle istituzioni dell'Unione europea della Nature Restoration Law.

¹²⁹ Rockström J, Steffen W, Noone K, Persson A, Chapin FS, Lambin EF, Lenton TM, Scheffer M, Folke C, Schellnhuber HJ, Nykvist B, A safe operating space for humanity, 2009, *Nature*, 472–475; per lo specifico ambito dei PFAS: Cousins IT, Johansson JH, Salter ME, Sha B, Scheringer M, Outside the Safe Operating Space of a New Planetary Boundary for Per- and Polyfluoroalkyl Substances (PFAS), *Environmental Science & Technology*, 56(16), 2022, 11095-11908.

¹³⁰ Wackernagel M, Rees W, *Our Ecological Footprint: reducing human impact on the Earth*. Philadelphia, PA: New Society Publishers, 1996

¹³¹ Tradendo così lo spirito e la portata precettiva stessa della Direttiva 2004/35/CE sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale.

¹³² Testo rielaborato della Audizione al Consiglio della Regione Lombardia – Commissione VI – 20 marzo 2024

lunghi di attuazione. Ritardare, temporeggiare, dilatare o negare i dati di fatto talora legittima le azioni contro l'inazione delle pubbliche autorità che stanno proliferando davanti alle corti europee, tradisce il patto sociale originario fra istituzioni e popolazione, mina la fiducia nei poteri pubblici e di fatto apre la strada ad una sorta di immunità per tutti coloro che inquinano e contaminano, per i quali la vigenza del principio “polluters pay” si traduce solamente in una risibile voce di costo o in una esternalità negativa da sopportare o compensare¹³³.

¹³³ Docente di Diritto ambientale presso il Dipartimento di Agronomia, Animali, Alimenti, Risorse naturali e Ambiente (DAFNAE), Università degli Studi di Padova.

LA VALUTAZIONE DELL'ENTITA' E LA VARIABILITA' DELLE ESPOSIZIONI A RADIAZIONI IONIZZANTI A SCOPO MEDICO DELLA POPOLAZIONE RESIDENTE.

Giovanni Pasceri

Abstract [It]: Per garantire che l'esposizione della popolazione sia tenuta sotto controllo è importante che la Commissione Europea sia regolarmente informata, su base uniforme, dei livelli di radioattività ai quali è esposto l'insieme della popolazione in ciascuno Stato membro. L'articolo 14 della direttiva 96/29/Euratom del Consiglio, del 13 maggio 1996, stabilisce che le norme fondamentali di sicurezza relative alla protezione sanitaria della popolazione e dei lavoratori contro i pericoli derivanti dalle radiazioni ionizzanti all'esposizione dell'intera popolazione venga valutato con regolarità. A tal fine le autorità dei singoli Stati devono provvedere affinché le stime delle dosi per la popolazione nel suo insieme siano eseguite nel modo più realistico possibile.

Abstract [En]: *To ensure that the population's exposure is kept under control, it is important that the European Commission is regularly informed, on a uniform basis, of the levels of radioactivity to which the population as a whole in each Member State is exposed. Article 14 of Council Directive 96/29/Euratom of 13 May 1996 recommends that the basic safety standards relating to the health protection of the general public and workers against the dangers arising from ionizing radiation at the exposure of the entire population be evaluated regularly. To this end, the authorities of individual states must ensure that the timing of doses for the population as a whole is carried out as realistically as possible.*

SOMMARIO: 1. Le radiazioni ionizzanti. – 2. I principi radioprotezionistici nella disciplina unionale. – 3. L'uomo, l'ambiente e il fondo naturale di radioattività. – 4. Entità e variabilità delle esposizioni a radiazioni ionizzanti.

1. Le radiazioni ionizzanti

La radioprotezione, o protezione sanitaria contro le radiazioni ionizzanti, è la disciplina che si occupa di tutelare lo stato di salute e il benessere dell'individuo¹, della popolazione nel suo insieme e dell'ambiente dagli effetti nocivi causati dall'esposizione a radiazioni ionizzanti.

Le radiazioni ionizzanti sono radiazioni elettromagnetiche (raggi X o γ) e particelle corpuscolari (α , protoni, neutroni e elettroni) che trasportano nello spazio energia capace di ionizzare, direttamente o indirettamente, la materia.

La ionizzazione è il processo fisico per cui l'atomo della materia irradiata acquista, liberando o catturando elettroni, una carica elettrica che modifica il suo stato stabile e elettricamente neutro. L'unione o la scissione dell'atomo creano coppie di ioni che si staccano dall'atomo².

¹ La protezione sanitaria si rivolge non solo all'individuo in quanto tale ma anche classi di persone come i lavoratori esposti per ragioni di lavoro al rischio radioattivo o ai pazienti che necessitano di ricorrere alla pratica radiologica.

² Il termine ione è stato coniato dal matematico da William Whewell. La sua prima definizione si rinviene nella lettera che Whewell scrisse al collega Michael Faraday il 5 maggio 1834 (cfr. F.A.J.L. James, a cura di, The correspondence of

Gli effetti delle radiazioni ionizzanti sugli organismi viventi si manifestano proprio per l'energia prodotta dalla radiazione la quale altera la struttura dell'atomo; il passaggio di radiazioni ionizzanti attraverso una cellula vivente, infatti, causa interazioni che possono generare, a seconda dell'entità, dei tempi di esposizione e della diversa radiosensibilità dei tessuti o degli organi esposti, una articolata ed eterogenea catena di eventi nocivi capaci di provocare sull'organismo -e specificatamente sull'uomo- effetti somatici (riferiti all'individuo) e genetici (inerenti alla popolazione).

Detti effetti possono essere di tipo stocastico o deterministico.

Gli effetti stocastici o probabilistici possono presentarsi anche in seguito all'assorbimento di dosi molto piccole o prossime allo zero. La possibilità di accadimento, ma non la gravità, accade o non accade indipendentemente dalla dose assorbita nel senso che il potenziale di azione è del tipo "tutto o nulla".

Gli effetti deterministici o graduati si manifestano negli individui quando la dose è superiore a un valore soglia; ne consegue che a una data dose è possibile predire che la persona irradiata (e in generale ogni organismo vivente) svilupperà determinate conseguenze; in tal caso, il rapporto di causa-effetto è conseguente al valore-soglia della dose al di sopra del quale "tutti o quasi tutti" gli irradiati patiscono gli stessi danni e mostrano un effetto graduato.

La disciplina è alquanto giovane se si considera che la scoperta dei "raggi X", compiuta da Wilhelm Conrad Röntgen, è avvenuta nel gennaio 1896 e le principali conoscenze sugli effetti radiobiologici vengono tratte da esperienze relativamente recenti³. Gli studi compiuti sono ritenuti ancora insufficienti per circoscrivere, nel tempo, gli effetti dannosi delle radiazioni ionizzanti sull'uomo e sull'ambiente⁴. In letteratura esistono accesi dibattiti circa i "limiti di dose" ai quali corrisponde un livello di rischio accettabile; gli studi epidemiologici, infatti, presentano significativi fattori di distorsione del dato che riducono l'affidabilità dei risultati e la significatività degli studi compiuti. Per questo, non è agevole estrapolare un modello di calcolo del rischio così da tracciare una linea di corrispondenza tra condizioni di sicurezza e situazione di pericolo.

2. I principi radioprotezionistici nella disciplina unionale

Michael Faraday, vol. 2, 1832-1840, Londra, 1993, p. 183). Ione deriva dal verbo greco *iévai* che indica l'atto dell'"andare oltre".

³ Ancorché i primi effetti patologici si sono manifestati già agli inizi del 900, le maggiori conoscenze in tema radioprotezionistico sono ottenute principalmente dall'esplosione delle bombe atomiche su Hiroshima e Nagasaki (1945) e agli incidenti alle centrali nucleari di Černobyl' (1986) e Fukushima Dai-ichi (2011).

⁴ Si comprenderà l'attenzione e la cautela che gli organismi internazionali scientifici e il legislatore europeo adottano per garantire che i principi radioprotezionistici siano attuati secondo la migliore esperienza e cautela.

La protezione sanitaria contro i pericoli derivanti dall'esposizione di radiazioni ionizzanti è ora compiutamente definita nel decreto legislativo 31 luglio 2020 n. 101, adottato in attuazione della direttiva 2013/59/Euratom⁵. Il decreto costituisce una sorta di testo unico, a carattere generale⁶, che compone, in modo organico, la previgente normativa radioprotezionistica⁷. La disciplina radioprotezionistica è strutturata in modo da consentire l'adeguamento permanente dell'ordinamento alla realtà tecnica e all'esperienza maturata attingendo dalle raccomandazioni elaborate dalla comunità scientifica internazionale. Non stupisce che i principi su cui poggia l'intero assetto prevenzionistico, tracciato dalla citata direttiva europea e trasferito nel decreto attuativo, sono tratti proprio dalle raccomandazioni pubblicate dalla comunità scientifica, e segnatamente dalla Commissione internazionale per la protezione radiologica (ICRP)⁸.

Il principio di giustificazione stabilisce che l'esposizione dell'individuo e della popolazione a dosi aggiuntive di radiazione è giustificabile solo se i benefici derivanti dalle pratiche che generano le dosi aggiuntive sono superiori all'insieme degli effetti negativi concretamente prevedibili. Dunque, secondo tale principio nessuna pratica deve essere accolta salvo produca un beneficio netto e dimostrabile (no practice shall be adopted unless its introduction produces a positive net benefit)⁹.

Il secondo principio, quello di ottimizzazione, sancisce che l'esposizione della popolazione, una volta giustificata, deve essere comunque tenuta tanto bassa quanto è ragionevolmente ottenibile,

⁵ La direttiva 2013/59/Euratom, detta regole precauzionali comuni e uniformi per tutti gli Stati aderenti, così come stabilito dall'art. 2, lett. b), del Trattato Euratom, vincolanti per lo Stato membro «per quanto riguarda il risultato da raggiungere» (art. 288, par. 3, del Trattato CEE). In merito, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha più volte ricordato che la direttiva europea contiene regole minime in relazione agli obiettivi da conseguire che, salvo non sia diversamente indicato, gli Stati membri possono modificare rendendole più astringenti rispetto alla direttiva stessa; così qualora insorgano difficoltà interpretative il giudice nazionale dovrà richiamare i precetti del diritto comunitario sino a disapplicare, qualora una diversa interpretazione non fosse praticabile, la disposizione interna la cui applicazione, date le circostanze della fattispecie, condurrebbe a un risultato contrario a quello comunitario (per tutte: cfr. Corte di Giustizia, Grande Sez., sent. 27 ottobre 2009, proc. C-115/08).

⁶ La disciplina radioprotezionistica si riferisce a tutte le sorgenti radioattive naturali e artificiali (es. sanitario, industriale, ricerca, archeologia, sicurezza degli edifici e dei trasporti, agroalimentare, sino a comprendere le esposizioni per fini assicurativi o per esigenze medico legali, etc.).

⁷ I principi e i criteri per l'attuazione della direttiva europea sono stati tracciati all'art. 20 della legge 4 ottobre 2019, n. 117.

⁸ La Commissione internazionale per la protezione radiologica (c.d. ICRP) è un'organizzazione composta da autorevoli studiosi, indipendente e non governativa, che si propone di studiare e elaborare raccomandazioni per proteggere le persone, gli animali e l'ambiente dagli effetti dannosi delle radiazioni ionizzanti. Le sue raccomandazioni costituiscono la base della politica, dei regolamenti, delle linee guida e della pratica radioprotezionistica in tutto il mondo. L'ICRP è stato fondato nel 1928 al secondo Congresso internazionale di radiologia a Stoccolma, in Svezia (inizialmente chiamato Comitato internazionale per la protezione dai raggi X e dal radio (c.d. IXRPC). Nel 1950, in considerazione dell'eterogeneo impiego delle radiazioni ionizzanti al di fuori dell'area medica, la Commissione ha assunto il nuovo nome. I simposi internazionali organizzati dalla Commissione sono i principali mezzi per comunicare i progressi scientifici degli studi compiuti nonché i rapporti provenienti dalla comunità internazionale (comitati nazionali, gruppi di studio, organi tecnico-scientifici nazionali, società scientifiche, etc). Il lavoro della Commissione si incentra su quattro temi (i. effetti delle radiazioni; ii. dosi da esposizione a radiazioni; iii. protezione radiologica in medicina; iv. applicazione delle raccomandazioni della Commissione) affidati ai lavori di corrispondenti Comitati.

⁹ ICRP, Recommendations of the ICRP, Publication 26. Ann. I, 1977, par. 12.

facendo luogo a considerazioni economiche e sociali (all the exposures shall be kept as low as reasonably achievable, economic and social factors being taken into account)¹⁰.

Il principio di ottimizzazione attiene alla sanità pubblica con finalità socio-sanitarie di tutela della collettività che non valuta l'individuo nella sua tipicità. Per tali ragioni la disciplina radioprotezionistica si completa con il principio del limite di dose individuale secondo cui la dose agli individui non può eccedere i limiti raccomandati per ogni lavoratore e per ogni individuo in relazione ai livelli di dose a cui corrisponde il livello di rischio che non può essere superato nelle condizioni di lavoro o nella vita del singolo (the doses to individuals shall not exceed the limits recommended for the appropriate circumstances)¹¹.

3. L'uomo, l'ambiente e il fondo naturale di radioattività

L'uomo convive da sempre con la radioattività determinata da un "fondo di radioattività naturale" normalmente presente nell'ambiente¹².

Le radiazioni naturali, sino alla scoperta della radioattività artificiale, erano le uniche radiazioni ionizzanti a cui si era esposti.

La crescita delle attività radiologiche (sanitarie, industriali, agroalimentari, etc.) espone maggiormente l'uomo all'esposizione astrattamente nociva sicché occorre individuare, in concreto, il grado di pericolosità delle radiazioni in ragione della dose ricevuta. Un compito arduo che tuttavia costituisce l'essenza della protezione sanitaria contro le radiazioni ionizzanti, della tutela della salute e il benessere dell'individuo, della popolazione nel suo insieme e dell'ambiente.

Secondo la comunità scientifica, infatti, non esiste una dose a cui, per quanto piccola, non possa essere associato un rischio, naturalmente incrementato all'aumentare delle attività radiologiche. Per tali motivi, «i limiti di dose vanno confrontati con la somma delle dosi provenienti dalle varie sorgenti di esposizione, con esclusione di due termini: il fondo naturale¹³ e le dosi di carattere medico-sanitario (diagnosi e terapia)»¹⁴.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Ibidem.

¹² Il campo di radiazioni dovuto a sorgenti naturali, terrestre e extraterrestre, è formato da tre fondamentali componenti: a) i raggi cosmici, costituiti da radiazioni primarie di origine extraterrestre, sostanzialmente emesse dai corpi stellari; b) i radioisotopi cosmogenici, isotopi radioattivi che si producono per effetto dell'interazione dei raggi cosmici con l'atmosfera e con la superficie terrestre; c) i radioisotopi primordiali, consistenti in radionuclidi presenti nella crosta terrestre fin dalla sua formazione. Per un approfondimento: cfr. M. Pelliccioni, *Fondamenti fisici della radioprotezione*, Bologna, 1989, p. 126; AIFM, *Quanto vale la radioattività ambientale* (a cura di G. Scalzo, G. Gialanella), 9 gennaio 2017 in fisicamedica.it;

¹³ Il fondo naturale infatti è variabile in funzione delle caratteristiche del suolo, dell'attitudine sul mare, della tipologia di abitazione, etc.

¹⁴ Cfr: Enea, *La radioprotezione in Italia. La salvaguardia della popolazione dell'ambiente*, Roma, 1999, p. 70.

Anche le bassi dosi ovvero quelle confrontabili con le dosi derivanti dal fondo naturale di radioattività possono determinare effetti di tipo stocastico. Non può affermarsi, con certezza assoluta, sulla base delle conoscenze scientifiche possedute, che una sovrapposizione di dosi, che singolarmente possono essere poco rilevanti, in realtà, in appaiamento alle dosi naturali, causano effetti nocivi.

Sono proprio le basse dosi e l'irradiazione indiretta le fonti di "inquinamento" più subdolo. Il modello lineare senza soglia presuppone che l'effetto nocivo cresca linearmente al crescere del livello della dose di radiazione assorbita o della cosiddetta dose equivalente di radiazioni ionizzanti, e che questo valga anche per i valori piccoli della dose. La stessa comunità scientifica però ricorda che questo modello lineare è sviluppato in base alle conoscenze attuali. Non essendo misurabile il rischio a basse dosi in modo obiettivo si può verificare che il rischio a basse dosi è minore rispetto al modello lineare senza dose soglia (LNT) ovvero maggiore a seconda se sul modello lineare si crei una curva convessa o concava rispetto agli effetti attendibili dalla relazione lineare.

4. Entità e variabilità delle esposizioni a radiazioni ionizzanti

Al fine di quantificare l'entità e la variabilità delle esposizioni ionizzanti a scopo medico della popolazione residente, così da definire la "consistenza" delle dosi di radiazioni ricevute in modo diretto o indiretto dalla popolazione residente, il legislatore, in attuazione all'art. 168 del decreto legislativo del 31 luglio 2020, n. 101, recante "Attuazione della direttiva 2013/59/Euratom, che stabilisce norme fondamentali di sicurezza relative alla protezione contro i pericoli derivanti dall'esposizione alle radiazioni ionizzanti", ha stabilito, con decreto emanato dal Ministro della salute il 3 novembre 2023 "Determinazione dei dati che gli esercenti provvedono a trasmettere alla regione o alla provincia autonoma di competenza per la valutazione dell'entità e la variabilità delle esposizioni a radiazioni ionizzanti a scopo medico della popolazione residente" che per ogni categoria di procedura radiologica dovrà essere indicato il numero e il valore rilevante radioprotezionisticamente in modo che le singole regioni o province autonome provvedano a valutare l'entità e la variabilità delle esposizioni a scopo medico della popolazione residente.

Il decreto sancisce le norme di trasmissione dei dati relativi all'esposizione dei pazienti a regioni e province autonome che consentiranno di avere nel prossimo futuro le stime di dose della popolazione italiana in relazione alle radiazioni ionizzanti impiegate a scopo medico.

La norma, a ben osservare, richiama l'art. 14 della direttiva 96/29/Euratom del Consiglio, del 13 maggio 1996, che stabilisce le norme fondamentali di sicurezza relative alla protezione sanitaria della popolazione e dei lavoratori contro i pericoli derivanti dalle radiazioni ionizzanti il quale dispone che

l'esposizione dell'intera popolazione sia valutato con regolarità affinché le stime delle dosi per la popolazione nel suo insieme siano eseguite in modo concreto ovvero compiute nel modo più realistico possibile. Il monitoraggio si ritiene potrà fornire, nel suo insieme, una serie definita di risultati specifici per il controllo del grado di radioattività ambientale allo scopo di determinare l'esposizione della popolazione¹⁵.

Il decreto 3 novembre 2023 del Ministro della salute, pubblicato il 19 dicembre 2023, dà così piena attuazione alla disciplina che impone all'esercente, al responsabile dell'impianto radiologico, al medico specialista, al tecnico sanitario di radiologia medica e allo specialista in fisica medica, ognuno per quanto di competenza, di provvedere affinché le indagini radiologiche siano registrate singolarmente in modo da consentire un confronto radioprotezionistico. Le regioni e le province autonome nel valutare le entità e la variabilità delle esposizioni a scopo medico della popolazione residente, tenendo conto dei dati complessivi dell'attività sanitaria in loro possesso, promuovono la realizzazione di audit clinici, i cui risultati sono trasmessi al Ministero della salute.

Tale procedura consentirà ad ogni Stato membro di attuare quanto previsto dagli artt. 35 e 36 del Trattato Euratom ovvero effettuare un controllo permanente del grado di radioattività dell'atmosfera, delle acque e del suolo.

¹⁵ Quest'analisi consentirà al singolo Stato di attuare a quanto previsto dall'art. 35 del Trattato Euratom.

LA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA IN MATERIA DI ABUSIVISMO E TUTELA DEL DEMANIO MARITTIMO.

Fabio Taormina*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L’attività di edificazione abusiva sul demanio. In Italia. – 3. La Sicilia. – 4. Pirandello e la Sicilia. – 4.1. Uno. – 4.2. – Nessuno. – 4.3. – Centomila.

1. Premessa

L’evoluzione del concetto di tutela dell’ambiente¹ – inteso nel senso ampio di “luogo in cui viviamo” - ha traghettato il sistema giuridico italiano verso approdi che, probabilmente, non erano stati neppure preconizzati dai nostri Padri costituenti.

Si è passati dal concetto di paesaggio quale oggetto di apprezzamento quasi esclusivamente estetico² a un concetto molto più inclusivo ed ampio, sintetizzabile, appunto, con l’espressione prima indicata con le virgolette.

Volendo descrivere il tutto con una metafora un po’ semplificante, è come se si fosse verificata una “estensione oggettiva” delle consolidate considerazioni della giurisprudenza, secondo cui “la tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico è principio fondamentale della Costituzione (art. 9) ed ha carattere di preminenza rispetto agli altri beni giuridici che vengono in rilievo nella difesa del territorio”³ cui si aggiunge l’affermazione secondo la quale “alla funzione di tutela del paesaggio è estranea ogni forma di attenuazione determinata dal bilanciamento o dalla comparazione

* *Presidente di Sezione del Consiglio di Stato.*

¹ Intervento reso al convegno del 17 marzo 2024 presso l’Università degli Studi di Palermo Aula Chiazzese “La Tutela dell’ambiente marino e costiero nella prospettiva dei cambiamenti climatici” Organizzato da Università degli Studi di Palermo- Capitaneria di Porto-Guardia Costiera di Palermo. Master di II Livello in “Diritto e Tecnica della Transizione Ecologica” Progetto Europeo “Climate Justice Living Lab”.

Dall’Enciclopedia Treccani: “Il termine ambiente è utilizzato in senso promiscuo dal legislatore, per denotare tanto la realtà naturale quanto gli a. di vita e di lavoro. Nonostante, infatti, l’esistenza nell’ordinamento giuridico italiano di un molteplicità di leggi inerenti alla tutela ambientale, non è possibile individuare alcuna definizione normativa del concetto di ambiente. La stessa Costituzione non si riferisce a esso come bene oggetto di autonoma tutela, indicando piuttosto la tutela della salute come fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività (art. 32, co. 1). Le fonti più recenti del diritto interno, particolarmente condizionate dai principi elaborati in sede europea, comprendono nel concetto di a. ogni effetto dell’attività produttiva o di trasformazione del territorio, assimilando pertanto l’uomo stesso, la fauna, la flora, il suolo, l’aria, il clima, il paesaggio, l’interazione tra i fattori biotici e abiotici i beni materiali e il patrimonio culturale.”;

² Emblematica in proposito, l’impostazione delle leggi n. 1089 dell’1.6.1939 e 1497 del 29.6.1939, che costituirono l’humus sul quale venne innestato il –cronologicamente successivo e gerarchicamente sovraordinato- art. 9 della carta Fondamentale;

³ Cfr. Cons. Stato, Sez. II, 14 novembre 2019 n. 7839, in Foro amm., 2019, 11, 1790.

con altri interessi, ancorché pubblici, che di volta in volta possono venire in considerazione”⁴. Ciò, tenendo presente che la Corte costituzionale ha ribadito il valore “assoluto e primario” del paesaggio con le sentenze Corte cost., 20 ottobre 2017 n. 218 e n. 246/2017⁵.

Nel concetto di ambiente, oggi, confluiscono istituti che pur mantenendo una propria autonomia (e disciplina differenziata) quale appunto il paesaggio ma anche l’urbanistica e l’edilizia, concorrono nel definirlo e fissarne i contenuti. In quanto “bene diffuso”, esso sarebbe suscettibile di tutela e disciplina “trasversale” e quindi, in teoria ascrivibile a tutti gli enti territoriali della Repubblica.

Non sempre, però, la molteplicità di fonti normative, provenienti da Enti diversi, produce un incremento di tutela: a tacere d’altro, occorre, a monte, stabilire un ordine gerarchico, per evitare che, pur muovendo da certamente lodevoli buone intenzioni, il proliferare di norme produca antinomie, incertezze, disordine, contenzioso, risolvendosi in un affievolimento della tutela.

Il fondamentale intervento della giurisprudenza (soprattutto si fa riferimento agli autorevoli arresti del Giudice delle leggi), ha cercato di ovviare a questo (indesiderato da tutti gli Attori del sistema) possibile inconveniente.

Sarebbe impossibile, in proposito, nel breve tempo assegnato, ripercorrere analiticamente (ma anche soltanto per sommi capi) le tappe della evoluzione legislativa e della giurisprudenza, amministrativa e costituzionale: si deve, giocoforza, procedere facendo un “salto cronologico” di numerosi decenni, e ricordare che la Corte costituzionale, con la notissima decisione 28 giugno 2006, n. 246 ha delineato i rapporti tra legislazione nazionale e regionale, in punto di tutela di questo “bene” primario, denominato ambiente, nei seguenti termini: “La giurisprudenza costituzionale è costante nel senso di ritenere che la circostanza che una determinata disciplina sia ascrivibile alla materia “tutela dell’ambiente” di cui all’art. 117, secondo comma, lettera s), della Costituzione, se certamente comporta il potere dello Stato di dettare standard di protezione uniformi validi su tutto il territorio nazionale e non derogabili in senso peggiorativo da parte delle Regioni, non esclude affatto che le leggi regionali emanate nell’esercizio della potestà concorrente di cui all’art. 117, terzo comma, della Costituzione, o di quella “residuale” di cui all’art. 117, quarto comma, possano assumere fra i propri scopi anche finalità di tutela ambientale (si vedano, tra le molte, le sentenze numeri 336 e 232 del 2005; n. 259 del 2004 e n. 407 del 2002)”.

La Corte costituzionale, poi, ancora più di recente, ha precisato che “la collocazione della materia «tutela dell’ambiente [e] dell’ecosistema» tra quelle di esclusiva competenza statale non comporta che la disciplina statale vincoli in ogni caso l’autonomia delle Regioni”, atteso che “«Il carattere trasversale della materia, e quindi la sua potenzialità di estendersi anche nell’ambito delle competenze

⁴ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 2 marzo 2020 n. 1486, in Foro amm., 2020, 3, I, 573.

⁵ in Foro amm, 2017, 5, I, 1037 e Id., n. 246/2017, ivi, 6, I, 1263.

riconosciute alle Regioni, mantiene, infatti, salva la facoltà di queste di adottare, nell'esercizio delle loro attribuzioni legislative, norme di tutela più elevata» (sentenze nn. 7 e 147 del 2019, richiamate, da ultimo, dalla sentenza n. 21 del 2021; Id. n. 178 del 2019 e n. 258 del 2020).

Per altro verso, spostando l'analisi dal versante afferente l'ordine delle competenze e virando verso la sostanza della disciplina posta a tutela dell'ambiente, non può certo chiudersi questa disamina introduttiva senza fare un cenno alla giurisprudenza comunitaria, posto che l'applicazione del c.d. principio di precauzione alla tutela dell'ambiente rappresenta probabilmente la "punta" più avanzata di questa ricerca di efficaci forme di tutela del luogo ove viviamo⁶: la necessità della valutazione della c.d. "opzione zero" e l'affermazione secondo cui "il principio di precauzione prevede che quando sussistono incertezze 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" non sembra necessitino di soverchi commenti.

2. L'attività di edificazione abusiva sul demanio. In Italia

Sempre procedendo per "salti" (questa volta non solo cronologici, ma probabilmente, anche logici) e dato per dimostrato ciò che in precedenza si è invece, probabilmente, soltanto enunciato in punto di ricomprensione della c.d. "materia urbanistica" nel concetto di "ambiente", quale tassello che concorre nel definirne la consistenza e, quindi, la tutela, si può passare ad affrontare più da vicino il tema oggetto d'esame.

Muovendo dal titolo che è stato assegnato al breve intervento dello scrivente ("abusivismo e tutela del demanio marittimo") occorre in primo luogo chiedersi: v'è una specificità della legislazione nazionale che "giustifica" una trattazione autonoma dei fenomeni di abusivismo sul demanio (ivi compreso quello marittimo), rispetto a quella concernente l'abusivismo "in generale"?

La risposta è certamente positiva. Ciò, sotto plurimi profili, soltanto alcuni dei quali potranno essere in questa sede menzionati.

Limitandosi al quadro normativo vigente, si osserva che:

- a) l'art. 35 del decreto del Presidente della Repubblica del 6.6.2001 n. 380 disciplina autonomamente detta fattispecie, stabilendo che "1. Qualora sia accertata la realizzazione, da parte di soggetti diversi da quelli di cui all'articolo 28, di interventi in assenza di permesso di costruire, ovvero in totale o parziale difformità dal medesimo, su suoli del demanio o del patrimonio dello Stato o di enti pubblici, il dirigente o il responsabile dell'ufficio, previa diffida

⁶ Corte di giustizia dell'Unione europea, Prima Sezione, sent. 9 giugno 2016 nelle cause riunite C-78/16 e C-79/16.

non rinnovabile, ordina al responsabile dell'abuso la demolizione ed il ripristino dello stato dei luoghi, dandone comunicazione all'ente proprietario del suolo.² La demolizione è eseguita a cura del comune ed a spese del responsabile dell'abuso.³ Resta fermo il potere di autotutela dello Stato e degli enti pubblici territoriali, nonché quello di altri enti pubblici, previsto dalla normativa vigente.^{3-bis}. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche agli interventi edilizi di cui all'articolo 23, comma 1, eseguiti in assenza di segnalazione certificata di inizio attività', ovvero in totale o parziale difformità dalla stessa."⁷;

- b) v'è quindi un "trattamento" differenziato, dell'abusivismo su area demaniale (ivi compresa ovviamente quella insistente sul demanio marittimo) rispetto a quello ordinario: l'opera abusiva insistente sul demanio va demolita tout court⁸, senza che possano ipotizzarsi fattispecie di

⁷ sul tema, vanno altresì citati gli artt. 27 e 28 del predetto decreto del Presidente della Repubblica del 6.6.2001 n. 380, che di seguito si riportano: Art. 27 – (L) Vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia: "1. Il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale esercita, anche secondo le modalità stabilite dallo statuto o dai regolamenti dell'ente, la vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia nel territorio comunale per assicurarne la rispondenza alle norme di legge e di regolamento, alle prescrizioni degli strumenti urbanistici ed alle modalità esecutive fissate nei titoli abilitativi. 2. Il dirigente o il responsabile, quando accerti l'inizio o l'esecuzione di opere eseguite senza titolo su aree assoggettate, da leggi statali, regionali o da altre norme urbanistiche vigenti o adottate, a vincolo di inedificabilità, o destinate ad opere e spazi pubblici ovvero ad interventi di edilizia residenziale pubblica di cui alla legge 18 aprile 1962, n. 167, e successive modificazioni ed integrazioni, nonché in tutti i casi di difformità dalle norme urbanistiche e alle prescrizioni degli strumenti urbanistici, provvede alla demolizione e al ripristino dello stato dei luoghi. Qualora si tratti di aree assoggettate alla tutela di cui al regio decreto 30 dicembre 1923, n. 3267, o appartenenti ai beni disciplinati dalla legge 16 giugno 1927, n. 1766, nonché delle aree di cui al decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490, il dirigente provvede alla demolizione ed al ripristino dello stato dei luoghi, previa comunicazione alle amministrazioni competenti le quali possono eventualmente intervenire, ai fini della demolizione, anche di propria iniziativa. Per le opere abusivamente realizzate su immobili dichiarati monumento nazionale con provvedimenti aventi forza di legge o dichiarati di interesse particolarmente importante ai sensi degli articoli 6 e 7 del decreto legislativo. 29 ottobre 1999, n.490, o su beni di interesse archeologico, nonché per le opere abusivamente realizzate su immobili soggetti a vincolo o di inedificabilità assoluta in applicazione delle disposizioni del titolo II del decreto legislativo. 29 ottobre 1999, n.490, il Soprintendente, su richiesta della regione, del comune o delle altre autorità preposte alla tutela, ovvero decorso il termine di 180 giorni dall'accertamento dell'illecito, procede alla demolizione, anche avvalendosi delle modalità operative di cui ai commi 55 e 56 dell'articolo 2 della legge 23 dicembre 1996, n.662.3. Ferma rimanendo l'ipotesi prevista dal precedente comma 2, qualora sia constatata, dai competenti uffici comunali d'ufficio o su denuncia dei cittadini, l'inosservanza delle norme, prescrizioni e modalità di cui al comma 1, il dirigente o il responsabile dell'ufficio, ordina l'immediata sospensione dei lavori, che ha effetto fino all'adozione dei provvedimenti definitivi di cui ai successivi articoli, da adottare e notificare entro quarantacinque giorni dall'ordine di sospensione dei lavori. Entro i successivi quindici giorni dalla notifica il dirigente o il responsabile dell'ufficio, su ordinanza del sindaco, può procedere al sequestro del cantiere. 4. Gli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria, ove nei luoghi in cui vengono realizzate le opere non sia esibito il permesso di costruire, ovvero non sia apposto il prescritto cartello, ovvero in tutti gli altri casi di presunta violazione urbanistico-edilizia, ne danno immediata comunicazione all'autorità giudiziaria, al competente organo regionale e al dirigente del competente ufficio comunale, il quale verifica entro trenta giorni la regolarità delle opere e dispone gli atti conseguenti.";

Art. 28 – (L) Vigilanza su opere di amministrazioni statali: "1. Per le opere eseguite da amministrazioni statali, qualora ricorrano le ipotesi di cui all'articolo 27, il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale informa immediatamente la regione e il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, al quale compete, d'intesa con il presidente della giunta regionale, la adozione dei provvedimenti previsti dal richiamato articolo 27."

⁸ tra le tante: T.A.R. Napoli, sez. VII, 5.10.2020, n.4266 "La disciplina di cui all'art. 35, d.P.R. n. 380/2001, differente rispetto a quella ordinaria dettata dall'art. 31 del T.U. Edilizia e che non prevede l'irrogazione di sanzioni pecuniarie, trova la propria giustificazione nella peculiare gravità della condotta sanzionata, che riguarda la costruzione di opere abusive su suoli pubblici. A ciò consegue, fra l'altro, che la norma non lascia all'ente locale alcuno spazio per valutazioni discrezionali, una volta accertata la realizzazione di interventi eseguiti in assenza o in totale difformità del permesso di costruire su suoli demaniali, che impone di ordinarne la demolizione a cura del Comune e a spese del responsabile dell'abuso. In altri termini una volta accertato il carattere abusivo dell'opera ai sensi degli artt. 31 e 35, T.U. Edilizia, il

fiscalizzazione dell'abuso; l'Amministrazione non ha alcun margine discrezionale, il provvedimento è vincolato;

- c) la ratio di tale trattamento differenziato, coincide con la considerazione della natura permanente dell'abuso, che invero tra l'altro, la fattispecie di reato di cui all'art.1161 del codice della

provvedimento di ingiunzione alla rimozione del manufatto si configura per l'Amministrazione come atto dovuto e vincolato, come previsto dal comma 2 dell'art. 31, T.U. Edilizia, con la conseguenza che i relativi provvedimenti, quali l'ordinanza di demolizione, costituiscono atti vincolati per la cui adozione non è necessario dare notizia dell'avvio del procedimento, non essendovi spazio per momenti partecipativi del destinatario dell'atto.”; Consiglio di Stato sez. VII, 26.1.2023, n.897 “Il fatto che un manufatto sia stato costruito su un suolo comunale, senza alcun titolo abilitativo, giustifica l'irrogazione della misura vincolata ex art. 35 d.P.R. n. 380/2001, rivolta a tutelare le aree demaniali o di enti pubblici dalla costruzione di manufatti da parte di privati, senza necessità di accertare l'epoca della realizzazione.”.

navigazione⁹, mentre è pacifico, nella giurisprudenza di legittimità penale, che il reato di abusiva edificazione “semplice” ha natura istantanea con effetti permanenti¹⁰;

d) i beni demaniali (unitamente ai beni patrimoniali indisponibili) sono attributari di una protezione “rafforzata”, potendo l’Amministrazione agire a tutela dei medesimi mercè la c.d.

⁹ Alla consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione (ex multis Cassazione penale sez. III, 12.6.2020, n.20088 vanno ascritti i seguenti approdi: “il reato di abusiva occupazione di spazio demaniale marittimo (artt. 54 e 1161 c.n.) è configurabile anche in mancanza di un esplicito atto di destinazione demaniale del bene, derivando la demanialità dalle caratteristiche intrinseche di quest’ultimo, sicchè, se esso è compreso nelle categorie previste dall’art. 28 c.n. e sia adibito ad usi attinenti alla navigazione, rientra nel demanio marittimo (Sez.3, n. 46351 del 27/10/2011, Rv.251343 – 01).In particolare, il demanio marittimo è formato dai beni indicati nell’art. 822 c.c. (lido del mare, spiagge, rade e porti) e nell’art. 28 c.n., che aggiunge le lagune, le foci dei fiumi che sboccano in mare, i bacini di acqua salsa o salmastra che almeno durante una parte dell’anno comunicano liberamente con il mare e i canali utilizzabili ad uso pubblico marittimo. Ognuno dei beni dianzi enumerati è contraddistinto dall’essere idoneo ai pubblici usi del mare e tale criterio, desunto dall’art. 28 c.n., guida tradizionalmente la giurisprudenza nelle controversie tendenti ad accertare i confini del demanio marittimo.

Il lido del mare è quella zona della riva a contatto diretto con le acque, che si estende all’interno fino al limite massimo delle mareggiate ordinarie. La spiaggia è costituita dalla zona che dal margine interno del lido si estende verso terra senza confini determinati. La minore o maggiore estensione della spiaggia si pone in relazione all’avanzarsi o al ritrarsi del mare: in particolare, quando questo si ritrae la spiaggia si allarga, costituendo gli arenili, i quali, ove non servano ai pubblici usi del mare, possono essere esclusi dal demanio marittimo, con decreto ministeriale adottato ai sensi dell’art. 35 c.n. e restano demaniali fino all’emanazione di un tale provvedimento espresso di sclassificazione (cfr, in motivazione, Sez. 3, n. 28156 del 04/05/2006, Rv.234937 – 01).Trattandosi di demanio naturale, l’ampiezza del lido del mare e della spiaggia può variare in modo anche notevole a seconda che i loro caratteri oggettivi (natura sabbiosa o ghiaiosa del terreno, eccetera) si presentino in modo più o meno esteso verso la terraferma (Sez. 3, n. 4534 del 27/09/1976 – dep. 31/03/1977, Croci, Rv. 136954).E’ pacifico, inoltre, che il procedimento amministrativo di delimitazione di determinate zone del demanio marittimo (disciplinato dall’art. 32 c.n. ed affidato, in caso di obiettiva incertezza, all’iniziativa discrezionale, in base al principio dell’autotutela, del capo del compartimento marittimo competente) ha carattere semplicemente ricognitivo e non costitutivo della demanialità del lido, della spiaggia e dell’arenile, nel senso cioè dell’accertamento di una preesistente qualifica giuridica (la demanialità di tali beni).Peraltro, in considerazione di tale limitata natura del procedimento amministrativo di delimitazione del demanio marittimo, la mancanza di esso non esplica alcuna influenza sull’accertamento dei reati di cui agli artt. 54, 55 e 1161 c.n. (Sez. 3 del 29.4.2004, n. 20124, Testa; 31.5.2002, n. 21386, P.M. in proc. Salerno; 24.4.1995, n. 4332, Capua; 17.10.1986, n. 11094, Accardi; 11.10.1976, n. 10010, Raviele); neppure è configurabile l’ipotesi di sdemanializzazione tacita del demanio marittimo, proprio perchè la demanialità è una qualità che deriva direttamente e originariamente dalla legge, sicchè i beni che ne sono oggetto sfuggono a qualsiasi forma di sdemanializzazione tacita, potendosi attuare solamente quella espressa mediante uno specifico provvedimento di carattere costitutivo da parte della competente autorità amministrativa (Sez. 2, n. 599 del 01/02/1988 – dep. 20/01/1989, Izzi, Rv. 180214; Sez. 3, n. 865 del 22/02/1996 – dep. 03/04/1996, Coppola, Rv. 204303; Sez. 3, n. 25165 del 21/05/2009 – dep. 17/06/2009, Olivetti, Rv. 244085 (Sez.3, n. 17424 del 10/03/2016, Rv. 267025 – 01; Sez. 3, n. 25165 del 21/05/2009, Rv. 244085 – 01).Va, inoltre, evidenziato che, secondo la consolidata giurisprudenza di legittimità, il fatto che un terreno sia indicato nelle mappe catastali come compreso nel demanio marittimo dimostra che è stata a suo tempo espletata la procedura di delimitazione di cui al combinato disposto degli artt. 32 c.n. e art. 58 regolamento di attuazione per la navigazione marittima, sicchè, in assenza di alterazioni dello stato di fatto, quali determinate da sconvolgimenti del terreno o da fenomeni di spostamento della linea di battigia per cause naturali, la natura demaniale del medesimo terreno, così come verificata e registrata, non può essere oggetto di contestazione (Sez. 3, n. 12606 del 20/10/2000, Rv. 217394; Sez. 3, n. 36179 del 02/07/2003, Rv. 225884; Sez.3, n. 18691 del 22/03/2016, Rv.267029 – 01).”

¹⁰ ex aliis Cassazione penale sez. III, 22.6.2022, n.33105:”In tema di tutela del demanio marittimo le innovazioni non autorizzate che limitino il godimento del bene da parte della collettività, determinando un’occupazione abusiva dell’area o un ampliamento di quella autorizzata, integrano il reato permanente di abusiva occupazione di cui all’art. 1161, comma 1, prima parte, c. nav.”; Cassazione penale sez. III, 15.2.2017, n.36605:”Il reato di esecuzione, senza autorizzazione o in violazione della stessa, di opere in zona distante meno di trenta metri dal demanio marittimo (cd. fascia di rispetto), previsto dagli artt. 55 e 1161 del codice della navigazione, ha natura permanente e cessa solo con il conseguimento dell’autorizzazione prescritta o con la demolizione del manufatto edificato entro la fascia demaniale.”

“autotutela esecutiva” ex art. 823 cc¹¹ e sono soggetti ad una disciplina “geneticamente” particolare (inusucaibili, inoccupabili dai privati, etc); nell’ambito dei beni demaniali, ancor più peculiare è la disciplina di quelli rientranti nel demanio marittimo¹².

Fortunatamente, nell’esperienza giudiziaria, non sono frequentissimi i casi di abusiva edificazione su area demaniale. Sono invece assai più numerose le ipotesi di manufatti abusivi insistenti nelle fasce di rispetto dei beni demaniali. A questa fattispecie, verranno dedicati i successivi approfondimenti, e verrà altresì chiarita la ragione per la quale, quanto alla protezione del demanio marittimo, sia doveroso volgere lo sguardo alle peculiarità della legislazione siciliana.

3. La Sicilia

Si dedica una autonoma trattazione della tematica volgendo lo sguardo alla legislazione siciliana, non soltanto quale necessario momento di approfondimento dal momento che la sede di questo incontro di studi è nel capoluogo siciliano, ma, soprattutto, perché, -si vuole in anticipo precisare- la legislazione regionale siciliana in tema di protezione delle coste è stata per lungo tempo elevata a modello di tutela e (lo si sottolinea con qualche legittimo orgoglio, da siciliano) negli anni “copiata” da numerose altre Regioni, a testimonianza evidente del pregio delle soluzioni ivi adottate (“anticipatrici” del c.d. “decreto Galasso”¹³ e della giurisprudenza della Corte costituzionale che si è prima citata, con la quale si è riconosciuta alle Regioni la possibilità di dotarsi di “norme di tutela più elevata”).

¹¹ Cassazione civile sez. un., 15.3.2012, n.4127:”l’art. 823 c.c. ammette espressamente che la p.a. possa, anziché esercitare poteri di autotutela, avvalersi dei mezzi ordinari apprestati dal codice civile a tutela dei beni che fanno parte del demanio pubblico. Tale tutela giurisdizionale deve ritenersi comprensiva di quella di chiedere al giudice ordinario l’accertamento della natura demaniale che il privato disconosca anche facendo a sua volta valere il diritto di proprietà sul medesimo immobile. Tale principio non soffre deroga ove la controversia verta sulla appartenenza o meno del bene al demanio marittimo in quanto anche tale demanialità consegue direttamente dalla legge e non postula l’emanazione di atti amministrativi, necessari solo nella diversa ipotesi in cui si discuta non sulla natura demaniale del bene ma sulla esatta delimitazione dei suoi confini, rendendo necessario il suddetto procedimento amministrativo di cui all’art. 32 c.nav. e all’art. 58 del relativo regolamento, a causa dell’incertezza oggettiva sul fondo tra il demanio e le proprietà private. Comunque, concluso il procedimento amministrativo, qualora gli interessati non intendano accettare il provvedimento ministeriale e danno origine a una controversia in sede giurisdizionale, i termini della contesa non si spostano continuando ad avere per oggetto il diritto soggettivo di proprietà dei beni, la cui demanialità è in contestazione. Deriva da quanto precede, pertanto, che tale controversia rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, quali che siano i vizi, gli errori e le violazioni sostanziali e procedurali in cui sia incorsa l’amministrazione.”.

¹² ex multis, Cassazione civile sez. II, 11.5.2009, n.10817: “a differenza di quanto previsto dall’art. 829 c.c. – secondo cui il passaggio di un bene dal demanio pubblico al patrimonio ha natura dichiarativa e può avvenire anche tacitamente – per i beni appartenenti al demanio marittimo, tra i quali si include la spiaggia, comprensiva dell’arenile, non è possibile che la sdemanializzazione si realizzi in forma tacita, essendo necessaria, ai sensi dell’art. 35 c. nav., l’adozione di un espresso e formale provvedimento della competente autorità amministrativa, avente carattere costitutivo.”.

¹³ decreto-Legge 27 giugno 1985, n. 312 convertito con modificazioni nella legge 8 agosto 1985, n. 431 recante “Disposizioni urgenti per la tutela delle zone di particolare interesse ambientale”, art.1 lett. a): “Sono sottoposti a vincolo paesaggistico ai sensi della legge 29 giugno 1939, n. 1497:a) i territori costieri compresi in una fascia della profondità di 300 metri dalla linea di battigia, anche per i terreni elevati sul mare”.

E' a tutti nota, la specialità ordinamentale della Sicilia, la particolare latitudine dello statuto¹⁴ autonomistico di questa (cronologicamente antecedente, addirittura alla stessa Carta costituzionale, e da quest'ultima ribadito) e sono del pari ben note le prerogative legislative a questa assegnate.

Sul punto, la giurisprudenza ha in passato affermato che l'estraneità della disciplina ambientale alla competenza esclusiva della Regione Siciliana non trovasse riscontro "nella competenza esclusiva attribuita alla potestà normativa regionale dall'art. 14, lett. f) dello Statuto Speciale in materia di "urbanistica", intesa dall'art. 34 del d.lgs. n. 80/1998 come materia che disciplina "tutti gli aspetti dell'uso del territorio"; ovvero, come "la disciplina dell'uso del territorio comprensiva di tutti gli aspetti conoscitivi, normativi e gestionali riguardanti le operazioni di salvaguardia e di trasformazione del suolo nonché la protezione dell'ambiente", secondo il significato espresso dall'art. 80 d.P.R. n. 616/1977, che appare ancora più comprensivo nel voler sottolineare l'osmosi funzionale della tutela ambientale per gli scopi di benessere economico collettivo assegnati dall'ordinamento alla disciplina urbanistica del territorio, secondo un indirizzo che si è manifestato ancor prima della entrata in vigore della Costituzione repubblicana"¹⁵.

Il motivo per cui si è voluto (tra i tanti in materia) richiamare questo arresto della giurisprudenza, sarà immediatamente chiaro, non appena verranno declinate le disposizioni che, in Sicilia, regolano l'attività edilizia nelle aree limitrofe alle coste (il che avverrà immediatamente di seguito). Sebbene sia ben noto che eleganza espositiva vorrebbe che non si procedesse alla testuale lettura delle norme, (dandone per presupposta la conoscenza) e che, al contempo, le stesse venissero "confinare" in nota nel testo scritto, si procede consapevolmente a violare la "netiquette" nel tentativo di rendere questo breve contributo "autoconclusivo", e il testo scritto di agevole lettura.

Giova richiamare, in primo luogo la "norma madre", contenuta al comma 1 lett. a) dell'art. 15 della legge regionale della Sicilia 12.6.1976 n. 78, della quale si riporta integralmente il testo "Ai fini della formazione degli strumenti urbanistici generali comunali debbono osservarsi, in tutte le zone omogenee ad eccezione delle zone A e B, in aggiunta alle disposizioni vigenti, le seguenti prescrizioni: a) le costruzioni debbono arretrarsi di metri 150 dalla battigia; entro detta fascia sono consentite opere ed impianti destinati alla diretta fruizione del mare, nonché la ristrutturazione degli edifici esistenti senza alterazione dei volumi già realizzati; b) entro la profondità di metri 500 a partire dalla battigia l'indice di densità edilizia territoriale massima è determinato in 0,75 mcmq; c) nella fascia compresa fra i 500 ed i 1.000 metri dalla battigia l'indice di densità edilizia territoriale massima

¹⁴ Regio Decreto Legislativo del 15 maggio 1946 n. 455 recante lo Statuto della Regione siciliana convertito dalla legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 2; per un'analisi dei rapporti tra Costituzione della Repubblica e Statuto regionale, si veda Cgars, Ordinanza collegiale n. 566 del 12.5.2022, da cui è scaturita Corte cost. n. 63 del 7 aprile 2023.

¹⁵ Cgars, Adunanza delle Sezioni riunite del 20 febbraio 2018, Affare n. 00233/2017.

è determinato in 1,50 mcmq;d) le costruzioni, tranne quelle direttamente destinate alla regolazione del flusso delle acque, debbono arretrarsi di metri 100 dalla battigia dei laghi misurata nella configurazione di massimo invaso;e) le costruzioni debbono arretrarsi di metri 200 [dal limite dei boschi, delle fasce forestali] e dai confini dei parchi archeologici. Nell'ambito del territorio della Regione non è applicabile la disposizione contenuta nel terzo comma dell'art. 17 della legge 6 agosto 1967, n. 765”.

Ulteriore disposizione di rilevante importanza, si rinviene – seguendo un ordine che, come si chiarirà di seguito, non è (soltanto) cronologico, ma è invece improntato ai parametri del rilievo e dell'importanza, nella legge regionale della Sicilia 10.8.1985 n. 37 (recante “nuove norme in materia di controllo dell'attività urbanistico edilizia- riordino urbanistico e sanatoria delle opere abusive”), all'art. 23 (la cui rubrica reca “condizioni di applicabilità della sanatoria”) che ai commi 10 e 11 così dispone: “Per le costruzioni che ricadono in zone vincolate da leggi statali o regionali per la tutela di interessi storici, artistici, architettonici, archeologici, paesistici, ambientali, igienici, idrogeologici, delle coste marine, lacuali o fluviali, le concessioni in sanatoria sono subordinate al nulla – osta rilasciato dagli enti di tutela sempre che il vincolo, posto antecedentemente all' esecuzione delle opere, non comporti inedificabilità e le costruzioni non costituiscano grave pregiudizio per la tutela medesima; restano altresì escluse dalla concessione o autorizzazione in sanatoria le costruzioni eseguite in violazione dell'art. 15, lett. a, della legge regionale 12 giugno 1976, n. 78, ad eccezione di quelle iniziate prima dell'entrata in vigore della medesima legge e le cui strutture essenziali siano state portate a compimento entro il 31 dicembre 1976. Qualora le costruzioni di cui al comma precedente siano già ricomprese in piani particolareggiati di recupero approvati e siano compatibili con i piani stessi e sui piani particolareggiati si siano espressi gli enti preposti alla tutela dei vincoli, le concessioni o le autorizzazioni in sanatoria sono rilasciate senza ulteriori richieste di nulla-osta degli enti che hanno rilasciato autorizzazioni in sede di approvazione dei piani”¹⁶.

4. Pirandello e la Sicilia.

4.1. Uno

¹⁶ I più anziani, ricorderanno che la prima di dette disposizioni fu fortissimamente voluta dall'allora giovane assessore alla Presidenza con delega al bilancio della Regione siciliana Piersanti Mattarella, che nel il 9 febbraio del 1978 divenne poi Presidente della Regione Sicilia e che venne barbaramente ucciso il 6 gennaio 1980; l'approvazione di detta legge suscitò aspre polemiche e contrasti; altrettanto “problematica” fu l'approvazione della legge regionale della Sicilia, 10.8.1985 n. 37: all'indomani della pubblicazione di detta legge, “accusata” di essere più restrittiva di quella nazionale, seguirono proteste e persino blocchi stradali; essa venne approvata a strettissima maggioranza, e ben 37 dei deputati che votarono a favore, non furono rieletti alla consultazione elettorale che si tenne l'anno successivo, nel 1986; tra i deputati che votarono a favore e che vennero poi “bocciati” alle urne, v'era anche il padre dello scrivente, capogruppo del partito liberale all'Ars; se mi è consentito un ricordo personale, mio padre non si pentì mai di quel voto a favore.

L'esposizione dello scrivente, contenuta all'essenziale, potrebbe (e, per le ragioni che verranno chiarite alla fine di questa esposizione dovrebbe, probabilmente) arrestarsi qui. Senonché, essa non sarebbe completa, se non desse conto di altre due "fonti" normative.

Con la legge regionale siciliana 30.4.1991 n. 15, all'art. 2 comma 3, (recante "Proroga dell'efficacia dei vincoli contenuti negli strumenti urbanistici generali nonché di quelli apposti ai sensi dell'articolo 6 della legge regionale 6 maggio 1981, n. 98") è stato stabilito quanto segue: "1. L'efficacia dei vincoli contenuti negli strumenti urbanistici generali indicati dall'articolo 1 della legge regionale 5 novembre 1973, n. 38, già decaduti per decorrenza di termini, è prorogata sino al 31 dicembre 1992.2. Qualora l'efficacia dei vincoli di cui al comma 1 decada entro il 31 dicembre 1992, la stessa è prorogata fino alla predetta data.3. Le disposizioni di cui all'articolo 15, primo comma, lettere a, d, ed e della legge regionale 12 giugno 1976, n. 78 devono intendersi direttamente ed immediatamente efficaci anche nei confronti dei privati. Esse prevalgono sulle disposizioni degli strumenti urbanistici generali e dei regolamenti edilizi.4. I vincoli apposti ai sensi dell'articolo 6 della legge regionale 6 maggio 1981, n. 98, ancorché scaduti, sono prorogati di un ulteriore biennio a far data dall'entrata in vigore della presente legge.". Infine, con la Legge regionale siciliana del 31.5.1994 n. 17, all'art. 6 (rubricato "autorizzazione al mutamento di destinazione d'uso per gli immobili edificati nelle zone a verde agricolo") sono state apportate alcune modifiche alla legge urbanistica, tra le quali l'inserzione della lett. e) "rispetto delle distanze stabilite dall'articolo 15 della legge regionale 12 giugno 1976, n. 78, come interpretato dall'articolo 2 della legge regionale 30 aprile 1991, n. 15" nell'originario impianto dell'articolo 22 della legge regionale 27 dicembre 1978, n. 71¹⁷.

¹⁷ Il testo integrale del richiamato art. 6 è il seguente: "L'articolo 22 della legge regionale 27 dicembre 1978, n. 71, è così sostituito:" Art. 22 1. Nelle zone destinate a verde agricolo dai piani regolatori generali sono ammessi impianti o manufatti edilizi destinati alla lavorazione o trasformazione di prodotti agricoli o zootecnici locali ovvero allo sfruttamento a carattere artigianale di risorse naturali nella zona tassativamente individuate nello strumento urbanistico.2. Le concessioni edilizie rilasciate ai sensi del comma 1 devono rispettare le seguenti condizioni:a) rapporto di copertura non superiore a un decimo dell'area di proprietà proposta per l'insediamento;b) distacchi tra fabbricati non inferiori a m. 20;c) distacchi dai cigli stradali non inferiori a quelli fissati dall'articolo 26 del DPR 16 dicembre 1992, n. 495;d) parcheggi in misura non inferiore ad un quinto dell'area interessata;e) rispetto delle distanze stabilite dall'articolo 15 della legge regionale 12 giugno 1976, n. 78, come interpretato dall'articolo 2 della legge regionale 30 aprile 1991, n. 15.2. Per gli immobili già ultimati alla data di entrata in vigore della presente legge, in base a regolare concessione edilizia rilasciata a norma del previgente testo dell'articolo 22 della legge regionale 27 dicembre 1978, n. 71, o comunque realizzati in zona agricola secondo le previsioni del piano regolatore generale e che non possono più essere utilmente destinati alle finalità economiche originarie, è facoltà dei comuni consentire il cambio di destinazione d'uso con riferimento ad altra attività, ancorché diversa da quella originaria, nel rispetto della cubatura esistente e purchè la nuova destinazione non sia in contrasto con rilevanti interessi urbanistici o ambientali. E' in ogni caso esclusa l'autorizzazione per il cambio della destinazione in uso abitativo.3. La variazione della destinazione d'uso, di cui al comma 2, può essere autorizzata solo se siano trascorsi almeno tre anni dalla data di rilascio della concessione edilizia.4. L'autorizzazione di cui ai commi 2 e 3 è rilasciata nel rispetto delle procedure e dei criteri stabiliti dall'articolo 10 della legge regionale 10 agosto 1985, n. 37, commi 3 e 4.4 bis. La disposizione di cui al comma 1 dell'articolo 22 della legge regionale 27 dicembre 1978, n. 71, come sostituito dal presente articolo, non si applica alle domande di concessione edilizia conformi alla normativa prevista sulle

A che pro, ci si potrebbe fondatamente chiedere, scomodare, nella intitolazione del paragrafo, il famoso scrittore e drammaturgo agrigentino, già premio nobel della letteratura? Il motivo è molto semplice. La giurisprudenza amministrativa¹⁸ aveva già raggiunto una stabile concordanza di opinioni nell'interpretare armonicamente la “norma madre”, contenuta al comma 1 lett. a) dell'art. 15 della legge regionale della Sicilia 12.6.1976 n. 78, e l'art. 23 (la cui rubrica reca “condizioni di applicabilità della sanatoria”) comma 10 della legge regionale della Sicilia, 10.8.1985 n. 37 (recante disposizioni in materia di condono), stabilendo che:

a) il precetto di cui all'art. 15 lett a) riguardasse unicamente i comuni (“il secondo argomento addotto nello impugnato provvedimento di diniego ed esattamente disatteso dal TAR riguarda l'asserito contrasto della richiesta concessione edilizia rispetto all'art. 15 lett. a) della 1. reg. 12 giugno 1976, n. 78: disposizione che esattamente il TAR ha ritenuto inapplicabile, trattandosi di precetto rivolto ai Comuni i quali, nella formazione dei futuri strumenti urbanistici, avrebbero dovuto vietare in zone diverse da quelle A e B la edificazione a meno di 150 metri dalla battigia, consentendo entro detta fascia soltanto opere e impianti destinati alla diretta fruizione del mare e la ristrutturazione di edifici esistenti senza alterazione dei volumi già realizzati. A fronte di una chiarissima portata letterale della: norma, che non pone un diretto ed immediato vincolo di inedificabilità -o di non modificabilità anche qualitativa degli edifici preesistenti) nei pressi delle coste, ma vincola i comuni a conformarsi nella redazione dei futuri strumenti urbanistici”);

b) esso non istituisse immediatamente un vincolo di inedificabilità entro la fascia di 150 metri dalla battigia;

c) fosse errata la tesi secondo la quale “l'art. 23 comma 10 della legge regionale della Sicilia, 10.8.1985 n. 37 avesse abrogato implicitamente la parte dell'art. 15 che indicava nei comuni i destinatari della norma rendendola immediatamente applicabile nei confronti dei privati”;

d) tra le due disposizioni, “non v'era, invece, alcuna incompatibilità assoluta costituente indispensabile presupposto l'abrogazione tacita: al contrario, le due disposizioni possono coesistere. Infatti l'art. 23 della 1. reg. n. 37 1985 indica entro quali limiti sia consentita la sanatoria degli edifici abusivi, per tali intendendosi quelli eseguiti, tra l'altro, in mancanza di concessione edilizia, fossero, o meno, difformi rispetto alla disciplina urbanistica”;

d) in tale prospettiva “la non sanabilità di edifici abusivamente realizzati in violazione del citato art. 15 non comportava la immediata applicabilità di questo nei confronti dei privati, e quindi non

quali si è favorevolmente pronunciata la commissione edilizia comunale alla data di entrata in vigore della presente legge”.

¹⁸ Cgars 26 marzo 1991 n. 99 sui riuniti ricorsi 204 e 220 del 1989.

vietava il rilascio di concessioni edilizie, sino a quando i comuni non avessero inserito nei loro strumenti urbanistici i divieti e le limitazioni posti dall'art.15”;

f) l'art. 23 predetto, voleva “invece impedire che vengano sanati edifici abusivamente costruiti senza concessione edilizia nelle zone previste dall'art. 15 e ciò proprio al fine di garantire che la futura pianificazione urbanistica – adeguandosi ai limiti posti dall'articolo 15 stesso – non trovi la situazione ormai irrimediabilmente compromessa da edifici abusivi nel frattempo realizzati e resi ormai ineliminabili ove la sanatoria –anziché vietata- fosse stata consentita”.

Senonché, come appena visto, il legislatore regionale ritenne di intervenire nuovamente sul tema.

4.2. Nessuno

La sentenza del Cgars n. 99 del 1991¹⁹ che si è ampiamente citata prima, assunta in decisione il 23 gennaio 1991 e pubblicata il 26 marzo 1991 ed è di chiarezza e geometria logica, esemplare, anche laddove si sofferma nel chiarire la ratio delle disposizioni predette (ratio, peraltro, “trasparente”, sol che ci si faccia carico di esaminare i lavori preparatori e il dibattito parlamentare tenutosi all'Ars). Senonché, nel mese di aprile successivo²⁰, il Legislatore regionale con la legge 30.4.1991 n. 15, all'art. 2 comma 3 ritenne di intervenire sul tema, stabilendo che “Le disposizioni di cui all'articolo 15, primo comma, lettere a, d, ed e della legge regionale 12 giugno 1976, n. 78 devono intendersi direttamente ed immediatamente efficaci anche nei confronti dei privati. Esse prevalgono sulle disposizioni degli strumenti urbanistici generali e dei regolamenti edilizi” e, poi, – come chiarito in precedenza- successivamente, nel 1994, fece riferimento all'art. 15, siccome appunto “autenticamente interpretato” dal citato art. 2 comma 3 della legge n. 15 del 1991.

Sul perché il Legislatore regionale si sia risolto ad adottare questa iniziativa, (peraltro discordante, rispetto all'approdo raggiunto dalla giurisprudenza del Cgars ancora appena un mese prima) vi sono pochi dubbi: i comuni non erano stati sollecitati nell'adeguare i propri strumenti urbanistici al precetto di cui al comma 1 lett. a) dell'art. 15 della legge regionale della Sicilia 12.6.1976 n. 78 e ci si trovava al cospetto del “problema” rappresentato da eventuali domande di concessione edilizia²¹ avanzate dai privati con riferimento ad aree rientranti nei 150 metri dalla battigia, e rimaste inevase.

La questione non riguardava (e non riguarda) affatto le domande di sanatoria riguardanti edifici abusivamente edificati nella fascia di rispetto tra il 1976 e il 1985, in quanto “normati” dalla legge

¹⁹ Presidente Mario Egidio Schinaia, che successivamente diverrà Presidente del Consiglio di Stato, estensore Luigi Cossu.

²⁰ esattamente il 30.4.1991 con la legge n. 15, art. 2 comma 3.

²¹ Così, al tempo, era denominato ciò che oggi si chiama permesso di costruire ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica del 6.6.2001 n. 380.

del 1985 n. 37, art. 23 comma 10, come – si confida di aver dimostrato – venne lucidamente colto dalla giurisprudenza precedente alla norma di “interpretazione autentica” prima richiamata.

In ogni caso, anche nel 1994, il Legislatore regionale fece riferimento a quest’ultima, nel fare disciplinare l’edificazione nella fascia di rispetto della battigia dove era stato previsto un vicolo assoluto di inedificabilità.

4.3. Centomila

La confusione che è seguita a questo singolare intervento di interpretazione autentica ascrivibile al Legislatore regionale è stata consistente, e da essa non è rimasta immune la giurisprudenza.

Ciò che è accaduto, infatti, è stato che:

a) i comuni, nei provvedimenti da essi emessi, reiettivi delle istanze di sanatoria degli edifici abusivi edificati entro la fascia dei 150 metri dalla battigia, hanno fatto riferimento alla norma di interpretazione autentica suddetta;

b) la giurisprudenza successiva, -si ricorda che il Giudice decide la causa sulla scorta dei motivi prospettati dalle parti- si è adeguata a questo modus operandi, rigettando i ricorsi avverso i dinieghi di sanatoria alla luce di detta disposizione e soffermandosi sulla conducenza della stessa (laddove, invece, sarebbe stato probabilmente più semplice limitarsi a richiamare l’art. 23 comma 10 della legge regionale della Sicilia, 10.8.1985 n. 37);

c) a più riprese – in processi concernenti la (pretesa) sanabilità degli edifici abusivi edificati entro la fascia dei 150 metri dalla battigia- è stata ipotizzata l’incostituzionalità della citata norma di interpretazione autentica (sinora sia i Tar che il Cgars hanno sempre ritenuto infondate le questioni sollevate) ipotizzando che al venir meno della stessa potessero avere “sorte” accoglitiva le istanze di sanatoria presentate;

d) serialmente, negli anni, vengono ipotizzati ulteriori interventi normativi del Legislatore attingenti la predetta disposizione di interpretazione autentica, come se questo fosse l’ostacolo alla sanabilità degli edifici edificati entro la linea di battigia (obliando che l’insuperabile ostacolo è invece rappresentato dall’art. 23 comma 10 della legge regionale della Sicilia, 10.8.1985 n. 37).

In questa babele di linguaggi, le Amministrazioni comunali hanno probabilmente le loro responsabilità, se è vero – come sembra vero- che sono ben pochi i comuni che hanno eseguito le ordinanze di demolizione da essi stessi emesse (o emesse dal Giudice penale) tanto che da notizie

giornalistiche²² si ricava che sarebbero circa duecentomila le costruzioni insistenti nella area rientrante nei 150 mt dalla battigia, potenzialmente interessate da ipotetiche sanatorie.

Il tutto, continuando a non tenere conto di una circostanza:

a) seguendo la condivisibile ricostruzione esposta nella sentenza del Cgars n. 99 del 1991, ogni problematica concernente la norma di interpretazione autentica di cui si è detto potrebbe – al più – riguardare eventuali controversie risarcitorie²³ intentate dai privati avverso i dinieghi di edificazione opposti alle loro istanze di rilascio della concessione edilizia dai comuni che non avevano adeguato i propri strumenti urbanistici alle perentorie disposizioni del comma 1 lett. a) dell’art. 15 della legge regionale della Sicilia 12.6.1976 n. 78;

b) detta disposizione non assumerebbe rilevanza nella controversie concernenti i dinieghi di sanatoria di costruzioni abusivamente edificate dopo l’anno 1976 nell’area dei 150 metri dalla battigia, in quanto tali controversie trovano risoluzione nella legge del 1985 n. 37, art. 23 comma 10 che impedisce in termini assoluti la condonabilità di detti edifici: in tali fattispecie, infatti, il rinvio materiale dell’art. 23 comma 10 al comma 1 lett. a) dell’art. 15 della legge regionale 12.6.1976 n. 78 è disposizione autosufficiente ex se fondante il divieto assoluto di condono.

²² Corriere della Sera 13 luglio 2023 cronache siciliane.

²³ è superfluo rammentare che il tema rileva a partire dalle sentenze gemelle delle Sezioni Unite nn.500 e 501 del 1999, e si potrebbe fondare sulle successive disposizioni introdotte dal Legislatore (oggi; art. 30 del cpa) atteso che, in passato, costituiva un vero e proprio “dogma” quello della irrisarcibilità dell’interesse legittimo c.d. “pretensivo” (cioè avanzato dal privato e diretto ad ottenere un ampliamento della propria sfera giuridica da parte dell’Amministrazione).

IL REGOLAMENTO COMUNALE DEI SERVIZI SOCIALI E LA RIMODULAZIONE DELL'INDICATORE SOCIO-ECONOMICO EQUIVALENTE (ISEE). IL CASO DEI COMUNI DELLA REGIONE VENETO^{1*}

Francesco Svigeli*

Abstract [It]: Uno degli aspetti sicuramente più problematici per un Comune che intenda adottare un Regolamento dei Servizi Sociali risulta essere l'applicazione dell'ISEE quale criterio, stabilito dalla normativa vigente e ribadito dalla giurisprudenza, sia per l'accesso sia per la compartecipazione al costo delle prestazioni sociosanitarie e sociali agevolate, all'erogazione delle quali l'ente locale risulta tenuto. Ciò che è consentito all'Ente è una "rimodulazione in melius" (e non in peius) dell'ISEE finalizzata all'aumento della platea dei beneficiari, attraverso la previsione di livelli di assistenza socio-assistenziale più elevata rispetto ai c.d. LIVeAS (Livelli essenziali di assistenza), riconosciuti dalla nostra Carta Costituzionale.

Abstract [En]: *One of the aspects certainly more problematic for a Municipality that intends to adopt a Regulation of Social Service is the application of the ISEE as a criterion, defined in current legislation and confirmed by jurisprudence both for access and sharing the cost of health services provided by Municipality. Local Authorities can provide for a "remodulation in melius" (not in peius) of ISEE aimed at increasing the pool of beneficiaries providing levels of welfare higher than essential levels of welfare, recognized by our Constitutional Charter.*

Sommario: **1.** ISEE per le prestazioni sociali agevolate: ricognizione della normativa di riferimento e della relativa interpretazione giurisprudenziale. - **2.** La rideterminazione dell'ISEE in melius: verso l'applicazione sperimentale del "Fattore Famiglia" per l'accesso agevolato ai servizi alla prima infanzia previsto dalla D.G.R. n. 1609 del 19 novembre 2021 in attuazione della L.R. Veneto n. 20 del 28 maggio 2020. - **3.** L'ISEE nel Regolamento dei Servizi Sociali dei Comuni del Veneto.

1. ISEE per le prestazioni sociali agevolate: ricognizione della normativa di riferimento e della relativa interpretazione giurisprudenziale.

Il Comune è titolare delle funzioni relative ai servizi sociali in ambito locale, ai sensi dell'articolo 6 della Legge 8 novembre 2000, n. 328 e, nell'esercizio dei propri poteri di autonomia regolamentare, determina le forme di garanzia nonché i criteri di riferimento per la concessione di servizi e prestazioni sociali a soggetti privati, in relazione anche a quanto previsto dalla normativa vigente in materia di procedimento amministrativo, in particolare all'art. 12, comma 1, della legge 7 agosto 1990, n. 241.

* *Segretario Comunale.*

¹ Il presente lavoro costituisce tesi conclusiva, sottoposta a revisione ed aggiornamento da parte dell'autore, del corso-concorso per Segretari Comunali e Provinciali Coa 6.

Un regolamento comunale deve disciplinare l'accesso ai servizi “socio-assistenziali” erogati dal Comune, distinti in:

- interventi sociali erogati dal Comune, quali, ad esempio, il segretariato sociale ed i progetti individualizzati;
- interventi socio-economici straordinari organizzati per tipologie di carattere generale.

Uno degli aspetti sicuramente più problematici in subjecta materia risulta l'applicazione dell'ISEE quale criterio sia per l'accesso sia, per quanto maggiormente interessa in questa sede, per la compartecipazione al costo delle prestazioni sociosanitarie e sociali agevolate (all'erogazione delle quali l'ente locale risulta tenuto), come ribadito anche dalla giurisprudenza ormai consolidata del Consiglio di Stato.

Ne consegue la necessità per un Comune che intenda approvare un regolamento dei servizi sociali, di procedere ad una ricognizione non solo della normativa al fine di evitare di prevedere, all'interno del Regolamento stesso, norme illegittime per contrasto con la normativa nazionale sull'ISEE in spregio del principio di gerarchia delle fonti normative con conseguente annullamento delle norme del regolamento stesso e di tutti gli atti conseguenti che ne costituiscono applicazione ma anche della giurisprudenza formatasi sul punto e che, anche recentissimamente, ha dichiarato l'illegittimità di atti normativi recepiti o adottati da Comuni.

L'art. 2 del D.P.C.M. 5 dicembre 2013, n. 159 dispone che l'ISEE e' lo strumento di valutazione, attraverso criteri unificati, della situazione economica di coloro che richiedono prestazioni sociali agevolate.

La determinazione e l'applicazione dell'indicatore ai fini dell'accesso alle prestazioni sociali agevolate, nonché' della definizione del livello di compartecipazione al costo delle medesime, costituisce livello essenziale delle prestazioni², ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione, fatte salve le competenze regionali in materia di normazione, programmazione e gestione delle politiche sociali e socio-sanitarie e ferme restando le prerogative dei comuni.

In relazione a tipologie di prestazioni che per la loro natura lo rendano necessario e ove non diversamente disciplinato in sede di definizione dei livelli essenziali relativi alle medesime tipologie di prestazioni, gli enti erogatori possono prevedere, accanto all'ISEE, criteri ulteriori di selezione volti ad identificare specifiche platee di beneficiari, tenuto conto delle disposizioni regionali in materia e delle attribuzioni regionali specificamente dettate in tema di servizi sociali e socio-sanitari.

² https://temi.camera.it/leg18/temi/tl18_aggiornamento_deilivelli_essenziali_di_assistenza__lea_.html.

E' comunque fatta salva la valutazione della condizione economica complessiva del nucleo familiare attraverso l'ISEE.

Come affermato dal Consiglio di Stato, alla luce del complesso quadro normativo e dei principi costituzionali e internazionali in materia, “... *l'ISEE resta, dunque, l'indefettibile strumento di calcolo della capacità contributiva dei privati e deve scandire le condizioni e la proporzione di accesso alle prestazioni agevolate, non essendo consentita la pretesa del Comune di creare criteri avulsi dall'ISEE con valenza derogatoria ovvero finanche sostitutiva*”.

Il Consiglio di Stato, infatti, ha ritenuto che non sia possibile “accreditare in *subiecta materia* spazi di autonomia regolamentare in capo ai Comuni in distonia con i vincoli rinvenienti dalla sopra richiamata cornice normativa di riferimento al punto da consentire l'introduzione di criteri ulteriori e derogatori rispetto a quelli che il legislatore riserva, dopo aver accordato preferenza all'indicatore ISEE, in prima battuta, allo Stato e, in via integrativa, alla Regione”, e ha ritenuto illegittimo il regolamento comunale che ha assegnato “*un improprio e discriminante rilievo selettivo alla percezione di emolumenti (id est pensione di invalidità ovvero indennità di accompagnamento) che, tanto in ragione delle mentovate sentenze di questo Consiglio, che per le successive modifiche normative, avrebbero dovuto essere considerati normativamente “protetti” e, dunque, con valenza neutra tanto ai fini dell'ISEE che, in via consequenziale, nella definizione della capacità contributiva degli utenti*” (C. Stato, n. 6371 del 2018) ³.

Il Consiglio di Stato, nella sentenza n. 6926 del 2020 ⁴, dopo aver ricostruito il quadro normativo e giurisprudenziale in materia ed essersi soffermato anche sulla questione relativa al rapporto tra ISEE e indennità di accompagnamento, ha affermato che *va quindi ribadito il principio, desumibile dalla giurisprudenza*

della Sezione, secondo cui non può essere riconosciuta ai Comuni una potestà di deroga alla legislazione statale e regionale, nell'adozione del regolamento comunale, in violazione della disciplina statale dell'ISEE, così come prevista dal DPCM n. 159/2013”.

Anche nella Regione Veneto, pertanto, non “*residua alcuna potestà regolamentare né in capo alle ULSS né in capo ai Comuni*” (C. Stato n. 3640/2015; cfr. n. 1505/2020 ⁵), non potendo la normativa regionale e locale in alcun modo derogare “*in peius*” a quanto previsto dalla normativa statale (cfr. anche Tar Veneto 61/2021 ⁶).

³ <https://www.giustizia-amministrativa.it/>.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Ibidem*.

Con particolare riferimento alle persone disabili, la normativa regionale del Veneto prevede, infatti, la gestione integrata delle funzioni sanitarie (di competenza delle Aziende ULSS) e delle funzioni socioassistenziali di competenza dei Comuni: in considerazione della gestione integrata, l'Azienda ULSS garantisce l'erogazione della complessiva prestazione di assistenza residenziale socio-sanitaria a ciclo continuativo e a tempo indeterminato; competono a suo carico, in via diretta, le spese sanitarie, mentre per quanto attiene alla quota socio-alberghiera (di competenza del Comune di residenza del disabile qualora non disponga dei necessari requisiti per pagarla) l'Azienda Sanitaria, delegata dai Comuni del distretto, riceve da questi ultimi le risorse necessarie⁷.

Quindi, il Consiglio di Stato, con la predetta sentenza n. 6926/2020, ha confermato l'illegittimità, sancita dalla sentenza di primo grado, delle Linee Guida per l'applicazione dell'ISEE per il sostegno economico alla spesa sociale della retta nell'ambito della residenzialità approvate dalla Conferenza dei Sindaci⁸.

Nella sentenza impugnata il TAR ha ritenuto che "i criteri di calcolo applicati nel caso di specie hanno portato, in maniera che non può ritenersi rispettosa del criterio di ragionevolezza e proporzionalità, alla determinazione complessiva della quota di retta annuale a carico della ricorrente in una misura oltre che superiore all'ISEE, anche ben superiore alla pensione di invalidità e alla indennità di accompagnamento percepite dalla ricorrente, che costituivano le uniche entrate della ricorrente stessa, e senza tener conto delle spese personali effettivamente sostenute.

Né il Comune potrebbe invocare l'esigenza di garantire la copertura finanziaria o il fatto che tutte le esigenze di vita dell'appellata sarebbero state soddisfatte nella struttura ove risiede.

L'irragionevolezza del sistema di commisurazione previsto nelle Linee Guida – che è frutto di una scelta regolamentare della Conferenza dei Sindaci - produce effetti abnormi e distorsivi in sé, in quanto prevede una quota fissa sganciata dal parametro dell'ISEE (ancorata all'importo della pensione di invalidità e dell'indennità di accompagnamento); a questa quota fissa viene poi aggiunta la quota variabile che è correlata all'ISEE; quest'ultimo, peraltro, come chiarito dalla ricorrente in primo grado, già tiene conto – da un punto di vista patrimoniale – di tali provvidenze (in quanto versate sul c/c), con la conseguenza che, nel caso di specie, tali entrate, che secondo il DPCM 159/2013 non avrebbero dovuto essere prese in considerazione, hanno finito con l'essere valutate due volte.

Nella citata sentenza n. 6926/2020, il Collegio ha ricostruito il quadro normativo di riferimento.

La Sezione è quindi partita dalla legge n. 328/2000 (Legge Quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali) che, in base al combinato disposto degli artt. 25, comma 8; 8,

⁷ <https://www.regione.veneto.it/web/sanita/origini-e-storia>

⁸ Deliberazione del Direttore Generale n. 1867 del 29-10-2020 - Atto Aziendale con DDG n. 1867 del 29-10-2020

comma 3, lett. l), e 18, comma 3, lett. g), riserva al Governo il compito di predisporre un piano nazionale dei servizi sociali in cui indicare i criteri generali per la disciplina del concorso al costo dei servizi sociali da parte degli utenti, tenuto conto dei principi stabiliti per l'ISEE, mentre spetta alle Regioni la definizione dei criteri per la determinazione del concorso da parte degli utenti al costo delle prestazioni, sulla base dei criteri determinati dal Piano nazionale servizi⁹ (cfr. Cons. Stato Sez. III, 23-07-2015, n. 3640).

In tali decisioni la Sezione ha rilevato che “L’Indicatore ISEE (art. 2) costituisce lo strumento “...di valutazione, attraverso criteri unificati, della situazione economica di coloro che richiedono prestazioni sociali agevolate. La determinazione e l'applicazione dell'indicatore ai fini dell'accesso alle

prestazioni sociali agevolate, nonché della definizione del livello di compartecipazione al costo delle medesime, costituisce livello essenziale delle prestazioni, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione, fatte salve le competenze regionali in materia di normazione, programmazione e gestione delle politiche sociali e socio-sanitarie e ferme restando le prerogative dei comuni”.

Tra le predette prestazioni economiche agevolate, cui l’ISEE si riferisce, l’art. 1, comma 1, lettera e) richiama le «Prestazioni sociali agevolate» e la successiva lett. f) del DPCM annovera, tra le altre, le “Prestazioni agevolate di natura sociosanitaria”, definite quali “prestazioni sociali agevolate assicurate nell'ambito di percorsi assistenziali integrati di natura sociosanitaria rivolte a persone con disabilità e limitazioni dell'autonomia, ovvero interventi in favore di tali soggetti:

1) di sostegno e di aiuto domestico familiare finalizzati a favorire l'autonomia e la permanenza nel proprio domicilio;

2) di ospitalità alberghiera presso strutture residenziali e semiresidenziali, incluse le prestazioni strumentali ed accessorie alla loro fruizione, rivolte a persone non assistibili a domicilio;

3) atti a favorire l'inserimento sociale, inclusi gli interventi di natura economica o di buoni spendibili per l'acquisto di servizi;”.

Successivamente, però, con decisioni nn. 838, 841 e 842 del 2016, il Consiglio di Stato ha annullato le norme regolamentari del D.P.C.M. 5 dicembre 2013, n. 159, nella parte in cui computavano, nella definizione di reddito imponibile, anche voci aventi natura indennitaria o compensativa, erogate al fine di attenuare una situazione di svantaggio (indennità di accompagnamento o misure risarcitorie per inabilità che prescindono dal reddito).

⁹ *La riforma dei servizi sociali in Italia. A cura di Cristiano Gori. L'attuazione della legge 328 e le sfide future.*

A seguito e per effetto delle suindicate statuizioni il legislatore, con l'art. 2-sexies, co. 3, del decreto legge n. 42/2016 convertito in L. 26 maggio 2016, n. 89, ha previsto che “Nelle more dell'adozione delle modifiche al regolamento di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 5 dicembre 2013, n. 159, volte a recepire le sentenze del Consiglio di Stato, sezione IV, nn. 00841, 00842 e 00838 del 2016, nel calcolo dell'indicatore della situazione economica equivalente (ISEE) del nucleo familiare che ha tra i suoi componenti persone con disabilità o non autosufficienti, come definite dall'allegato 3 al citato decreto del Presidente del Consiglio dei ministri n. 159 del 2013, anche ai fini del riconoscimento di prestazioni scolastiche agevolate, sono apportate le seguenti modificazioni: a) sono esclusi dal reddito disponibile di cui all'articolo 5 del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, i trattamenti assistenziali, previdenziali e indennitari, comprese le carte di debito, a qualunque titolo percepiti da amministrazioni pubbliche in ragione della condizione di disabilità, laddove non rientranti nel reddito complessivo ai fini dell'IRPEF¹⁰.”

Mutatis mutandis, cioè con particolare riferimento agli anziani ricoverati in struttura (R.S.A.), le coordinate normative e giurisprudenziali sono le stesse

Al riguardo, un Comune del Veneto, ha necessariamente dovuto tener conto della recente sentenza n. 583/2021 del T.A.R. Veneto – Sezione Terza, che, aderendo *in toto* proprio agli insegnamenti della summenzionata sentenza del Consiglio di Stato n. 6926/2020, ha annullato le disposizioni del “Regolamento dei ricoveri delle persone anziane nelle strutture residenziali di accoglienza” del Comune resistente e la relativa delibera di approvazione del Consiglio Comunale.

Nel caso di specie, il Comune resistente aveva adottato il Regolamento dei Ricoveri delle persone anziane nelle strutture residenziali di accoglienza.

Il regolamento di cui sopra prevedeva, per quanto in questa sede di interesse e specificamente censurato da parte ricorrente:

- art. 5 (Condizioni soggettive e fasi della presa in carico), <<... e) messa a disposizione dell'utente dei propri beni e delle proprie risorse economiche per le spese di ospitalità nella struttura residenziale; ...>>;

- art. 11 (individuazione delle categorie di obbligazioni) per la determinazione delle relazioni economiche presupposte e derivanti dalla presa in carico si individuano: a) ... il soggetto fruitore utilizza tutti i suoi beni al fine di sostenere le spese di ricovero ...;

- art. 16 (attivazione delega alla riscossione delle pensioni; somme e beni personali relitti) <<per regolare in modo puntuale i rapporti economici con la struttura ospitante, l'utente titolare di pensioni

¹⁰ Isee e prestazioni sociali e socio-sanitarie. Compartecipazione, riparto degli oneri, contenzioso. M. Gioncada, Francesco Trebaschi, Paolo Achille Mirri, Alessandro Candido.

conferisce mandato all'incasso al Comune di [...] o, su indicazione dell'ente, alla struttura ospitante; conferisce inoltre assegni economici, indennità, rendite, vitalizi, arretrati e conguagli erogati ...>>;

- art. 19 (uscita dal carico): << ... la compartecipazione alle spese da parte dei familiari e dei soggetti collegati – in via di prima attuazione – è così determinata: a) l'utente utilizza prioritariamente i propri mezzi e risorse economiche, patrimoniali, reddituali e finanziarie per il pagamento delle spese del ricovero;

b) ... per la presa in carico si attua il trasferimento a titolo gratuito al Comune (o su decisione del Comune alla struttura ospitante, per costituire la provvista di pagamento delle rette di ospitalità, cumulativamente a pensioni, assegni, indennità, arretrati e conguagli e comunque ai redditi percepiti in modo continuativo, con le modalità previste all'art. 13)>>.

Le disposizioni regolamentari che precedono, si pongono manifestamente in contrasto con la normativa e gli insegnamenti giurisprudenziali più sopra esposti in quanto:

- contengono una disciplina che non è conforme alla normativa Isee vigente; - in contrasto con la disciplina in materia di Isee considerano, ai fini anche della compartecipazione autonomamente e integralmente, tutte le somme percepite dal ricorrente, compresa l'indennità di accompagnamento e invalidità, nonché il patrimonio mobiliare e immobiliare dell'interessato, al di là di quanto, a tale riguardo, rileva ai fini della determinazione dell'ISEE;

- impongono a parte ricorrente una serie di obblighi strumentali relativi al proprio patrimonio finalizzati a mettere a disposizione del Comune i cespiti attivi sempre in violazione della disciplina dell'ISEE.

Ne consegue, altresì, l'illegittimità derivata degli atti e provvedimenti comunali impugnati laddove viene disposta una quantificazione di compartecipazione avulsa dai corretti criteri di calcolo.

L'annullamento parziale delle disposizioni regolamentari che precedono e delle conseguenti determinazioni Comunali comportano l'obbligo a carico del Comune di procedere ad una nuova rideterminazione della compartecipazione della spesa.

2. La rideterminazione dell'ISEE *in melius*: verso l'applicazione sperimentale del “Fattore Famiglia” per l'accesso agevolato ai servizi alla prima infanzia previsto dalla D.G.R. n. 1609 del 19 novembre 2021 in attuazione della L.R. Veneto n. 20 del 28 maggio 2020.

I Comuni della Regione Veneto possono avvalersi dell'indicatore sintetico “Fattore Famiglia”¹¹ per l'accesso agevolato ai servizi alla prima infanzia previsto dalla D.G.R. n. 1609 del 19 novembre 2021 in attuazione della L.R. Veneto n. 20 del 28 maggio 2020, avvalendosi di una parte dei

¹¹ F. Pesaresi “Il “Fattore Famiglia” e l'ISEE” in <https://francopesaresi.blogspot.com/2020/09/il-fattore-famiglia-e-lisee.html>

5.000.000,00 di euro di trasferimenti regionali di cui sopra, per incidere, mediante la concessione di un contributo finanziato dalla Regione Veneto, ad esempio sul costo delle tariffe dei servizi pubblici di refezione scolastica e trasporto scolastico erogati dai Comuni stessi, come determinate dall'All. F alla Delibera di Giunta n. 120 del 09/12/2021 (All. 1).

Nell'ambito dei servizi sociali, ai sensi dell'articolo 118 della Costituzione, le funzioni amministrative in generale sono attribuite ai Comuni, salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di "sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza". In base all'articolo 1 della legge 328 del 2000, la programmazione ed organizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali compete agli enti locali, alle Regioni e allo Stato, secondo alcuni principi, primo fra tutti il già enunciato principio di "sussidiarietà", che comprende anche la "sussidiarietà verticale".

Tenuto conto di questo principio, l'ente gerarchicamente inferiore svolge tutte le funzioni e i compiti di cui esso è capace, mentre all'ente sovraordinato viene lasciata la possibilità di intervenire per surrogare l'attività, laddove le risorse e le capacità dell'ente subordinato non consentano di raggiungere pienamente e con efficacia ed efficienza l'effettuazione di un servizio: quindi, *in primis*, l'intervento deve essere realizzato dall'ente più vicino al cittadino.

La Regione del Veneto, nell'osservanza dei principi sanciti dagli articoli 2, 29, 30 e 31 della Costituzione, dall'articolo 6, comma 1, lettera n) dello Statuto e dalla Convenzione sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1989, ratificata ai sensi della legge 27 maggio 1991, numero 176, promuove e persegue una politica organica ed integrata volta a riconoscere e a sostenere la famiglia nel libero svolgimento delle sue funzioni sociali ed ha approvato, a tal fine, la Legge Regionale numero 20 del 28 maggio 2020, "Interventi a sostegno della famiglia e della natalità".

La medesima legge regionale prevede, fra l'altro, la definizione degli ambiti di applicazione, dei criteri e delle modalità attuative del "Fattore Famiglia", previsto all'articolo 3 - Prestazioni sociali dei comuni.

La norma qualifica il "Fattore Famiglia" come strumento integrativo per definire le condizioni economiche e sociali della famiglia che accede alle prestazioni sociali ed ai servizi a domanda individuale, specificando che il suo uso, da parte dei Comuni, è facoltativo.

Nella prassi, è uno strumento già in uso da parte di alcuni Comuni del territorio regionale veneto, applicato per determinare le tariffe di accesso ai servizi alla prima infanzia, al trasporto scolastico e agli impianti sportivi.

Si presenta come un indicatore sintetico della situazione reddituale e patrimoniale, che garantisce condizioni migliorative, integrando ogni altro indicatore, coefficiente e quoziente di premialità per le

famiglie, al fine di individuare, in questo modo, eque modalità di accesso alle prestazioni sociali ed ai servizi a domanda individuale erogati dai Comuni.

Rispetto allo strumento ISEE, il "Fattore Famiglia" presenta scale di equivalenza più articolate, in grado di cogliere in modo più preciso le molteplici dimensioni del bisogno.

In particolare:

1. incrementa i pesi dei figli, che non sono considerati come dei componenti generici e, per essi, considera anche la fascia di età di appartenenza;
2. tiene in maggiore considerazione il peso della presenza di disabilità, valutando anche il grado della stessa;
3. considera maggiormente il caso di un genitore solo, madre/padre con i figli;
4. considera il caso di perdita di reddito derivante da problemi di lavoro;
5. riconosce maggiore peso alla persona che vive da sola (per esempio, al costo della vita più elevato dei padri separati);
6. considera la presenza di figli gemelli.

Operativamente, il "Fattore Famiglia" è una rideterminazione dell'ISEE nazionale fatta sulla base delle seguenti scale di equivalenza:

COMPOSIZIONE FAMILIARE

FATTORE FAMIGLIA

1 ° componente	1.0
Single o monogenitore	0.6
se Monogenitore con figli minori	0.4
se anche vedovo/a con figli minori	0.2
Coppia	2.0
Figlio 0-5	0.7
Figlio 6-13	0.6
Figlio 14-18	0.5
Figlio studente 19-26	0.4
Adulto aggiuntivo	0.3
Coppia giovane con capofamiglia <40 anni	0.4
Gemelli fino a 10 anni	0.3x(N gemelli-1)
Condizione lavorativa dei genitori (con figli minori)	
Entrambi i genitori lavorano (scala x ogni coniuge)	0.1

Monogenitore lavoratore	0.2
Entrambi i genitori disoccupati (scala x ogni coniuge)	0.2
Monogenitore non lavoratore	0.4
Invalidità	
Media	0.5
Grave	0.85
Non autosufficiente	1.2
Minorenne disabile	0.2
Grave esclusione abitativa	
Senza tetto o senza casa	0.6
Sistemazioni insicure o sistemazioni inadeguate	0.3

Oggi, l'assegnazione degli aiuti e gli accessi alle famiglie a beni e servizi pubblici (per esempio, asili-nido, assegni per il nucleo familiare con 3 figli minori, assegni di maternità, mense e prestazioni scolastiche, agevolazioni per tasse universitarie, prestazioni del diritto allo studio, servizi socio-sanitari domiciliari e contributi di locazione) è percepita come ingiusta e spesso, poi, i cittadini chiedono alle Amministrazioni Locali di attuare un severo controllo sui fruitori di tali servizi.

L'esclusione per varie ragioni dal contributo di un nucleo familiare in stato di bisogno, comporta, per la società, un danno nemmeno minimamente paragonabile con l'ammontare del contributo negato.

È il caso, ad esempio, di una famiglia alla quale non sia stato riconosciuto un contributo e che è costretta a non iscriverne, per problemi economici, il figlio ai servizi all'infanzia:

verosimilmente, un componente familiare sarà costretto a chiedere una posizione lavorativa part-time, per via dell'impossibilità di garantire al proprio figlio un'adeguata sistemazione durante l'orario di lavoro.

Per rispondere a queste problematiche, il "Fattore Famiglia" consente di:

1. stimare la retta/il contributo personalizzato di ogni singolo nucleo familiare, eliminando i classici sistemi a scaglioni a favore, per questo motivo, di una maggiore equità;
2. verificare ex-ante i budget di spesa per il rispetto dei vincoli di bilancio;
3. effettuare la verifica dei mezzi (mini-riccometro/redditometro), individuando possibili autodichiarazioni non veritiere;
4. comunicare direttamente con il cittadino (via e-mail o sistemi di messaggistica istantanea), relativamente all'esito della procedura;

5. costituire, nel corso degli anni, un'importantissima base-dati sulle fasce "fragili" della popolazione.

Con il "Fattore Famiglia", si vuole accompagnare le scelte dei decisori pubblici nell'erogazione dei contributi sociali e degli aiuti assistenziali, semplificando il processo decisionale e rispondendo ad una domanda di maggiore equità nella distribuzione delle risorse per i programmi di welfare, nella convinzione che un uso attento del denaro pubblico richieda che l'accesso ai beni e ai servizi sociali venga dato solo a coloro che sono in stato di effettivo bisogno.

A tal fine, la Giunta Regionale, con la deliberazione numero 1251 dell'1 settembre 2020, ha previsto un accordo-quadro con l'Università degli Studi di Verona - Dipartimento di Scienze Economiche (sottoscritto il primo di luglio 2021) volto alla definizione di una proposta inerente agli ambiti di applicazione, dei criteri e delle modalità attuative del "Fattore Famiglia", impegnando l'Università, a tal fine, nella produzione di una migliore e più approfondita conoscenza relativa al tema del "Fattore Famiglia".

Allo scopo di favorirne il ricorso e la diffusione, si è inteso approvare una sperimentazione del "Fattore Famiglia" ai servizi alla prima infanzia, tenuto conto della rilevanza di questo genere di servizi e dei costi che le famiglie devono sostenere per fruirne, individuando negli "Ambiti territoriali sociali" (di cui alla deliberazione numero 1191 del 18 agosto 2020 della Giunta regionale e alla comunicazione protocollo numero 556920 del 31 dicembre 2020 alla Regione per quanto attiene alla Federazione dei Comuni del Camposampierese di Camposampiero - PD) la forma organizzativa idonea per una corretta ed omogenea attuazione della sperimentazione in oggetto.

Infatti, è cambiata la consapevolezza dell'importanza dei servizi per la prima infanzia: da strutture utilizzate per la mancanza di un familiare disponibile per l'accudimento a contesti organizzativi strutturati per lo sviluppo socio-affettivo del bambino, quindi "supporto alle attività di cura genitoriale ed impulso verso la socializzazione".

Relativamente ai costi e alla sostenibilità, le famiglie dichiarano spese in aumento, motivo per il quale il reddito netto delle famiglie che usufruiscono del "nido" è mediamente più alto di quello delle famiglie che non ne usufruiscono.

Questo fattore rischia di escludere le famiglie a basso reddito e a rischio di povertà dall'accesso ai servizi educativi per la prima infanzia, incidendo su quegli aspetti che influiscono sulle disuguaglianze educative e, quindi, sullo sviluppo del bambino. Sebbene alcuni contributi statali abbiano aumentato l'utilizzo dei servizi, ciò deve andare di pari passo con una maggiore accessibilità omogenea.

Per questo motivo, è stato previsto un trasferimento economico di complessivi euro 5.000.000,00 a favore degli "Ambiti Territoriali Sociali", per la sperimentazione del "Fattore Famiglia" nel rispettivo territorio, secondo quanto riportato nell'Allegato A alla D.G.R. n. 1609/2021.

Il finanziamento per ogni singolo "Ambito Territoriale Sociale" è stato calcolato tenendo conto della capacità ricettiva dei servizi 0-3 anni riconosciuti dalla Regione del Veneto (ai sensi della L.R. n. 32/1990, L.R. 22/2002 e L.R. 2/2006 e di cui al decreto 44 del 12 agosto 2021 del Direttore u.o. Famiglia, Minori, Giovani e Servizio Civile - BUR 122 del 10 settembre 2021) e del relativo peso percentuale rispetto al totale dei posti disponibili per tutto il territorio regionale.

Con riferimento al modello di intervento, si evidenzia che l'accesso agevolato ai servizi alla prima infanzia prevede, per minore, un contributo una-tantum minimo di euro 200,00 ed uno massimo di 600,00, da utilizzarsi per la frequenza dei servizi 0-3 anni riconosciuti dalla Regione del Veneto ai sensi della L.R. n. 32/1990, L.R. 22/2002 e L.R. 2/2006 (di cui al decreto 44 del 12 agosto 2021 del Direttore della unità organizzativa Famiglia, Minori, Giovani e Servizio Civile, BUR 122 del 10 settembre 2021).

Inoltre, si sottolinea che l'importo del contributo è in funzione dell'applicazione del "Fattore Famiglia" e decresce linearmente da euro 600,00 fino ad un minimo di euro 200,00: euro 200,00 sono corrisposti per i redditi con un valore ISEE di euro 15.000,00 (come rideterminato dall'applicazione del "Fattore Famiglia"), mentre euro 600,00 sono corrisposti per i redditi con un valore ISEE massimo di euro 3.000,00 (come rideterminato dall'applicazione del "Fattore Famiglia").

Le domande con valore ISEE superiore ad euro 15.000,00 (come rideterminato dall'applicazione del "Fattore Famiglia") non avranno accesso al contributo.

I contributi sono cumulabili con eventuali altri contributi disposti per i medesimi fini.

Per consentire un'applicazione efficace ed efficiente del "Fattore Famiglia", viene prevista, nell'ambito dell'accordo-quadro sottoscritto con l'Università di Verona - Dipartimento di Scienze Economiche, la collaborazione con il medesimo istituto universitario, che seguirà l'attuazione del "Fattore Famiglia" nel territorio degli "Ambiti Territoriali Sociali", fornendo agli stessi adeguato supporto organizzativo e curando, successivamente, la valutazione degli esiti, in stretto raccordo con la Regione del Veneto.

Infatti, a questo proposito, l'Università degli Studi di Verona - Dipartimento di Scienze Economiche ha manifestato l'interesse ad operare con la Regione, in considerazione dell'importanza attribuita, da parte dell'istituto universitario, all'innovazione, alla progettazione e alla valutazione "sociale", proponendo, per il periodo 2021-2023, un accordo ai sensi della legge 7 agosto 1990, numero 241 "Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi", in particolare dell'articolo 15 "Accordi fra pubbliche amministrazioni",

che stabilisce la possibilità di concludere, per le amministrazioni pubbliche, accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune.

D'altra parte, la Regione del Veneto intende cogliere l'opportunità offerta dalla collaborazione con l'Università – Dipartimento di Scienze Economiche per sperimentare una misura di accesso agevolato a primari servizi per la comunità, quali sono i servizi alla prima infanzia, in considerazione del prestigio di cui gode l'Università degli Studi di Verona, quale istituzione pubblica di alta cultura che promuove e organizza l'istruzione superiore e la ricerca scientifica nonché il trasferimento delle conoscenze nel territorio.¹²

Nei confronti della Regione, l'Università degli Studi di Verona - Dipartimento di Scienze Economiche opererà per la valutazione degli esiti, in aggiunta alle rendicontazioni che la Regione chiederà agli "Ambiti Territoriali Sociali" con riferimento al rispettivo territorio, e per l'elaborazione di una proposta per la rilevazione periodica e sistematica di elementi di valutazione di interesse della Regione in ambito di politiche di intervento verso le famiglie.

È stato dunque dalla Regione Veneto determinato in euro 5.300.000,00 l'importo massimo delle obbligazioni di spesa, di natura non commerciale.

La spesa ha trovato copertura, per un ammontare di euro 5.300.000,00 nei trasferimenti statali dal Fondo nazionale per le politiche sociali.

3. L'ISEE nel Regolamento dei Servizi Sociali dei Comuni del Veneto.

All'esito della ricostruzione normativa e giurisprudenziale sull'applicazione dell'ISEE alla compartecipazione, i Comuni del Veneto hanno la possibilità di rideterminare *in melius* l'ISEE, inserendo nel Regolamento dei Servizi Sociali, una norma del seguente tenore:

1. *Il Comune, nel rispetto della normativa nazionale sul calcolo dell'Indicatore Socio-Economico Equivalente (ISEE) e della legislazione regionale vigente, promuove iniziative, anche sperimentali e facoltative e comunque nei limiti della disponibilità di bilancio, volte ad*

¹² A tal riguardo, l'Università di Verona - Dipartimento di Scienze Economiche opererà nel limite di euro 300.000,00 a favore degli "Ambiti Territoriali Sociali" e della Regione, curando l'impostazione organizzativa dell'applicazione del "Fattore Famiglia", in base a quanto previsto dall'accordo di cui all'Allegato B, parte integrante e sostanziale della presente deliberazione, con particolare riguardo a: conoscenza del "Fattore" presso gli operatori; attivazione di una piattaforma web dedicata; raccolta delle istanze di accesso; analisi delle domande; applicazione del "Fattore Famiglia", approntamento della graduatoria; integrazione dei dati raccolti tramite la piattaforma web dedicata e le banche-dati previste dal D.lgs. 15-9-2017 numero 147 "Disposizioni per l'introduzione di una misura nazionale di contrasto alla povertà", specificamente all'articolo 24 "Sistema informativo unitario dei servizi sociali", rendendo disponibili all'"Ambito Territoriale Sociale" ulteriori estrapolazioni ed elaborazioni statistiche per le necessità dell'"Ambito"; integrazione della piattaforma web dedicata con le piattaforme informatiche e i software applicativi gestionali utilizzati dall'"Ambito Territoriale Sociale" per l'attuazione del procedimento amministrativo inerente alla presente iniziativa, in un'ottica di efficienza ed efficacia.

introdurre strumenti integrativi per definire le condizioni economiche e sociali della famiglia che accede alle prestazioni sociali ed ai servizi a domanda individuale, quali, a mero titolo esemplificativo, i servizi alla prima infanzia, al trasporto scolastico e agli impianti sportivi. A tal fine, promuove l'applicazione di indicatori sintetici della situazione reddituale e patrimoniale, previsti dalla normativa vigente, che garantiscano condizioni migliorative e che integrino ogni altro indicatore, coefficiente e quoziente di premialità per le famiglie, al fine di individuare, in questo modo, eque modalità di accesso alle prestazioni sociali ed ai servizi a domanda individuale erogati dal Comune.

2. *Affinché l'assegnazione degli aiuti e gli accessi delle famiglie a beni e servizi pubblici (per esempio, asili-nido, servizi socio-sanitari domiciliari, contributi di locazione, ecc.), non sia percepita come ingiusta il Comune promuove, rispetto allo strumento dell'ISEE, in conformità alla normativa vigente e nei limiti della disponibilità di bilancio, scale di equivalenza più articolate, in grado di cogliere in modo più preciso le molteplici dimensioni del bisogno, tenendo conto, ad esempio, della fascia di età di appartenenza dei figli, della presenza e del grado di disabilità, della maggiore considerazione di un genitore solo, madre/padre con figli”.*

Trattasi di una norma regolamentare conforme alla normativa nazionale sull'ISEE, in quanto lo ridetermina non *in peius*, chiedendo all'utente di corrispondere emolumenti la cui corresponsione è vietata ai fini della compartecipazione, ma *in melius*, applicando indicatori sintetici della situazione reddituale e patrimoniale, previsti dalla normativa vigente, che garantiscano condizioni migliorative.

Visto poi il carattere meramente esemplificativo dell'applicazione di tali indicatori sintetici ai servizi alla prima infanzia, al trasporto scolastico e agli impianti sportivi, il Comune troverà, anche in futuro, una forte legittimazione giuridica all'adesione non solo all'iniziativa sperimentale denominata “Fattore Famiglia” ma anche ad altre nuove iniziative, sia pur sperimentali e facoltative e comunque nei limiti della disponibilità di bilancio, volte ad introdurre strumenti integrativi per definire le condizioni economiche e sociali della famiglia.

ACCERTAMENTO DI COMPATIBILITÀ PAESAGGISTICA APPLICABILE IL SILENZIO ASSENSO AL PARERE DELLA SOPRINTENDENZA IL CONSIGLIO DI STATO BENEDECE IL DIFFICILE CONNUBIO TRA 17-BIS (L. 241/90) E 167 (D.LGS. 42/04). NOTA A MARGINE DELLA SENTENZA DEL CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VII, DEL 2 FEBBRAIO 2024, N. 1093

Lorenzo Bruno Molinaro*

Abstract [It]: Il presente contributo si fa carico di approfondire gli effetti di una recente sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VII, del 2 febbraio 2024, n. 1093, secondo cui il principio del silenzio assenso introdotto dall'art. 17-bis della legge n. 241/90 si applica anche al parere della Soprintendenza previsto dall'art. 167 del d.lgs. n. 42/04 nello speciale procedimento di accertamento di compatibilità paesaggistica, nel quale, tuttavia, non è richiesto al responsabile comunale di predisporre lo "schema di provvedimento finale" prima dell'inoltro della pratica alla Soprintendenza. La sentenza, indubbiamente innovativa, finisce per privilegiare l'opzione interpretativa della massima estensione della sfera di operatività dell'art. 17-bis a tutti i procedimenti caratterizzati da una fase decisoria pluristrutturata, compreso quello di accertamento di compatibilità paesaggistica, nel quale la Regione (o il Comune) non svolge il ruolo di semplice passacarte e la protezione del valore paesaggistico attribuisce alla Soprintendenza "doveri e responsabilità".

Abstract [En]: *This contribution aims to delve deeper into the effects of a recent ruling by the Council of State, Section VII, of 2 February 2024, n. 1093, according to which the principle of silent consent (art. 17-bis of law no. 241/90) also applies to the opinion of the Superintendency provided for by art. 167 of Legislative Decree no. 42/04 in the particular procedure for assessing landscape compatibility, in which the municipal manager is not required to prepare the "final provision scheme" before forwarding the practice to the Superintendence. The ruling, undoubtedly innovative, favors the interpretative option of the maximum extension of the sphere of operation of the art. 17-bis to all procedures characterized by a multi-structured decision-making phase, including assessing landscape compatibility, in which the Region (or the Municipality) does not play the role of simple paper-pusher and the protection of landscape value attributes "duties and responsibilities" to the Superintendence.*

Sommario: **1.** La sentenza del T.A.R. Molise che aveva definito negativamente il contenzioso in primo grado. - **2.** L'innovativa sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VII, del 2 febbraio 2024, n. 1093, che ha accolto l'appello della parte privata. - **3.** Il "precedente specifico e conforme" della sentenza del Consiglio di Stato, Sez. IV, del 2 ottobre 2023, n. 8610. - **4.** L'ostacolo dell'assenza dello "schema di provvedimento", ormai superato sulla base della interpretazione teleologica dell'art. 17-bis della legge n. 241/90. - **5.** La effettività della "cogestione" del vincolo anche nel procedimento "orizzontale pluristrutturato" di accertamento di compatibilità paesaggistica, nel quale la Regione (o il Comune) non svolge il ruolo di semplice passacarte. - **6.** Considerazioni finali.

1. La sentenza del T.A.R. Molise che aveva definito negativamente il contenzioso in primo grado

In un mio precedente contributo¹ sul tema, avevo sollevato perplessità, dubbi e criticità su una sentenza del T.A.R. Molise, Sez. I, dell'8 maggio 2019, n. 179, in materia di accertamento di

* *Avvocato e Cultore della Materia presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II.*

¹ Il contributo, dal titolo "Il silenzio assenso orizzontale della Soprintendenza nel procedimento pluristrutturato di accertamento di compatibilità paesaggistica dopo la legge Madia (l. 7 agosto 2015, n. 124, introduttiva dell'art. 17 bis

compatibilità paesaggistica (di segno opposto rispetto ad altra pronuncia del T.A.R. Campania Napoli, Sez. VI, del 7 giugno 2019, n. 3099, oggetto del contributo stesso), con la quale era stato affermato il seguente principio.

"Nel caso in cui sia stata presentata una richiesta di sanatoria, il superamento del termine di novanta giorni di cui all'art. 167, co. 5, del d.lgs. 42/04, previsto per la valutazione di compatibilità paesaggistica, comporta per l'interessato la possibilità di proporre ricorso avverso il silenzio dell'Amministrazione, ma non rende illegittimo il parere tardivo".

Tale principio non appariva convincente soprattutto perché ignorava il disposto dell'art. 17-bis della legge n. 241/90² (inserito dall'art. 3 della legge Madia n. 124/15 e modificato dal d.l. n. 76/20, convertito nella legge n. 120/20, applicabile *"ratione temporis"*), che attribuisce legittimità all'espressione della volontà procedimentale attraverso l'inerzia prolungata entro il termine assegnato, non essendo la motivazione esplicita più richiesta come elemento strutturale dell'atto e potendosi - anzi - ritenere la motivazione stessa, sul piano empirico, insita nell'adesione implicita allo schema di provvedimento formulato dall'amministrazione precedente.

della legge n. 241/90. Nota a T.A.R. Campania-Napoli, Sezione Sesta, 7 giugno 2019, n. 3099", risulta pubblicato sulla rivista giuridica *Il Diritto Amministrativo* in data 10 luglio 2019.

² Art. 17-bis (Effetti del silenzio e dell'inerzia nei rapporti) tra amministrazioni pubbliche e tra amministrazioni pubbliche e gestori di beni o servizi pubblici).

Comma 1. Nei casi in cui è prevista l'acquisizione di assensi, concerti o nulla osta comunque denominati di amministrazioni pubbliche e di gestori di beni o servizi pubblici, per l'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi di competenza di altre amministrazioni pubbliche, le amministrazioni o i gestori competenti comunicano il proprio assenso, concerto o nulla osta entro trenta giorni dal ricevimento dello schema di provvedimento, corredato della relativa documentazione, da parte dell'amministrazione procedente. ((Esclusi i casi di cui al comma 3, quando per l'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi è prevista la proposta di una o più amministrazioni pubbliche diverse da quella competente ad adottare l'atto, la proposta stessa è trasmessa entro trenta giorni dal ricevimento della richiesta da parte di quest'ultima amministrazione.)) Il termine è interrotto qualora l'amministrazione o il gestore che deve rendere il proprio assenso, concerto o nulla osta rappresenti esigenze istruttorie o richieste di modifica, motivate e formulate in modo puntuale nel termine stesso. In tal caso, l'assenso, il concerto o il nulla osta è reso nei successivi trenta giorni dalla ricezione degli elementi istruttori o dello schema di provvedimento; ((lo stesso termine si applica qualora dette esigenze istruttorie siano rappresentate dall'amministrazione proponente nei casi di cui al secondo periodo.)) ((Non sono ammesse)) ulteriori interruzioni di termini. **Comma 2.** Decorsi i termini di cui al comma 1 senza che sia stato comunicato l'assenso, il concerto o il nulla osta, lo stesso si intende acquisito. ((Esclusi i casi di cui al comma 3, qualora la proposta non sia trasmessa nei termini di cui al comma 1, secondo periodo, l'amministrazione competente può comunque procedere. In tal caso, lo schema di provvedimento, corredato della relativa documentazione, è trasmesso all'amministrazione che avrebbe dovuto formulare la proposta per acquisirne l'assenso ai sensi del presente articolo.)) In caso di mancato accordo tra le amministrazioni statali coinvolte nei procedimenti di cui al comma 1, il Presidente del Consiglio dei ministri, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, decide sulle modifiche da apportare allo schema di provvedimento.

Comma 3. Le disposizioni dei commi 1 e 2 si applicano anche ai casi in cui è prevista l'acquisizione di assensi, concerti o nulla osta comunque denominati di amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini, per l'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi di competenza di amministrazioni pubbliche. In tali casi, ove disposizioni di legge o i provvedimenti di cui all'articolo 2 non prevedano un termine diverso, il termine entro il quale le amministrazioni competenti comunicano il proprio assenso, concerto o nulla osta è di novanta giorni dal ricevimento della richiesta da parte dell'amministrazione procedente. Decorsi i suddetti termini senza che sia stato comunicato l'assenso, il concerto o il nulla osta, lo stesso si intende acquisito.

Comma 4. Le disposizioni del presente articolo non si applicano nei casi in cui disposizioni del diritto dell'Unione europea richiedano l'adozione di provvedimenti espressi.

Né - del resto - poteva valere a supportare una diversa conclusione il richiamo operato dal T.A.R. alla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, del 6 febbraio 2019, n. 895, secondo cui:

- *"qualora non sia rispettato il termine di novanta giorni assegnato dall'art. 167, comma 5, del codice dei beni culturali e del paesaggio, per la valutazione di compatibilità paesaggistica delle opere per le quali è stata chiesta la sanatoria, il potere dell'organo ministeriale continua a sussistere, ma l'interessato può proporre ricorso al giudice amministrativo per contestare l'illegittimità dell'inerzia"*;

- *"la perentorietà del termine riguarda, in altre parole, non la sussistenza del potere, ma l'obbligo di concludere la fase del procedimento, obbligo che, ove rimasto inadempito, può essere dichiarato sussistente dal giudice, con le relative conseguenze (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 13 maggio 2016, n. 1935; Consiglio di Stato, Sez. III, 26 aprile 2016, n. 1613; Consiglio di Stato, Sez. VI, 18 settembre 2013, n. 4656)"*;

- *"l'art. 20 della legge n. 241 del 1990 esclude, peraltro, dall'ambito di applicazione del silenzio-assenso i procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico"*.

Tale pur autorevole precedente, infatti, era riferito ad una vicenda che traeva origine da una istanza di compatibilità paesaggistica presentata dall'interessato in data 29 febbraio 2008, allorquando, cioè, la legge *Madia*, che ha introdotto il nuovo paradigma del 17 bis³, applicabile anche agli atti di assenso di competenza delle Amministrazioni preposte alla tutela paesaggistica, era di là da venire.

Non mi ero sbagliato!

2. L'innovativa sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VII, del 2 febbraio 2024, n. 1093, che ha accolto l'appello della parte privata.

Con la sentenza che si annota, n. 1093 del 2 febbraio 2024⁴, il Consiglio di Stato, Sezione VII, pronunciando sull'appello proposto dalla società interessata avverso la predetta decisione del T.A.R. Molise, ne ha, infatti, disposto l'integrale riforma, con conseguente annullamento degli atti impugnati.

³ Circa gli effetti dell'art. 17-bis, in tema di interessi sensibili, v. il Parere della *Commissione Speciale* del Consiglio di Stato n. 1640 del 13 luglio 2016, secondo cui tale disposizione è di portata generale, in quanto:

"La formulazione testuale del comma 3 consente di accogliere la tesi favorevole all'applicabilità del meccanismo di semplificazione anche ai procedimenti di competenza di amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili, ivi compresi i beni culturali e la salute dei cittadini. Sul punto la formulazione letterale del comma 3 è chiara e non lascia spazio a dubbi interpretativi: le Amministrazioni preposte alla tutela degli interessi sensibili beneficiano di un termine diverso (quello previsto dalla normativa di settore o, in mancanza, del termine di novanta giorni), scaduto il quale sono, tuttavia, sottoposte alla regola generale del silenzio assenso".

⁴ La sentenza è stata segnalata dalla rivista giuridica *LexAmbiente* in data 28 febbraio 2024 ed è acquisibile al seguente link: <https://lexambiente.it/index.php/materie/beni-ambientali/consiglio-di-stato49/beni-ambientali-il-silenzio-assenso-previsto-dallart-17-bis-l-241-del-1990-e-applicabile-anche-al-parere-della-soprintendenza>.

Tale esito - beninteso - potrebbe essere confinato nell'alveo del fisiologico "dialogo" a distanza che in questi casi avviene tra giudice di primo grado e giudice di appello.

Così non è, tuttavia, risultando la sentenza di portata dirompente, come meglio si dirà in seguito.

Il caso, in verità, era anche abbastanza semplice, in quanto relativo alla realizzazione di una recinzione provvisoria, preordinata all'impianto di un vigneto, consistente nell'apposizione di una rete metallica sorretta da paletti conficcati nel terreno ad una profondità di 40-50 cm (l'area risultava anche gravata da un vincolo archeologico che prevedeva la profondità massima di 70 cm) e all'avvenuto interrimento, in prossimità degli accessi, di "piccoli cordoli con piattaforme a raso per la futura apposizione di cancelli, sempre nel rispetto del suddetto limite".

Senonché, malgrado i lavori fossero stati già interamente eseguiti, la Soprintendenza *Archeologia, Belle Arti e Paesaggio* del Molise ne disponeva la sospensione, riservandosi l'adozione di futuri provvedimenti.

Successivamente, anche il Comune, nel cui territorio era stato eseguito l'intervento, adottava analoga ordinanza interdittiva, avvertendo, comunque, che "per quanto previsto dal combinato disposto degli artt. 167, commi 4 e 5, e 146 del D.Lgs. 42/2004 può essere presentata richiesta di rilascio di autorizzazione paesaggistica in sanatoria".

In data 11 maggio 2017, la società interessata presentava una S.C.I.A. in sanatoria con richiesta di accertamento di compatibilità paesaggistica ai sensi dell'art. 167 del d.lgs. n. 42/04, riferita, appunto, alle opere realizzate.

In data 15 giugno 2017, la Regione Molise, quale autorità delegata, inoltrava alla Soprintendenza una nota corredata di parere favorevole, ritenendo, per quanto di competenza, "l'intervento compatibile paesaggisticamente ai sensi dell'art. 167 del D.lgs. 42/04 e ss. mm. ii."

La medesima proposta di parere favorevole veniva inoltrata anche al Comune.

Ciononostante, le Amministrazioni coinvolte rimanevano inerti, dando così origine al contenzioso.

Più nel dettaglio, va precisato che il contenzioso aveva inizio con la proposizione di un ricorso avverso il silenzio finalizzato alla declaratoria dell'obbligo delle Amministrazioni competenti di concludere il relativo procedimento mediante il rilascio del provvedimento formale richiesto, anche in virtù del silenzio assenso formatosi sul parere obbligatorio della Soprintendenza ai sensi dell'art. 17-bis della legge n. 241/90.

Dopodiché, il giudizio veniva integrato con la proposizione, in tempi diversi, di motivi aggiunti, avendo le Amministrazioni adottato provvedimenti in corso di causa.

In particolare, con i primi motivi aggiunti venivano impugnati il preavviso di parere negativo del 29 agosto 2017 e il definitivo parere negativo del 3 maggio 2018 della Soprintendenza, entrambi

motivati col fatto che l'intervento realizzato ricadeva all'interno di un'area sottoposta a vincolo archeologico diretto.

Con i secondi motivi aggiunti, invece, veniva impugnata una nota del 16 novembre 2018, con la quale la Regione Molise, prendendo atto del parere negativo espresso dalla Soprintendenza, aveva rigettato anch'essa la richiesta di accertamento di compatibilità paesaggistica, in quanto *“la valutazione è stata espressa in riferimento ai valori paesaggistici e non esclusivamente a quelli della salvaguardia del bene archeologico, il quale risulterebbe non intaccato dalla recinzione”*.

Avverso la sentenza del T.A.R. Molise la società interessata ha proposto appello al Consiglio di Stato, che, come già anticipato, lo ha accolto, affermando che sulla richiesta di parere obbligatorio formulata ai sensi dell'art. 167, comma 5, del d.lgs. n. 42/04 dalla Regione alla Soprintendenza si era formato il silenzio assenso, dal momento che il definitivo parere sfavorevole era stato espresso in data 3 maggio 2018, ossia a distanza di quasi un anno dalla richiesta inoltrata dalla Regione stessa e, dunque, ben oltre il prescritto termine di 90 giorni, risultando, in definitiva, *inutiliter datum*.

Né, peraltro, poteva essere ritenuta idonea ad interrompere il suddetto termine la comunicazione del preavviso di parere negativo della Soprintendenza, sia perché inoltrata alla sola Regione Molise (e non anche alla società richiedente) sia perché *“trattavasi di atto endo-procedimentale privo di una rilevanza volontaristica all'esterno e, pertanto, autonomamente e immediatamente impugnabile solo ove conosciuto dal destinatario e lesivo della sua posizione soggettiva”*.

Il Consiglio di Stato ha, quindi, concluso che, ai fini della riedizione del potere, la Regione Molise dovrà pronunciarsi sull'istanza di rilascio dell'accertamento di compatibilità paesaggistica presentata dalla società, prescindendo dal richiedere un ulteriore parere alla Soprintendenza, *“dovendosi lo stesso ritenere già reso ai sensi del combinato disposto degli artt. 167, comma 5, D.lgs. n. 42/2004 e 17-bis della legge n. 241/90”*.

Nel pervenire a tale importante approdo, che si segnala per una motivazione sintetica ma, al tempo stesso, *“tranchant”* e strettamente rispondente alle finalità per cui la normativa sopravvenuta è stata emanata (e per questo avulsa dalle criticità che la giurisprudenza precedente, fatta eccezione per una isolata pronuncia⁵, aveva ravvisato nella peculiarità del procedimento, strutturalmente diverso da

⁵ Trattasi della sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, del 1^a ottobre 2019, n. 6556, che, in relazione a un intervento eseguito nel Comune di Arzachena, ha affermato che *“correttamente il parere obbligatorio della Soprintendenza è stato acquisito per silentium, ai sensi dell'art. 17-bis della legge n. 241 del 1990, il cui comma 3 espressamente stabilisce che le disposizioni in tema di silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche si applicano anche «ai casi in cui è prevista l'acquisizione di assenti, concerti o nulla osta comunque denominati di amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale ...» – e quindi anche ai procedimenti di accertamento della compatibilità paesaggistica di cui all'art. 167, comma 4, del d.lgs n. 42 del 2004”* –, precisando altresì che: *«In tali casi, ove disposizioni di legge o i provvedimenti di cui all'articolo 2 non prevedano un termine diverso, il termine entro il quale le amministrazioni competenti comunicano il proprio assenso, concerto o nulla osta è di novanta giorni dal ricevimento della richiesta da parte dell'amministrazione procedente. Decorsi i suddetti termini senza che sia stato comunicato l'assenso, il concerto o il nulla osta si intende acquisito»*.

quello ordinario), il Consiglio di Stato ha ricordato che il Codice dei beni culturali e del paesaggio, all'art. 167, comma 5, prevede che:

“Il proprietario, possessore o detentore a qualsiasi titolo dell'immobile o dell'area interessati dagli interventi di cui al comma 4 presenta apposita domanda all'autorità preposta alla gestione del vincolo ai fini dell'accertamento della compatibilità paesaggistica degli interventi medesimi. L'autorità competente si pronuncia sulla domanda entro il termine perentorio di centottanta giorni, previo parere vincolante della soprintendenza da rendersi entro il termine perentorio di novanta giorni. Qualora venga accertata la compatibilità paesaggistica, il trasgressore è tenuto al pagamento di una somma equivalente al maggiore importo tra il danno arrecato e il profitto conseguito mediante la trasgressione. L'importo della sanzione pecuniaria è determinato previa perizia di stima. In caso di rigetto della domanda si applica la sanzione demolitoria di cui al comma 1. La domanda di accertamento della compatibilità paesaggistica presentata ai sensi dell'articolo 181, comma 1-quater, si intende presentata anche ai sensi e per gli effetti di cui al presente comma”.

Tale essendo la proposizione descrittiva e precettiva della norma, il Supremo Consesso non ha ravvisato ragioni per dubitare della applicabilità alla fattispecie della legge generale sul procedimento amministrativo n. 241/90, che ha disciplinato all'art. 17-bis gli effetti del silenzio e dell'inerzia nei rapporti tra amministrazioni pubbliche e tra amministrazioni pubbliche e gestori di beni o servizi pubblici⁶.

⁶ Ancora sull'art. 17-bis, v. il contributo *“In claris non fit interpretatio; sulla duplice (anzi triplice) esegesi pretoria in materia di silenzio assenso ex art. 17 bis l. n. 241/1990 e parere paesaggistico soprintendentizio”* di G. DELLE CAVE, pubblicato su *Giustizia Insieme* in data 18 gennaio 2023, reperibile al seguente link: <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/2617-in-interpretatione-non-fit-claritas-sulla-duplica-anzi-triplice-esegesi-pretoria-in-materia-di-silenzio-assenso-ex-art-17-bis-l-n-241-1990-e-parere-paesaggistico-soprintendentizio-nota-a-t-a-r-campania-napoli-sez-vii-13-ottobre-2022-n-6303-e-t-a-r-campania-salerno-sez-ii-02-novembre-2022-n-2897>.

Appare utile segnalare sul tema anche N. DURANTE, *Il controverso regime delle autorizzazioni paesaggistiche*, in *Giustizia Amministrativa*, anno di pubblicazione 2024; M.A. SANDULLI, *Silenzio assenso e inesauribilità del potere, 16 e seg.*, in *Giustizia amministrativa*, 1^a maggio 2022, secondo cui *“il procedimento di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica di cui all'art. 146 d.lgs. n. 42 del 2004 configura un'ipotesi di co-gestione attiva del vincolo paesaggistico da parte di due amministrazioni e rientra, quindi, a pieno titolo tra le decisioni 'pluri-strutturate', nelle quali, per poter emanare il provvedimento conclusivo, l'amministrazione procedente deve, per legge, acquisire l'assenso vincolante di un'altra amministrazione”*; P. CARPENTIERI, *Silenzio assenso e termine a provvedere, anche con riferimento all'autorizzazione paesaggistica. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, in *Giustizia amministrativa*, 11 aprile 2022; D. AMOROSINO, *Autorizzazioni paesaggistiche: una sentenza “passatista” del Consiglio di Stato disattesa dal T.A.R. Salerno*, in *Urbanistica e appalti*, n. 4/2021; A. BERLUCCHI, *Il parere tardivo espresso dalla soprintendenza per i beni architettonici e paesaggistici ex art. 146 D.lgs n. 2004/42: spunti di riflessione*, in *Riv. giur. ed.*, 2017, 130; G. DELLE CAVE, *Autorizzazione paesaggistica e silenzio assenso tra P.A.: un connubio (im)possibile? competenze procedurali e portata applicativa dell'art. 17-bis l. n. 241/1990 (nota a Consiglio di Stato, Sez. IV, 29 marzo 2021, n. 2640)*, in *Giustizia Insieme*, 6 luglio 2021; F. SCALIA, *Il silenzio assenso nelle c.d. materie sensibili alla luce della riforma Madia*, in *Urb. app.*, 1, 2016, 11; F. APERIO BELLA, *Il silenzio-assenso tra pubbliche amministrazioni (il nuovo art. 17 bis della l. n. 241 del 1990), intervento al convegno «I rimedi contro la cattiva amministrazione. Procedimento amministrativo ed attività produttive e imprenditoriali, 8-9 aprile 2016, Campobasso*, in www.diritto-amministrativo.org; M. BOMBARDELLI, *Il silenzio assenso tra amministrazioni e il rischio di eccesso di velocità nelle accelerazioni procedurali*, in *Urb. app.*, 2016, 7, 758 ss.; A. CONTIERI, *Il silenzio assenso tra le amministrazioni secondo l'art. 17 bis della legge n. 241/1990: la resistibile ascesa della semplificazione meramente*

Del resto, l'esegesi che ne ha dato, in precedenza, lo stesso Consiglio di Stato, nell'esercizio della funzione consultiva (Adunanza della Commissione Speciale del 23 giugno 2016, parere n. 1640), è chiara e univoca nell'affermare che:

"L'art. 17-bis riveste nei rapporti tra amministrazioni pubbliche una portata generale analoga a quella del nuovo articolo 21-nonies nei rapporti tra amministrazioni e privati".

"Il Consiglio di Stato ritiene si possa parlare di un 'nuovo paradigma': in tutti i casi in cui il procedimento amministrativo è destinato a concludersi con una decisione 'pluristrutturata' (nel senso che la decisione finale da parte dell'Amministrazione procedente richiede per legge l'assenso vincolante di un'altra Amministrazione), il silenzio dell'Amministrazione interpellata, che rimanga inerte non esternando alcuna volontà, non ha più l'effetto di precludere l'adozione del provvedimento finale ma è, al contrario, equiparato ope legis a un atto di assenso e consente all'Amministrazione procedente l'adozione del provvedimento conclusivo.

La portata generale di tale nuovo paradigma fornisce una importante indicazione sul piano applicativo dell'art. 17-bis, poiché ne consente una interpretazione estensiva, quale che sia l'amministrazione coinvolta e quale che sia la natura del procedimento pluristrutturato (cfr. infra, i punti successivi)".

Lo stesso parere dà atto che il meccanismo del silenzio assenso orizzontale rinviene, sotto il profilo costituzionale, il proprio fondamento nel principio di buon andamento, di cui all'art. 97 Cost., letto *'in un'ottica moderna'*, che tenga conto anche dell'esigenza di assicurare il *'primato dei diritti'* della persona, dell'impresa e dell'operatore economico rispetto a qualsiasi forma di mero dirigismo burocratico.

Si è ritenuto, infatti, che, nella logica del *'primato dei diritti'*, i meccanismi di semplificazione dell'azione amministrativa non vanno visti come una forma di sacrificio dell'interesse pubblico ma, al contrario, come strumenti funzionali ad assicurare una cura efficace, tempestiva e pronta dello stesso, con il minore onere possibile per la collettività e per i singoli privati. Essi trovano, quindi, un fondamento nel principio del buon andamento dell'azione amministrativa che postula anche l'efficienza e la tempestività di quest'ultima. L'introduzione di rimedi di semplificazione dissuasivi e

temporale, in Scritti per Franco Gaetano Scoca, Napoli, 2020, 1173 e ss.; F. DE LEONARDIS, Il silenzio assenso in materia ambientale: considerazioni critiche sull'art. 17 bis introdotto dalla c.d. riforma Madia, in Federalismi.it, 2015; A. DEL PRETE, Il silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni: profili critici e sistematici, in Riv. giur. edil., 2018, 3, 704 e ss.; F. MARTINES, La "non decisione" sugli interessi pubblici sensibili: il silenzio assenso fra amministrazioni pubbliche introdotto dall'art. 17 bis della l. 241/1990, in Dir. amm., 2018, 3, 747 e ss.; P. MARZARO, Il coordinamento orizzontale tra amministrazioni: l'art. 17 bis della legge n. 241 del 1990, dopo l'intervento del Consiglio di Stato. Rilevanza dell'istituto nella co-gestione dell'interesse paesaggistico e rapporti con la conferenza di servizi, in Riv. giur. urb., 2016, 2, 10 ss.; id. Silenzio assenso tra Amministrazioni: dimensioni e contenuti di una nuova figura di coordinamento 'orizzontale' all'interno della 'nuova amministrazione' disegnata dal Consiglio di Stato, in Federalismi.it, 2016.

stigmatizzanti il silenzio contribuisce, in altri termini, a dare piena attuazione al principio di trasparenza dell'azione amministrativa: l'arresto del procedimento non può più avvenire con un comportamento per definizione "opaco", qual è l'inerzia.

Inoltre:

"Nel tempo presente ... il sistema tende a favorire la liberalizzazione e la deregolamentazione delle attività private, accompagnate da una serie di normative tese allo snellimento dell'azione amministrativa semplificando anche i rapporti tra amministrazioni, come dimostra quanto statuito nell'art. 17 bis ...; nei casi in cui opera il silenzio assenso, l'interesse sensibile dovrà comunque essere oggetto di valutazione, comparazione e bilanciamento da parte dell'amministrazione procedente".

"Il silenzio assenso "orizzontale" previsto dall'art. 17-bis opera, nei rapporti tra Amministrazioni co-decidenti, quale che sia la natura del provvedimento finale che conclude il procedimento, non potendosi sotto tale profilo accogliere la tesi che, prospettando un parallelismo con l'ambito applicativo dell'art. 20 concernente il silenzio assenso nei rapporti tra privati, circoscrive l'operatività del nuovo istituto agli atti che appartengono alla categoria dell'autorizzazione, ovvero che rimuovono un limite all'esercizio di un preesistente diritto.

La nuova disposizione, al contrario, si applica a ogni procedimento (anche eventualmente a impulso d'ufficio) che preveda al suo interno una fase co-decisorie necessaria di competenza di altra amministrazione, senza che rilevi la natura del provvedimento finale nei rapporti verticali con il privato destinatario degli effetti dello stesso".

Le medesime conclusioni si impongono, *a fortiori*, in relazione all'art. 14-bis, della legge n. 241/90, così come modificato dal d.lgs. n. 127/16 (Norme per il riordino della disciplina in materia di conferenza di servizi, in attuazione dell'articolo 2 della legge 7 agosto 2015, n. 124), che presenta un analogo meccanismo semplificatorio⁷.

Tale disposizione afferma (anche con riferimento alle amministrazioni preposte alla tutela paesaggistico-territoriale, in relazione alle quali si prevede solo un allungamento del termine per rendere il parere) il principio per cui si considera acquisito l'assenso senza condizioni delle amministrazioni il cui rappresentante non abbia partecipato alle riunioni ovvero, pur partecipandovi,

⁷ I. CACCIAVILLANI, *La conferenza di servizi nella c.d. «Legge Madia»: riforma od atrofizzazione*, in www.lexitalia.it, n. 3/2016; *La Riforma Madia riscrive integralmente la conferenza di servizi*, in *Comuni d'Italia*, 2016, fasc. 6, 16; M. SANTINI, *La nuova conferenza di servizi dopo la Riforma Madia – Dalla l. 7 agosto 1990 n. 241 al d.lgs. 30 giugno 2016 n. 127*, Roma, 2016; M. SANTINI, *La Riforma Madia sulla conferenza di servizi*, in *Nuovo dir. amm.*, 2016, fasc. 5, 13; S. MEZZACAPO, *Norme per il riordino della disciplina in materia di conferenza di servizi, in attuazione dell'art. 2 l. 7 agosto 2015 n. 124 (commento al d.lgs. 30 giugno 2016 n. 127)*, in *Guida al dir. dossier*, 2016, fasc. 5, 86; G. CONTI, *La conferenza di servizi dopo le modifiche introdotte dalla l. n. 127 del 15 maggio 1997*, in *Giornale dir. amm.*, 2016, 578; G. VESPERINI, *La nuova conferenza di servizi (commento al d.lgs. 30 giugno 2016, n. 127)*, in *Riv. giur. urbanistica*, 2016; 12; A. CIMELLARO - A. FERRUTI, *Dal 28 luglio 2016 al via la nuova conferenza di servizi – D.lgs. 30 giugno 2016 n. 127*, in *Comuni d'Italia*, 2016, fasc. 5, 45; L. DE LUCIA, *La conferenza di servizi nel d.lgs. 30 giugno 2016, n. 127*, in *Dir. economia*, 1997, 547.

non abbia espresso ai sensi del comma 3 la propria posizione, ovvero abbia espresso un dissenso non motivato o riferito a questioni che non costituiscono oggetto della conferenza (“*Fatti salvi i casi in cui disposizioni del diritto dell’Unione europea richiedono l’adozione di provvedimenti espressi, la mancata comunicazione della determinazione entro il termine di cui al comma 2, lettera c), ovvero la comunicazione di una determinazione priva dei requisiti previsti dal comma 3, equivalgono ad assenso senza condizioni*”).

Non vi è dubbio che i principi sanciti “*de iure condito*” siano esportabili anche al procedimento di cui all’art. 167, trattandosi, al pari di quello disciplinato dall’art. 146, di un procedimento orizzontale pluristrutturato.

3. La sentenza del Consiglio di Stato, Sez. IV, del 2 ottobre 2023, n. 8610, richiamata quale “*precedente specifico e conforme*”.

Come chiarito dal Consiglio di Stato, Sez. IV, con la sentenza del 2 ottobre 2023, n. 8610⁸, richiamata dalla sentenza annotata quale “*precedente specifico e conforme*”, non può ritenersi in generale esistente un potere del giudice di decidere una controversia a lui sottoposta facendo diretta applicazione di un principio costituzionale anche quando non si sia in presenza di una lacuna (e cioè quando esista una normativa di legge applicabile al caso, a meno che questa normativa non sia formulata attraverso il ricorso ad un principio o a una clausola generale): il che trova spiegazione nella circostanza per cui, diversamente opinando, il “*bilanciamento*” (del principio) effettuato dal giudice (“*pesando*” il principio stesso con altri “*principi*” che con esso appaiono interferenti) finirebbe inevitabilmente per sovrapporsi a quello contenuto nella disposizione di legge (e operato dal legislatore).

⁸ La massima è la seguente.

“*Nell’ambito della disciplina del procedimento di autorizzazione paesaggistica di cui all’art. 146, D.Lgs. n. 42/2004, va esteso anche al parere, da rendersi da parte della Soprintendenza, il meccanismo del silenzio assenso previsto dall’art. 17-bis della L. n. 241/90, applicabile anche in seno a una conferenza di servizi. Tutti i pareri vincolanti partecipano alla formazione di un provvedimento finale pluri-strutturato, in quanto la decisione dell’amministrazione procedente richiede per legge l’assenso vincolante di un’altra amministrazione. Si evidenzia, infatti, al riguardo che il parere della Soprintendenza è “espressione di una cogestione attiva del vincolo paesaggistico. A tali pareri si applicherebbe pertanto l’art. 17-bis della legge n. 241/1990, diversamente che ai pareri consultivi (non vincolanti), che restano assoggettati alla disciplina di cui agli artt. 16 e 17. Dunque, alla stregua di tale ricostruzione, la formulazione testuale del comma 3 dell’art. 17-bis consente di estendere il meccanismo del silenzio assenso anche ai procedimenti di competenza di amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili, ivi compresi i beni culturali di modo che, scaduto il termine fissato dalla normativa di settore, vale la regola generale del silenzio assenso. Di conseguenza il parere della Soprintendenza per il rilascio dell’autorizzazione paesaggistica reso tardivamente nell’ambito di una conferenza di servizi è da considerarsi tamquam non esset”.* (Conferma TAR CAMPANIA, Salerno, n. 2946/2022) – Pres. Neri, Est. Furno – Ministero della Cultura, Avv. Stato, c. G.M., avv.ti Botti e D’Angiolillo).

Ciò vale anche nel caso in cui il giudice ravvisi nella norma di legge ordinaria un contrasto con un principio costituzionale. E non si tratta, come pure potrebbe apparire in via di prima approssimazione, di mettere in discussione il sistema gerarchico delle fonti del diritto, e quindi la “*superiorità*” del principio costituzionale rispetto alla “*regola*” ordinaria, ma di ribadire che la “*prevalenza*” del primo sulla seconda (ove sia stato accertato il contrasto) deve essere sancita da una pronuncia della Corte costituzionale che darà anche l’interpretazione qualificata del principio costituzionale e del “*bilanciamento*” cui esso deve essere sottoposto in confronto con altri principi.

I principi certamente operano come *ratio* interpretativa delle norme di rango inferiore: l’interpretazione costituzionalmente conforme (o adeguatrice) dev’essere sempre preferita, fino a quando non entri in conflitto insuperabile con il testo normativo.

Se questo conflitto si verifica, il giudice ha l’onere (ove ravvisi la persistenza del contrasto) di sollevare la questione di legittimità costituzionale.

In altre parole, fintantoché il giudice riesca ad argomentare che il “*bilanciamento*” di interessi da lui ritenuto “*conforme a Costituzione*” è realizzabile attraverso una o più regole che la disposizione di legge ordinaria consente di ricavare in via interpretativa, non si pone alcun problema.

Se, invece, questo non sia oggettivamente possibile, e dunque la norma ordinaria (secondo il significato che le si può attribuire all’esito del ricorso a tutti i criteri di interpretazione: letterale, storico, logico, teleologico, sistematico) si ponga in antitesi con il principio costituzionale (come interpretato dal giudice), il giudice stesso, che percepisca il contrasto, non ha altra strada che quella di sollevare - lo si ripete - la questione di legittimità costituzionale.

Il rischio, altrimenti ragionando, è quello di trasformare, secondo il Consiglio di Stato, un ordinamento “*di diritto scritto*”, quale formalmente continua ad essere il nostro, in qualcosa di diverso, affiancando, senza che ciò trovi supporto in una modificazione formale del sistema delle fonti, al diritto “*scritto*” (basato sulla legge) un diritto di fonte “*giurisprudenziale*” (fondato sull’equità), considerato idoneo a derogare al primo ogni qualvolta le caratteristiche del caso concreto segnalino come “*ingiusto*” l’esito che in base ad esso dovrebbe essere sancito.

Tali considerazioni trovano, poi, pedissequo riscontro nella giurisprudenza delle Corti superiori interne e internazionali.

Nella medesima direzione è, in primo luogo, orientata la giurisprudenza costituzionale che ha individuato nell’univoco tenore letterale della norma un limite all’interpretazione costituzionalmente conforme (Cort. cost., 26 febbraio 2020, n. 32).

A non dissimili conclusioni giunge anche la Corte di giustizia dell’Unione Europea, la quale ha ricordato in proposito che, nell’applicare il diritto nazionale (in particolare le disposizioni di una normativa appositamente adottata al fine di attuare quanto prescritto da una direttiva), il giudice

nazionale deve interpretare tale diritto per quanto possibile alla luce del testo e dello scopo della direttiva.

Tuttavia, l'obbligo per il giudice nazionale di fare riferimento al contenuto di una direttiva nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme pertinenti del suo diritto nazionale trova i suoi limiti nei principi generali del diritto, in particolare in quelli di certezza del diritto e di non retroattività, e non può servire da fondamento ad un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale (Corte di giustizia, Grande Sezione, 15 aprile 2008, C-268/06, v. sentenze 8 ottobre 1987, causa 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, Racc. pag. 3969, punto 13, nonché *Adeneler e a.*, cit., punto 110; v. anche, per analogia, sentenza 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Pupino*, Racc. pag. I-5285, punti 44 e 47).

Analoghe e, sotto certi profili ancora più stringenti considerazioni (in quanto relative anche alla interpretazione delle c.d. clausole generali), si rivengono nella più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione, per la quale:

“Anche quando non si trova al cospetto di un enunciato normativo concepito come regola a fattispecie, ma è investito del compito di concretizzare la portata di una clausola generale... il giudice non detta né introduce una nuova previsione normativa. La valutazione in sede interpretativa non può spingersi sino alla elaborazione di una norma nuova con l'assunzione di un ruolo sostitutivo del legislatore.

La giurisprudenza non è fonte del diritto ... Il giudice comune svolge un ruolo costituzionalmente diverso da quello del legislatore ... è organo chiamato non a produrre un quid novi sulla base di una libera scelta o a stabilire una disciplina di carattere generale, ma a individuare e dedurre la regola del caso singolo bisognoso di definizione dai testi normativi e dal sistema.

Una pluralità di ragioni giustifica l'indicato approccio metodologico, fra cui il rispetto del pluralismo e dell'equilibrio tra i poteri, profilo centrale della democrazia, perché la ricerca dell'effettività deve seguire precise strade compatibili con il principio di leale collaborazione e con il dialogo istituzionale che la Corte costituzionale ha avviato con il legislatore.... Non c'è spazio, in altri termini, né per una penetrazione diretta - attraverso la ricerca di un bilanciamento diverso da quello già operato dal Giudice delle leggi - di quell'ambito di discrezionalità legislativa che la Corte costituzionale ha inteso far salvo, né per una messa in discussione del punto di equilibrio da essa indicato ...

La riserva espressa della competenza del legislatore si riferisce, evidentemente, al piano della normazione primaria, al livello cioè delle fonti del diritto: come tale, essa non estromette il giudice comune, nel ruolo - costituzionalmente diverso da quello affidato al legislatore - di organo chiamato, non a produrre un quid novi sulla base di una libera scelta o a stabilire una disciplina di carattere

generale, ma a individuare e dedurre la regola del caso singolo bisognoso di definizione dai testi normativi e dal sistema” (cfr. Corte di Cassazione, Sezioni unite civili, 30 dicembre 2022, n. 38162).

Nel *"precedente specifico e conforme"* sopra menzionato, la vicenda scrutinata dal Consiglio di Stato aveva, per di più, ad oggetto l'edificazione di una residenza turistico-alberghiera nel Comune di Ascea, per la quale il proprietario del suolo aveva chiesto il rilascio sia del permesso di costruire, in conformità alle previsioni della vigente strumentazione urbanistica, che dell'autorizzazione paesaggistica.

Il Comune di Ascea, a seguito di tale richiesta, aveva indetto una conferenza di servizi decisoria in forma semplificata e con modalità asincrona, al fine di acquisire tutti i necessari atti di assenso, ivi compreso il parere della Soprintendenza, nonché il nulla osta dell'Ente Parco nazionale del Cilento, Vallo di Diano e Alburni.

L'Ente Parco aveva rilasciato il proprio nulla osta ma la Soprintendenza, dopo aver chiesto integrazioni e chiarimenti, aveva espresso parere contrario.

Preso atto di tale parere, il Comune aveva rigettato la richiesta di autorizzazione paesaggistica, affermando che, pur essendo *“l'intervento dal punto di vista urbanistico conforme al PRG e alle norme di attuazione attualmente vigenti e pertanto assentibile”*, il dissenso espresso dalla amministrazione statale non era superabile.

Avverso tale decisione, l'interessato aveva proposto tempestivo ricorso al T.A.R. Salerno, il quale, resistendo in giudizio il Ministero della Cultura, lo aveva integralmente accolto, ritenendo, in sintesi, tardivo il parere contrario della Soprintendenza.

Il Consiglio di Stato ha confermato la sentenza del T.A.R., dopo aver premesso, fra l'altro, che:

1. *“l'obiettivo della competitività del sistema paese richiede sia garantita la conclusione dei procedimenti avviati su istanza di parte in tempi certi e rapidi, e quindi la tempestività dell'azione amministrativa, poiché il fattore tempo è una variabile essenziale della programmazione finanziaria privata di cui è necessaria la ragionevole prevedibilità”*;

2. *“l'attributo di primarietà associato agli interessi sensibili deve essere inteso, dopo i recenti interventi normativi, non più in modo astratto ed aprioristico come primazia in una ipotetica scala gerarchica dei valori costituzionali”*.

Il Consiglio di Stato ha anche aggiunto che, al fine di evitare che, in contrasto con il principio della divisione dei poteri, il giudice assuma un ruolo creativo, individuando, in luogo del legislatore, la regola da applicare al caso concreto, l'interpretazione giudiziale deve farsi carico del significato corretto della disposizione nell'arco delle sole opzioni che il testo autorizza, eventualmente scrutando nelle sue eventuali zone d'ombra.

Il testo della legge, specie quando formulata mediante la c.d. tecnica per fattispecie analitica, fornisce la misura della discrezionalità giudiziaria; esso, come è stato autorevolmente osservato, rappresenta il punto fermo da cui occorre muovere nell'attività interpretativa e a cui, (all'esito del combinato ricorso a tutti gli altri canoni di interpretazione) è necessario ritornare.

Ne consegue che il testo della legge costituisce un limite insuperabile rispetto ad opzioni interpretative che ne disattendano ogni possibile risultato riconducibile al suo potenziale campo semantico (così come delimitato dalla disposizione), per giungere ad esiti con esso radicalmente incompatibili.

In conclusione, il Consiglio di Stato ha affermato, con la sentenza in questione, che rappresenta un vero e proprio "*leading case*", i seguenti principi⁹.

1. Nel caso delle autorizzazioni paesaggistiche, sia ordinarie che semplificate, che si inseriscono nel procedimento gestito dal Comune, il parere della Soprintendenza ha funzione di co-decisione ("*il parere della Soprintendenza è espressione di una cogestione attiva del vincolo paesaggistico*").¹⁰

2. Anche a prescindere dal dato testuale dell'art. 11, comma 9, "*a tali pareri si applicherebbe pertanto l'art. 17-bis della legge n. 241/1990, diversamente che ai pareri consultivi (non vincolanti), che restano assoggettati alla disciplina di cui agli artt. 16 e 17. Dunque, alla stregua di tale ricostruzione, la formulazione testuale del comma 3 dell'art. 17-bis consente di estendere il meccanismo del silenzio assenso anche ai procedimenti di competenza di amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili, ivi compresi i beni culturali, di modo che, scaduto il termine fissato dalla normativa di settore, vale la regola generale del silenzio assenso*"¹¹.

3. Non può essere accolta la tesi contraria, secondo cui la tardiva adozione del parere in funzione co-decisorio comporterebbe solo una sua "*dequotazione*", perdendo l'efficacia vincolante, ma conservando la sua efficacia giuridica; tesi che deve ritenersi "*definitivamente superata dalla modifica apportata all'art. 2 della legge n. 241 del 1990 dall'articolo 12, comma 1, lett. a), n. 2), del decreto-legge n. 76 del 2020, che ha introdotto il nuovo comma 8-bis, in base al quale "Le determinazioni relative ai provvedimenti, alle autorizzazioni, ai pareri, ai nulla osta e agli atti di assenso comunque denominati, adottate dopo la scadenza dei termini di cui agli articoli 14-bis, comma 2, lettera c), 17-bis, commi 1 e 3, 20, comma 1 ..., ovvero successivamente all'ultima riunione*

⁹ Principi opportunamente richiamati e ribaditi dal T.A.R. Campania Napoli, Sez. IV, nella recente sentenza del 18 aprile 2024, n. 2190.

¹⁰ V. Cons. Stato, Sez. IV, 19 aprile 2021, n. 3145; Cons. Stato, Sez. VI, 21 novembre 2016, n. 4843; *id.* 18 marzo 2021, n. 2358; 19 marzo 2021, n. 2390; 21 novembre 2016, n. 4843; 15 maggio 2017, n. 2262; 17 marzo 2020, n. 1903; 16 giugno 2020, n. 3885.

¹¹ V. Cons. Stato, Commissione Speciale, 23 giugno 2016, n. 1640 cit.; Sez. VI, 1^a ottobre 2019, n. 6556; *idem*, Sez. IV, 14 luglio 2020, n. 4559; Sez. V, 14 gennaio 2022, n. 255.

di cui all'art. 14 ter, comma 7 ... sono inefficaci, fermo restando quanto previsto dall'articolo 21-nonies, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni (...); la locuzione utilizzata dal legislatore mira a chiarire definitivamente che l'organo che si pronuncia tardivamente ha perso il potere di decidere: dunque il suo atto, adottato in carenza di potere relativamente ad uno specifico progetto, è privo di effetti nell'ordinamento amministrativo”.

4. Pertanto, il parere negativo della Soprintendenza tardivo è inefficace (“*tamquam non esset*”) e “l’assenso sulla proposta di accoglimento ricevuta dall’amministrazione procedente si forma per *silentium*, ma ciò non esonera quest’ultima dalla necessità di concludere il procedimento con una decisione espressa, come si desume, del resto, dall’ultima parte del citato comma 9 dell’art. 11 del d.P.R. n. 31 del 2017, secondo cui l’amministrazione procedente, una volta formatosi il silenzio assenso sul parere del soprintendente, provvede al rilascio dell’autorizzazione paesaggistica”¹².

4. L'ostacolo dell'assenza dello "schema di provvedimento", ormai superato sulla base della interpretazione teleologica dell'art. 17-bis della legge n. 241/90.

¹² Un originale orientamento di segno contrario, ma in realtà dotato di ricadute pratiche alquanto simili a quelle del 17-bis, era stato, poco più di un anno prima, assunto dalla Sezione VI del Consiglio di Stato con la sentenza del 24 maggio 2022, n. 4098.

Tale decisione aveva, infatti, escluso l’esistenza di ragioni di natura sostanziali per negare che, sul parere soprintendentizio, si possa formare il silenzio assenso di cui all’art. 17-bis, non inferendosi ciò dal mero fatto che il procedimento “*principale*” sia avviato ad istanza di un privato ed anzi evidenziando «che la disciplina del rilascio dell’autorizzazione paesaggistica, disegnata dall’art. 146 del D.lgs. 42/2004, per vari aspetti rispecchia quella del silenzio assenso ex art. 17-bis».

Secondo il Consiglio di Stato:

“Costituisce motivo di riflessione la scansione procedimentale indicata dal comma 9 dell’art. 146, secondo cui l’amministrazione competente, cioè la regione o l’ente delegato, “*provvede comunque*”: dal che si desume che in tal caso l’amministrazione procedente è tenuta ad adottare il provvedimento finale in maniera espressa, ma non necessariamente nel senso precedentemente prefigurato”.

Ora, «se presupposto all’art. 146, comma 9, vi fosse la formazione di un silenzio assenso ai sensi dell’art. 17-bis, la norma avrebbe dovuto prevedere per coerenza, che anche in tal caso l’amministrazione procedente adottasse il provvedimento finale “*in conformità*”: in tal caso, “*in conformità*” alla proposta iniziale, sulla quale la Soprintendenza non ha espresso motivi ostativi».

Tanto induce a ritenere che «il legislatore non ha voluto che si producesse tale effetto, quale conseguenza del comportamento silente della Soprintendenza, come è reso evidente dal fatto che in tal caso l’amministrazione procedente è tenuta a provvedere “*comunque*” e non “*in conformità*”».

Ha osservato, nondimeno, il Consiglio di Stato che «dal punto di vista pratico cambia poco rispetto alla fattispecie del silenzio assenso ex art. 17-bis, perché è evidente che il provvedimento finale, anche in tal caso, deve rispecchiare la proposta originaria trasmessa alla Soprintendenza: diversamente il provvedimento adottato risulterebbe illegittimo in quanto emesso su una proposta non precedentemente sottoposta al parere della Soprintendenza (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 5799 dell’11 dicembre 2017); l’amministrazione procedente, tuttavia, non essendosi formato un silenzio assenso da parte della Soprintendenza, potrebbe avere un ripensamento e quindi potrebbe decidere di riformulare la proposta originaria, senza perciò incorrere in un provvedimento in autotutela, non essendosi ancora formato un provvedimento definitivo».

Pertanto, l’atto finale dell’amministrazione procedente, a meno di un “ripensamento” circa la propria posizione originaria, non potrà che essere favorevole al privato, pena l’illegittimità di un diniego, che sarebbe emesso in assenza di una precedente proposta in tal senso sottoposta al parere della Soprintendenza”.

Precisata l'applicabilità dell'art. 17-*bis* della legge n. 241/90, sul piano soggettivo, agli atti di assenso delle Amministrazioni preposte alla tutela paesaggistica, la giurisprudenza si è posta in passato il problema di verificare se l'ambito di applicazione oggettivo del silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni comprenda anche il procedimento disciplinato dall'art. 167 del d.lgs. n. 42/04¹³.

Dopo un approfondito esame dell'istituto, la giurisprudenza si è determinata negativamente, in quanto l'art. 167 richiede che:

- l'Amministrazione procedente abbia predisposto e trasmesso uno “*schema di provvedimento*” all'Amministrazione competente a rendere il proprio assenso;

sia decorso il termine di “*trenta giorni*” ovvero quello di “*novanta giorni*” (operante per gli assensi, i concerti o i nulla osta comunque denominati di Amministrazioni preposte alla tutela paesaggistico-territoriale) dalla ricezione della richiesta dell'Amministrazione procedente, senza che l'Amministrazione interpellata abbia manifestato espressamente la propria posizione al riguardo, essendole anche preclusa la possibilità di formulare richieste di integrazione documentale¹⁴.

¹³ V., in particolare, Consiglio di Stato, Sez. II, 19 agosto 2022, n. 7293; Consiglio di Stato, Sez. VI, 6 febbraio 2019, n. 895; Consiglio di Stato, Sez. VI, 13 maggio 2016, n. 1935; T.A.R. Toscana, Sez. III, 12 novembre 2019, n. 1520.

¹⁴ Il T.A.R. Campania Napoli, Sez. VI, con sentenza del 16 agosto 2021, n. 5503, ha precisato che, in tali casi, anche la richiesta di integrazione documentale tardiva è illegittima perché vanifica “*l'esigenza di assicurare certezza e stabilità alle situazioni giuridiche discendenti da provvedimenti amministrativi, in funzione di tutela: - a latere privatistico, dell'affidamento del privato, la cui sfera giuridica, ampliata dal potere amministrativo, non può tollerare una situazione di diuturna instabilità; - a latere pubblicistico, a garantire la inoppugnabilità degli atti anche nell'interesse della Amministrazione, nella fattispecie di quella comunale*”.

Del resto, l'art. 146 del d.lgs. n. 42/04, prevede testualmente, al comma 7, che: “*L'amministrazione competente al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica verifica se ricorrono i presupposti per l'applicazione dell'articolo 149, comma 1, alla stregua dei criteri fissati ai sensi degli articoli 140, comma 2, 141, comma 1, 141-bis e 143, comma 1, lettere b), c) e d). Qualora detti presupposti non ricorrano, l'amministrazione verifica se l'istanza stessa sia corredata della documentazione di cui al comma 3, provvedendo, ove necessario, a richiedere le opportune integrazioni e a svolgere gli accertamenti del caso*”.

Dall'inequivoco tenore della suddetta disposizione emerge, in definitiva, che la sola amministrazione regionale o delegata (e non anche la Soprintendenza) può richiedere “*le opportune integrazioni*”.

Peraltro, già nella vigenza dell'art. 159 del d.lgs. n. 42/04, la giurisprudenza amministrativa aveva precisato che la richiesta di informazioni o di atti ulteriori rispetto a quelli oggetto del procedimento conclusosi con il rilascio del nulla osta da parte dell'ente comunale non era idonea ad interrompere il termine perentorio di sessanta giorni previsto per l'esercizio del potere statale di annullamento.

Il Consiglio di Stato, in particolare, con sentenza della Sezione VI del 12 agosto 2002, n. 4182, aveva affermato che “*una volta che la documentazione acquisita nel procedimento conclusosi con il nulla osta comunale sia stata trasmessa in modo completo, unitamente ovviamente all'autorizzazione stessa, si deve ritenere che decorra il termine di sessanta giorni per l'esercizio del potere di annullamento senza che lo stesso possa essere interrotto da richieste istruttorie, che risultano idonee ad interrompere il termine solo in caso di incompleta trasmissione della documentazione su cui l'ente regionale (o sub-delegato, come nel caso di specie) si sia pronunciato* (v., in argomento, anche Corte cost. n. 359 del 18 dicembre 1985; n. 153 del 24 giugno 1986; n. 302 del 9 marzo 1988 e n. 1112 del 12 dicembre 1988; nonché T.A.R. Sardegna n. 1081 del 10 luglio 2001).

Sia consentito rinviare, sul tema, anche a B. MOLINARO, *Condono edilizio: vietato chiedere integrazioni documentali a tempo scaduto*, in *Altalex*, Quotidiano di informazione giuridica, 21 settembre 2021.

Solo al ricorrere di tali condizioni, può considerarsi acquisito *per silentium* l'atto di assenso, sicché l'Amministrazione procedente è posta in condizione di adottare il provvedimento conclusivo, comunque necessario per la definizione del procedimento.

Infatti, nell'assumere la decisione finale, l'Amministrazione procedente è tenuta a valutare i vari interessi coinvolti nell'esercizio del potere, ivi compreso l'interesse pubblico sotteso all'atto di assenso implicitamente acquisito: soltanto in tale maniera si assicura, oltre che la tempestiva adozione della decisione finale, anche un'adeguata protezione di tutti gli interessi pubblici coinvolti nell'esercizio del potere, pure qualora manchi la determinazione espressa dell'Amministrazione (interpellata) che sarebbe stata competente a valutare la compatibilità della soluzione prescelta con l'interesse pubblico dalla stessa tutelato.

Alla luce di tali rilievi, si è, dunque, ritenuto che il silenzio assenso ex art. 17-*bis* l. n. 241/90:

- non riguarda la fase istruttoria del procedimento amministrativo, che rimane regolata dalla pertinente disciplina positiva, influenzando soltanto sulla fase decisoria, attraverso la formazione di un atto di assenso *per silentium*, con la precisazione che l'Amministrazione procedente è, comunque, tenuta ad elaborare uno schema di provvedimento da trasmettere all'Amministrazione co-decedente, sulla base delle risultanze dell'istruttoria già svolta, non potendosi elaborare un progetto di decisione senza avere previamente accertato e valutato i presupposti del provvedere;
- opera soltanto in relazione ai procedimenti caratterizzati da una fase decisoria pluristrutturata e, dunque, come chiarito dal Consiglio di Stato nel parere n. 1640/2016 cit., “*nei casi in cui l'atto da acquisire, al di là del nomen iuris, abbia valenza co-decisoria*”;
- presuppone, pur sempre, un potere decisionale distribuito tra plurime Amministrazioni, tutte abilitate ad intervenire sul contenuto del provvedimento finale, suscettibile di essere adottato solo previo accordo tra le parti pubbliche co-decidenti.

Nel procedimento di compatibilità paesaggistica di cui all'art. 167, il legislatore, invece, ha previsto sì una forma di cogestione del vincolo paesaggistico tra due Amministrazioni (Soprintendenza, competente nel rendere un parere vincolante, nonché Amministrazione regionale o subdelegata, chiamata ad assumere la decisione finale)¹⁵, ma secondo modalità del tutto peculiari.

Ai sensi dell'art. 167, comma 5, del d.lgs. n. 42/04, infatti:

“Il proprietario, possessore o detentore a qualsiasi titolo dell'immobile o dell'area interessati dagli interventi di cui al comma 4 presenta apposita domanda all'autorità preposta alla gestione del vincolo ai fini dell'accertamento della compatibilità paesaggistica degli interventi medesimi. L'autorità competente si pronuncia sulla domanda entro il termine perentorio di centottanta giorni,

¹⁵ V., in termini, Consiglio di Stato, Sez. VI, 28 gennaio 2019, n. 721, e la giurisprudenza richiamata.

previo parere vincolante della soprintendenza da rendersi entro il termine perentorio di novanta giorni”.

Emerge, pertanto, che:

- l'autorità preposta alla gestione del vincolo non è tenuta ad elaborare uno schema di provvedimento alla stregua delle risultanze istruttorie da trasmettere alla Soprintendenza ai fini dell'espressione del parere di competenza, sebbene un tale documento sia necessario per la formazione del silenzio assenso, posto che, altrimenti, difettando lo schema di provvedimento, mancherebbe pure la bozza di decisione su cui possa ritenersi tacitamente acquisito un atto di assenso;
- il termine per l'espressione del parere è espressamente qualificato dal legislatore come perentorio, il che influisce sulla individuazione delle conseguenze discendenti dalla sua inosservanza, emergendo effetti incompatibili con la formazione di un atto *per silentium*;
- la Soprintendenza e l'autorità preposta alla gestione del vincolo sono chiamate a verificare la compatibilità dell'intervento edilizio rispetto al medesimo interesse pubblico (paesaggistico), quando la co-decisione è un modulo procedimentale impiegabile per la condivisione di una data decisione da parte di plurime Amministrazioni, ciascuna preposta alla tutela di un differente interesse pubblico, parimenti rilevante ai fini della regolazione del caso concreto;
- il parere della Soprintendenza è qualificato come vincolante, con la conseguenza che “*a fronte del carattere vincolante del parere soprintendentizio ai sensi dell'art. 167, comma 5, D.Lgs. n. 42 del 2004, non persiste [...] margine alcuno di valutazione difforme in capo all'Amministrazione comunale*” (così Consiglio di Stato, Sez. VI, 16 aprile 2018, n. 2245), tenuta, comunque, a concludere il procedimento entro il termine perentorio di centottanta giorni (del pari previsto dall'art. 167, comma 5, cit.), sicché il parere *de quo* assume più propriamente natura di parere conforme, non potendo l'Amministrazione precedente astenersi dalla decisione, né potendo assumere una decisione difforme da quella indicata dalla Soprintendenza¹⁶. Si è in presenza, dunque, di una disciplina connotata da elementi procedurali del tutto peculiari, che, secondo la giurisprudenza richiamata, sarebbero incompatibili con quelli posti a base della disciplina del silenzio assenso ex art. 17-bis l. n. 241/90¹⁷.

¹⁶ V. Consiglio di Stato, Sez. IV, 15 aprile 2021, n. 3092, secondo cui è conforme il parere che si imponga nel suo contenuto all'Amministrazione precedente, la quale, nell'adottare il provvedimento finale, è tenuta esclusivamente, nell'esercizio dei poteri ad essa peculiari di amministrazione attiva, alla verifica estrinseca della completezza e della regolarità del precedente procedimento di valutazione, senza quindi attivare una nuova ed autonoma valutazione di merito).

¹⁷ Dello stesso tenore è anche la Circolare del Ministero della Cultura, *Direzione Generale Archeologia, Belle Arti e Paesaggio*, Servizio V, del 7 ottobre 2019, Class. 34.28, in cui leggesi che l'Ufficio Legislativo, con i pareri prot. n. 27158 del 10 novembre 2015 e prot. n. 21892 del 20 luglio 2016, ha concluso per “*l'inapplicabilità del silenzio assenso in luogo del parere della Soprintendenza nel procedimento di compatibilità paesaggistica*”, i cui caratteri peculiari (mancanza di

Le peculiarità del procedimento di accertamento di compatibilità paesaggistica si manifesterebbero anche nella disciplina delle conseguenze discendenti dalla condotta inerte della Soprintendenza: il legislatore - d'altronde - ha anche qualificato (ai sensi dell'art. 167, comma 5, d.lgs. n. 42/04) come “*perentorio*” il termine entro cui la Soprintendenza deve esprimere il parere di competenza, in tale maniera regolando (implicitamente) gli effetti dell'inerzia¹⁸.

Di conseguenza, si è ritenuto che l'inutile decorrenza del termine perentorio di novanta giorni ex art. 167, comma 5, d.lgs. n. 42/04 determini – anziché la formazione di un atto di assenso tacito, a conferma dell'inapplicabilità dell'art. 17-*bis* l. n. 241/90 – la decadenza dall'esercizio dello specifico potere assegnato dal legislatore e, dunque, dalla possibilità di vincolare l'amministrazione procedente nella decisione finale; il che, tuttavia, non impedirebbe all'organo statale di intervenire nel procedimento per fornire il proprio contributo partecipativo, ponendo in essere un atto non obbligatorio e non vincolante.

Tale ricostruzione va senza dubbio rimeditata alla luce della normativa sopravvenuta, come, peraltro, confermato dalla sentenza annotata.

Rileva, quale elemento dirimente più di ogni altro, la disposizione dell'art. 2, comma 8-*bis*, della legge n. 241/90.

Tale disposizione, invero, non opera alcuna distinzione all'interno dei procedimenti caratterizzati da una fase co-decisionaria pluristrutturata, né, per quanto attiene alla materia paesaggistica, tra il procedimento ordinario di cui all'art. 146 del d.lgs. n. 42/04 e quello “*peculiare*” disciplinato dall'art. 167 stesso d.lgs.

Come precisato dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 8610 citata, la recente modifica apportata all'art. 2 della legge n. 241/90 dall'art. 12, comma 1, lett. a), n. 2), del d.l. n. 76/20, convertito nella legge n. 120/20, che ha introdotto il nuovo comma 8-*bis*, ha segnato il definitivo superamento dell'indirizzo interpretativo contrario all'applicazione del silenzio assenso orizzontale al parere paesaggistico.

Infatti, in base a tale norma:

“Le determinazioni relative ai provvedimenti, alle autorizzazioni, ai pareri, ai nulla osta e agli atti di assenso comunque denominati, adottate dopo la scadenza dei termini di cui agli articoli 14-bis,

uno schema di provvedimento sottoposto dall'Amministrazione procedente e carattere vincolante del parere della Soprintendenza) “*non sono compatibili con quelli dettati dall'art. 17-bis della legge n. 241/90*”.

¹⁸ Come precisato dal Consiglio di Stato, “*un termine può [...] essere considerato come perentorio o quando sia espressamente qualificato come tale o quando sia prevista la comminatoria di esclusioni o decadenze; lo stesso termine, ove non sia indicato come perentorio, ha funzione solo acceleratoria, cosicché il suo superamento non comporta la decadenza della potestà amministrativa al riguardo o l'illegittimità del provvedimento conclusivo*” (Consiglio di Stato, Sez. V, 17 marzo 2015, n. 1374).

comma 2, lettera c), 17-bis, commi 1 e 3, 20, comma 1 ..., ovvero successivamente all'ultima riunione di cui all'art. 14 ter, comma 7... sono inefficaci, fermo restando quanto previsto dall'articolo 21-nonies, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni".

La lettera di tale disposizione, riferendosi espressamente alle fattispecie del silenzio maturato nel corso di una conferenza di servizi ex art. 14-bis e nell'ambito dell'istituto di cui all'art. 17-bis, è inequivocabile nell'affermare il principio (che non ammette eccezioni) secondo cui le determinazioni tardive sono irrilevanti in quanto prive di effetti nei confronti dell'autorità competente, e non soltanto prive di carattere vincolante.

Da ciò discende che non c'è più spazio, alla luce della novità normativa, per insistere nella tesi del silenzio-devolutivo, stante la formulazione volutamente omnicomprensiva della nuova norma.

La previsione introdotta è evidentemente espressione della volontà politico-legislativa di semplificare i procedimenti e di superare le discussioni, registratesi nel previgente quadro normativo, in ordine al vizio che affliggeva il provvedimento tardivo.

Sotto il profilo teleologico, la locuzione utilizzata dal legislatore, indipendentemente dal riferimento, contenuto nell'art. 167, allo "*schema di provvedimento*", consente, pertanto, di affermare che l'organo che si pronuncia tardivamente perde il potere di decidere: dunque il suo atto, adottato in carenza di potere relativamente ad uno specifico progetto, è privo di effetti nell'ordinamento amministrativo.

D'altronde, il criterio della interpretazione teleologica, pur riconoscendo che la lettera della legge costituisce un limite che l'interprete non può superare e deve rispettare, porta a tenere presente, da un lato, il fatto sociale che sta alla base della norma e che è regolato da essa, e, dall'altro, a considerare le conseguenze che deriverebbero da una data interpretazione, per escludere quelle che non corrispondono allo scopo della disposizione¹⁹.

5. La effettività della "cogestione" del vincolo anche nel procedimento "orizzontale pluristrutturato" di accertamento di compatibilità paesaggistica, nel quale la Regione (o il Comune) non svolge il ruolo di semplice passacarte.

Un secondo argomento, pur significativo, volto a superare le obiezioni sollevate è quello della effettività della "cogestione" del vincolo anche nel procedimento "orizzontale pluristrutturato" di accertamento di compatibilità paesaggistica, ribadendosi ancora una volta che il legislatore, attraverso l'istituto di semplificazione di cui all'art. 17-bis, indipendentemente dall'utilizzo di espressioni formali, ha tentato di raggiungere un delicato punto di equilibrio, sul piano sostanziale, tra la tutela

¹⁹ "Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem" (D.1,3,17, Celso).

degli interessi sensibili e la, parimenti avvertita, esigenza di garantire una risposta (positiva o negativa) entro termini ragionevoli al cittadino o all'operatore economico, che, diversamente, rimarrebbe esposto al rischio dell'omissione burocratica.

In tale composito quadro, la competenza della Soprintendenza resta - lo si ripete - pur sempre garantita sia pure entro termini stringenti entro i quali deve esercitare la propria funzione.

A monte, la Regione (o l'Amministrazione comunale quale ente subdelegato) è tenuta pur sempre a svolgere la propria istruttoria.

Sono stati sollevati dubbi in ordine alla natura dell'attività di cogestione del vincolo paesaggistico e, più specificamente, in ordine al bilanciamento dei relativi poteri tra Amministrazione statale (Soprintendenza) da una parte e Regione (o Comune) dall'altra.

Si è, in pratica, sostenuto che, poiché, nel procedimento di autorizzazione "*a regime*" di cui all'art. 146 del d.lgs. n. 42 del 2004, il parere della Soprintendenza è un parere vincolante, il ruolo dell'ente pubblico territoriale è, in effetti, solo formale, dovendo quest'ultimo, una volta che il parere è stato reso, in senso positivo o negativo, adeguarvisi necessariamente.

Occorre preliminarmente rilevare, sul punto, che il principio cui si ispira la nuova disciplina è quello di tutelare nel modo più ampio ed incisivo possibile il bene "*paesaggio*", attraverso il coinvolgimento di più soggetti (ufficio comunale, Commissione Paesaggio, laddove prevista dalla Regione per il procedimento ex art. 167, e Soprintendenza), anziché uno, con competenze specifiche e diverse.

È vero che il parere della Soprintendenza è vincolante, ma è altrettanto vero che, nella fase *ex ante*, il ruolo della Regione (o del Comune subdelegato) non è quello di un semplice passacarte.

Storicamente, la previsione dell'obbligatorietà dell'autorizzazione paesaggistica nasce con la precisa funzione di far precedere ogni trasformazione del bene paesaggistico da un controllo amministrativo circa la compatibilità dell'intervento proposto con l'esigenza di non dispersione del valore paesaggistico che il bene esprime.

Il controllo, in una logica precauzionale, è teso, infatti, alla verifica della compatibilità della trasformazione proposta con l'esigenza di tutela dei valori paesaggistici oggetto di protezione, come indica chiaramente il comma 1 del citato art. 146.

Il procedimento di autorizzazione paesaggistica origina, come è noto, dall'istanza del privato, alla quale vanno allegati il progetto da realizzare e la c.d. relazione paesaggistica. La relazione paesaggistica deve descrivere: a) lo stato attuale del bene; b) gli elementi di valore paesaggistico in esso presenti; c) gli impatti delle trasformazioni proposte (rappresentati anche attraverso simulazione dettagliata dello stato dei luoghi a seguito della realizzazione del progetto resa mediante foto modellazione realistica (*rendering* computerizzato o manuale), comprendente un adeguato "*intorno*"

dell'area di intervento, desunto dal rapporto di "intervisibilità" esistente; d) i fattori di mitigazione e compensazione proposti.

Ricevuta la domanda corredata del progetto e della relazione paesaggistica, l'Amministrazione procede, in primo luogo, all'identificazione del contesto entro cui dovrebbe trovare spazio la trasformazione mediante la messa a fuoco della tipologia di vincolo e dei profili valoriali meritevoli di tutela, nonché alla contestualizzazione delle ragioni del vincolo. A tal riguardo, l'Amministrazione realizza, quindi, una operazione prognostica circa gli effetti che l'attuazione del progetto proposto (per come prospettato dalla parte istante) produrrebbe sul bene stesso e sul contesto e, di seguito, esprime una valutazione (inevitabilmente non priva di margini di opinabilità) circa la compatibilità della trasformazione con l'esigenza di tutela del bene o del paesaggio vincolato.

Nel compiere questa operazione l'Amministrazione procedente analizza il progetto in relazione ad ogni profilo rilevante: il linguaggio architettonico e formale, i colori, i materiali, gli stilemi ed ogni carattere in grado di incidere sulla forma percepibile dell'oggetto dell'intervento. L'Amministrazione, nell'operare il controllo, non si limita ad esprimere un giudizio sul progetto sottoposto al suo esame. Deve, di contro, valutare se la soluzione proposta costituisca effettivamente l'opzione di minor impatto e, in termini collaborativi, ove siano concretamente identificabili altre ipotesi progettuali e soluzioni compositive in grado di minimizzare l'impatto, deve orientare (preferibilmente entro un dialogo endoprocedimentale, ovvero con prescrizioni, etc.) al perseguimento di tale risultato. In caso di impatti ineliminabili, suscettibili di residuare anche a valle della ricerca di soluzioni di minimizzazione, dovranno essere identificate adeguate mitigazioni ovvero, in ultima istanza, in caso di impatti non mitigabili, compensazioni efficienti (in grado cioè di operare sulle dinamiche percettive dei luoghi e non su altri versanti, con esclusione quindi di compensazioni meramente monetarie).

Quanto appena evidenziato trova esplicito riscontro nell'art. 3.2. del D.P.C.M. 12 dicembre 2005 (con il quale sono stati definiti i contenuti della documentazione da allegare alla relazione paesaggistica), secondo cui «*Fermo restando che dovranno essere preferite le soluzioni progettuali che determinano i minori problemi di compatibilità paesaggistica, dovranno essere indicate le opere di mitigazione sia visive che ambientali previste, nonché evidenziati gli effetti negativi che non possano essere evitati o mitigati e potranno essere proposte le eventuali misure di compensazione*».

Nella fase di propria competenza, l'Amministrazione opera, in definitiva, una serie di verifiche che consentono di razionalizzare il giudizio di compatibilità, limitando i margini di valutazione estetica e di decisionalità soggettiva solitamente considerati ineliminabili, tanto da costituire una sorta di marca caratteristica della funzione autorizzatoria in materia paesaggistica.

È pur vero che tale attività istruttoria è espressamente riferita al procedimento ordinario e non a quello di accertamento di compatibilità paesaggistica, ma è evidente, in base al criterio dell'analogia

ed in ragione di quanto affermato dal T.A.R. Campania, sezione staccata di Salerno, con sentenza del 9 dicembre 2023, n. 2986, che la documentazione prescritta per il primo debba essere acquisita anche per il secondo, nel quale l'Amministrazione procedente non può limitarsi al semplice riscontro dell'assenza di incrementi di superficie utile o di volumetria, come stabilito dall'art. 167, prevedendo il comma 4 della norma che la compatibilità possa essere accertata anche per "*l'impiego di materiali in difformità dall'autorizzazione paesaggistica*" o per "*lavori comunque configurabili quali interventi di manutenzione straordinaria ai sensi dell'articolo 3 del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380*": attività queste ultime che richiedono, comunque, una qualche attività valutativa.

La stessa valutazione dell'aumento di superficie utile presuppone - a ben vedere - una indagine minima.

Per la nozione di superficie occorre, invero, richiamare quella giurisprudenza secondo la quale "*in ambito paesaggistico la nozione di "superficie utile" di cui all'art. 167 d. lgs. n. 42/04 deve essere intesa in senso ampio e finalistico, ossia non limitata agli spazi chiusi o agli interventi capaci di provocare un aggravio del carico urbanistico, quanto piuttosto considerando l'impatto dell'intervento sull'originario assetto del territorio e, quindi, l'idoneità della nuova superficie, qualunque sia la sua destinazione, a modificare stabilmente la vincolata conformazione originaria del territorio*", sicché "*di superficie utile deve parlarsi in presenza di qualsiasi opera edilizia calpestabile o che può essere sfruttata per qualunque uso, atteso che il concetto di utilità ha un significato differente nella normativa in materia di tutela del paesaggio rispetto alla disciplina edilizia*" (così, in particolare, T.A.R. Lombardia-Milano, Sez. II, 8 maggio 2019, n. 1033).

Per quanto concerne, invece, la definizione di volume, il discorso si allarga anche alle diverse tipologie di volumetrie esistenti nel settore edilizio.

Per volume si intende genericamente l'area, sviluppantesi in altezza e in profondità, coperta da un manufatto.

Nel d.lgs. 42/04 si nega l'autorizzazione paesaggistica postuma a qualsiasi tipo di volume, tecnico o abitativo; l'art. 167, comma 4, infatti, non effettuando distinzioni, lascia pensare che la norma vieti la sanatoria anche ai volumi tecnici²⁰.

Ciò su cui conviene soffermarsi, però, riguarda la relazione esistente tra il volume tecnico realizzato ed il volume dei manufatti già esistenti.

La giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di affermare che "*i volumi tecnici vanno comunque ricompresi nella nozione di volumi ostativa, ai sensi del comma 4 lett. a) dell'art. 167, d.lgs. n. 42/2004, al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica postuma. L'art. 167 comma 4, citato*

²⁰ V., sul punto, *ex plurimis*, Consiglio di Stato, Sez. VI, 26 aprile 2023, n. 4181; Consiglio di Stato, Sez. VI, 24 aprile 2017, n. 1907; Sez. VI, 14 gennaio 2019, n. 325).

non consente, infatti, di sanare le opere edilizie che abbiano comportato l'aumento di volumi (anche tecnici), ma proprio perché intende valorizzare e salvaguardare le aree sottoposte al vincolo paesaggistico, consente alla Soprintendenza di esaminare favorevolmente l'istanza di sanatoria (ovviamente, ferme restando tutte le altre valutazioni di sua competenza) quando l'istanza preveda la demolizione di volumi, del tutto legittimamente realizzati, per compensare il mantenimento di altri, realizzati senza titolo. In altri termini, purchè si mantenga il rispetto dei limiti legittimamente assentibili in tema delle superfici e dei volumi, ben può la Soprintendenza ritenere accoglibile l'istanza di sanatoria, quando la demolizione di volumi legittimamente assentiti consenta di ritenere che, nel suo complesso, la volumetria legittimamente assentibile non sia inferiore a quella da porre a base del provvedimento di sanatoria” (cfr. T.A.R. Campania – Napoli, Sez. VIII, 6 settembre 2018, n. 5410).

Può, quindi, confermarsi che vi è, nel procedimento delineato dall'art. 167, tutta una fase a monte della formulazione del parere della Soprintendenza che vede l'Amministrazione procedente atteggiarsi a protagonista indiscussa del procedimento, con competenze istruttorie e valutative.

6. Considerazioni finali.

Tirando le fila del ragionamento, appare innegabile che la riforma *Madia* abbia inteso stabilire, innovando la disciplina sostanziale e procedurale degli interessi sensibili attraverso l'introduzione del silenzio assenso orizzontale tra pubbliche amministrazioni ex art. 17-bis l. n. 241/90 e la riscrittura della disciplina della conferenza di servizi, che non può ritenersi astrattamente precluso al legislatore di operare un equilibrato bilanciamento dei valori costituzionali in gioco: bilanciamento che deve, pur sempre, essere condotto senza consentire «*l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona*» (sentenza Corte cost. n. 85 del 2013), con l'obbligo tendenziale di favorire, in ogni caso, criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, al fine di veder garantita una tutela unitaria, sistemica e non frammentata degli interessi medesimi (sentenze Corte cost. n. 63 del 2016 e n. 264 del 2012).

Tale innovativa impostazione, come sottolineato pur sempre dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 8610, è la conseguenza del combinato operare di due elementi: 1) la trasformazione del ruolo della semplificazione, da valore strumentale (ossia come principio generale da collegare all'esigenza di migliorare l'efficienza amministrativa nel valutare tutti gli interessi che si confrontano nel procedimento e di aumentare l'efficacia nella cura degli interessi pubblici, al contempo garantendo una più agevole tutela delle pretese del cittadino) a bene o valore di natura finale, autonomo rispetto

agli interessi curati dalle Amministrazioni competenti al rilascio di assensi comunque denominati; 2) l'attenuazione della valenza forte e assolutizzante dell'attributo di primarietà associato agli interessi sensibili, nella misura in cui viene ammesso un loro bilanciamento in concreto con altri valori e principi.

In relazione al primo elemento, è stato sottolineato che l'obiettivo della competitività del sistema paese richiede sia garantita la conclusione dei procedimenti avviati su istanza di parte in tempi certi e rapidi, e quindi la tempestività dell'azione amministrativa, poiché il fattore tempo è una variabile essenziale della programmazione finanziaria privata di cui è necessaria la ragionevole prevedibilità. Quanto al secondo elemento, le novità sul trattamento procedimentale degli interessi sensibili poggiano sulla recente evoluta declinazione dell'attributo di primarietà ad essi associato, inteso non più in modo astratto e aprioristico come primazia in una ipotetica scala gerarchica dei valori costituzionali.

Il nuovo strumento di semplificazione conferma, pertanto, la natura patologica che connota il silenzio amministrativo, soprattutto quando maturi nell'ambito di un rapporto orizzontale con un'altra amministrazione co-decidente.

Il meccanismo del silenzio-assenso orizzontale palesa, in altri termini, una contrarietà di fondo del legislatore nei confronti dell'inerzia amministrativa, inerzia che viene stigmatizzata al punto tale da ricollegare al silenzio dell'Amministrazione interpellata la più grave delle "sanzioni" o il più efficace dei "rimedi", ossia l'equiparazione del silenzio all'assenso con conseguente perdita del potere di dissentire e di impedire la conclusione del procedimento.

Tale conclusione è la logica conseguenza della interessante pronuncia del 22 luglio 2021, n. 160, con la quale la Corte costituzionale, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'articolo 8, comma 6, della legge della Regione Siciliana 6 maggio 2019, n. 5 (*Individuazione degli interventi esclusi dall'autorizzazione paesaggistica o sottoposti a procedura autorizzatoria semplificata*), che aveva introdotto il silenzio-assenso c.d. verticale (ovvero nel rapporto con il privato) sulla domanda di autorizzazione paesaggistica, ha affermato che il silenzio assenso previsto dalla norma regionale oggetto di scrutinio assume una valenza del tutto diversa rispetto a quanto disciplinato all'art. 11, comma 9, del d.P.R. n. 31/17 (ovvero allo schema del silenzio assenso c.d. orizzontale).

Non si tratta, infatti, secondo la Consulta, "*di silenzio assenso endoprocedimentale (rectius orizzontale tra pubbliche amministrazioni), destinato a essere seguito comunque da un provvedimento conclusivo espresso dell'amministrazione procedente, ma di un silenzio assenso provvedimento, destinato a tenere luogo dell'autorizzazione paesaggistica richiesta, secondo lo schema generale dell'art. 20 della stessa legge n. 241 del 1990 (...); l'assenso del soprintendente sulla proposta di accoglimento ricevuta dall'amministrazione procedente si forma per silentium, ma*

ciò non esonera quest'ultima dalla necessità di concludere il procedimento con una decisione espressa, come si desume, del resto, dall'ultima parte del citato comma 9 dell'art. 11 del d.P.R. n. 31 del 2017, secondo cui l'amministrazione procedente, una volta formatosi il silenzio assenso sul parere del soprintendente, «provvede al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica»: ciò in linea con il divieto stabilito all'art. 20, comma 4, della legge n. 241/90, che esclude radicalmente l'applicazione del silenzio assenso nei rapporti verticali tra privati e pubbliche Amministrazioni preposte alla tutela dei cosiddetti “*interessi sensibili*”, tra cui, per quanto qui rileva, quelli relativi agli atti e ai procedimenti riguardanti «*il patrimonio culturale e paesaggistico*».

Proprio muovendo dall'istituto del silenzio assenso orizzontale (di cui, evidentemente, la Consulta assume la conformità al dettato costituzionale), la decisione citata finisce per censurare la disposizione regionale sottoposta al suo esame, la quale, introducendo una non consentita forma di silenzio assenso verticale, contrasta con il principio generale stabilito all'art. 20, comma 4, della legge n. 241/90, che vieta la formazione “*per silentium*” del provvedimento conclusivo nei procedimenti implicanti la tutela di “*interessi sensibili*”.

Tali importanti considerazioni di sistema consentono evidentemente di superare anche i potenziali dubbi di incostituzionalità della normativa che applica sia all'autorizzazione paesaggistica in generale che all'accertamento di compatibilità paesaggistica in particolare lo schema semplificatorio del silenzio assenso orizzontale, ferma naturalmente l'indeclinabilità della funzione pubblica di tutela del paesaggio per la particolare dignità data dall'essere iscritta dall'art. 9 Cost. tra i principi fondamentali della Repubblica, come ripetutamente affermato dalla stessa giurisprudenza costituzionale²¹.

In tale ottica valutativa, non va dimenticato che all'istituto del silenzio assenso è stato da tempo riconosciuto un triplice fondamento: *eurounitario*, perché viene ricondotto al “*principio della tacita autorizzazione*” introdotto dalla c.d. Direttiva *Bolkestein* (considerando 43, art. 13, par. 4); *costituzionale*, perché si ricollega al principio di buon andamento, di cui all'art. 97 Cost., volto ad assicurare il “*primato dei diritti*” della persona, dell'impresa e dell'operatore economico; *sistematico*, con riferimento al principio di trasparenza (anch'esso desumibile dall'art. 97 Cost.) che, soprattutto dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97, informa l'intera attività amministrativa come principio generale.

²¹ V. Corte cost., 27 giugno 1986, n. 151; 29 dicembre 1982, n. 239; 21 dicembre 1985, n. 359; 5 maggio 1986, n. 182; 10 ottobre 1998, n. 302; 19 ottobre 1992, n. 393; 12 febbraio 1996, n. 2; 28 giugno 2004, n. 196; 29 ottobre 2009, n. 272; 23 novembre 2011, n. 309.

IL REATO DI TORTURA VERTICALE QUALE ARCHITRAVE DELLO STATO DI DIRITTO.

Maddalena Claudia Del Re*

Abstract [It]: Il reato di tortura, introdotto nel 2017 con la Legge n. 110 in Italia, recepisce un divieto assoluto e inderogabile a tutela della dignità umana. La permanenza nel codice penale italiano del delitto di cui all'art. 613 bis è posta in discussione da una PdL che ne prevede l'abrogazione. Nel presente scritto, si esamineranno i riferimenti normativi a sostegno della necessità della codificazione del reato quali la Convenzione ONU – CAT, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la fonte interna rinvenibile nell'art. 13 comma 4 della Costituzione italiana. Prima del 2017, l'Italia era sprovvista di strumenti tecnico -giuridici idonei a proteggere la persona nei confronti delle perversioni del potere statale, come evidenziato dai processi che seguirono i cosiddetti “fatti del G8 di Genova”. Nonostante la palese lacuna di tutela, sancita anche dalla CEDU, l'iter approvativo della L. 110/2017 fu lento e difficoltoso per l'opposizione di talune forze politiche che ponevano obiezioni argomentate per lo più sul timore di un indebolimento alla sicurezza dello Stato quale conseguenza della codificazione del delitto. La sentenza del Tribunale di Siena n. 211/2023 e la sentenza della Corte di Cassazione 4557/2024, sanciscono il ruolo del delitto di tortura quale architrase dello stato di diritto. La prima centrando le motivazioni sul confine tra uso legittimo della forza da parte dello Stato e abuso di tale potere. La seconda, ribadendo l'obbligo della tutela della dignità umana anche fuori dai confini nazionali, confermando la condanna ad un Comandante di nave privata italiana per un respingimento collettivo in Libia.

Abstract [En]: *The crime of torture, introduced in 2017 by Law No. 110 in the Italian legal system, applies an absolute and mandatory prohibition of torture in order to protect human dignity. The permanence in the Italian Criminal Code of the crime of torture referred to in Article 613 bis, is questioned by a Draft Law calling for its abrogation. In this paper, we shall examine the normative references supporting the need for the codification of the crime of torture, such as the UN Convention – CAT, the European Convention on Human Rights, and the domestic source found in Article 13 paragraph 4 of the Italian Constitution. Prior to 2017, Italy lacked adequate technical-legal instruments to protect the individual against the perversions of State power, as enhanced by the trials that followed the so-called 'Genoa G8 events'. Despite the obvious gap in protection, sanctioned also by the ECHR, the approval process of Law 110/2017 was slow and difficult due to the opposition of some political groups that objected basing their arguments essentially on the fear of a weakening effect of the Law on State security as a consequence of the codification of the crime. The judgment of the Court of Siena No. 211/2023 and the judgment of the Court of Cassation No. 4557/2024, establishes the role of the crime of torture as the cornerstone of the Rule of Law. The former by focusing its reasoning on the border between the legitimate use of force by the State and the abuse of that power. The latter, reaffirming the obligation to protect human dignity even beyond national borders by confirming the sentence of condemnation of an Italian private ship captain for a group refoulement in Libya.*

Sommario: **1.** Introduzione. - **2.** La Convenzione ONU contro la tortura. - **3.** L'art. 13 comma 4 della Costituzione italiana. - **4.** l'art. 3 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo – La condotta materiale della tortura nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo. - **5.** Il caso G8 e le condanne CEDU all'Italia; il caso Cestaro vs Italy. - **6.** Il reato di tortura in Italia. **7.** Progetto di legge di abolizione del reato di tortura. - **8.** Le argomentazioni contrarie alla codificazione del reato di tortura. - **9.** I torture Memos e la teoria utilitaristica. - **10.** La difesa dello Stato di diritto verso l'interno. La sentenza 211/2023 del Tribunale di Siena. - **11.** La difesa dello Stato di diritto verso l'esterno. La sentenza 4557/2024 della Corte di Cassazione. - **12.** Conclusioni.

1. Introduzione

Michel Foucault apre il suo saggio “Sorvegliare e punire”, con la descrizione, di grande impatto sul lettore, del supplizio del 2 marzo 1757 inflitto al condannato Robert François Damiens, parricida;

supplizio pianificato con accuratezza nella sua complessa materiale mescolanza di fuoco, di zolfo, piombo fuso, pece bollente, attanagliamenti, e, infine, sembramento¹.

A meno di un secolo dal crudele trattamento imposto al povero Damiens, tra la fine del XVIII secolo e l'inizio del XIX, nasce una nuova era del diritto penale europeo con provvedimenti legislativi che aboliscono la tortura e con la redazione dei cosiddetti codici moderni.

Già nel 1740 e nel 1754 Federico di Prussia aveva adottato due provvedimenti legislativi, con i quali si vietava la tortura giudiziaria, praticata per raccogliere informazioni e confessioni, ma non quella punitiva, esemplare. L'Austria abolisce la tortura nel 1776, il granducato di Toscana nel 1786, il Regno di Napoli nel 1789; progressivamente si allineano tutti gli Stati europei, tanto da risultare sostanzialmente proibita ovunque nei primi anni dell'Ottocento².

“In pochi decenni il corpo suppliziato, squartato, amputato, simbolicamente marchiato sul viso o sulla spalla, esposto vivo o morto, dato in spettacolo è scomparso. È scomparso il corpo come principale bersaglio della repressione penale”³.

Il corpo del recluso, del prigioniero, del trattenuto diviene intangibile. La pena colpisce i “diritti astratti” dell'imputato e del condannato, in primis il diritto alla libertà.

Nello stesso tempo, a fronte della complessa evoluzione storica della teorizzazione e attuazione legislativa della intangibilità del corpo, sopravvive, sotterraneamente, un fondo della giustizia penale che Foucault definisce suppliziante, per il quale “è giusto che un condannato soffra fisicamente più degli altri uomini”⁴.

Ancora oggi, si può affermare che, sebbene la tortura sia severamente bandita dagli Stati, essa è tuttavia largamente utilizzata di fatto, sia nel quadro di processi penali sia, e soprattutto, al di fuori di ogni attività giudiziaria⁵.

2. La Convenzione ONU contro la tortura

L'obbligo di sanzionare penalmente la condotta di tortura discende direttamente dalle norme di diritto internazionale⁶ a tutela della dignità della vita umana e della persona.

* *Avvocato del foro di Roma. Articolo in corso di pubblicazione anche sulla Rivista Diritto Penale della Globalizzazione.*

¹ Foucault, *Sorvegliare e punire*, Einaudi Paperbacks 1975, 5.

² Foucault, op. cit., 10. Padovani, *Tortura in Giustizia criminale. Radici, sentieri, dintorni, periferie di un sistema assente*, Pisa University press, 2015, 280 e ss. Nella raccolta di lezioni, l'a. ricostruisce, anche storicamente, la natura giuridica dell'istituto della tortura; Scaroina, *Il delitto di tortura*, Cacucci editore, 2018, 38 e ss.

³ Foucault, op. cit., 10.

⁴ Foucault, op. cit., 19.

⁵ A. Cassese, *I diritti umani oggi*, Economica Laterza, 2019, 174.

⁶ Si indicano i più importanti riferimenti della normativa internazionale: Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948; la Convenzione di Ginevra relativa al trattamento dei prigionieri di guerra del 1949; la Convenzione di Roma per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali del 1950; il Patto internazionale di New York sui diritti

È opportuno partire dalla descrizione, cogente nel nostro Ordinamento, fornita dall'art. 1 dalla Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti (CAT), adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con la Risoluzione n. 39/46 del 10 dicembre 1984, ratificata e resa esecutiva in Italia con la L. 3 novembre 1988, n. 498: “Il termine «tortura» designa qualsiasi atto con il quale sono inflitti a una persona dolore o sofferenze acute, fisiche o psichiche, segnatamente al fine di ottenere da questa o da una terza persona informazioni o confessioni, di punirla per un atto che ella o una terza persona ha commesso o è sospettata di aver commesso, di intimidirla od esercitare pressioni su di lei o di intimidire od esercitare pressioni su una terza persona, o per qualunque altro motivo basato su una qualsiasi forma di discriminazione, qualora tale dolore o tali sofferenze siano inflitti da un funzionario pubblico o da qualsiasi altra persona che agisca a titolo ufficiale, o sotto sua istigazione, oppure con il suo consenso espresso o tacito. Tale termine non si estende al dolore o alle sofferenze derivanti unicamente da sanzioni legittime, ad esse inerenti o da esse provocate”.

Il divieto è assoluto e inderogabile. Gli Stati devono assumere provvedimenti legislativi efficaci per impedire atti di tortura nel proprio territorio. Nessuna circostanza eccezionale può giustificare la tortura. Il soggetto agente non può invocare l'ordine di un superiore o di un'autorità pubblica per scriminare la condotta maltrattante.

L'evento della condotta viene connotato dall'aggettivo “acute” riferite alle sofferenze e al dolore; il dolo previsto è specifico e l'intenzionalità dell'inflizione dei severi supplizi deve essere esercitata nei confronti di una vittima in condizione di soggezione e impotenza, in particolar modo nelle istituzioni totali, quali carceri, istituti psichiatrici, ospedali, caserme.

La CAT disegna un reato proprio, indicando quali autori necessari i funzionari pubblici o qualsiasi altra persona che agisca a titolo ufficiale o sotto sua istigazione.

La configurazione del crimine di tortura, quale reato proprio, nasce dalla principale esigenza di reprimere gli abusi commessi nell'ambito dell'esercizio del potere da parte dell'autorità statale la quale, in accordo con le norme del diritto internazionale, risponde in prima persona anche per le condotte realizzate dai propri funzionari⁷.

3. L'art. 13 comma 4 della Costituzione italiana

civili e politici del 1966; la Dichiarazione dell'Assemblea delle Nazioni Unite del 1975; la Convenzione europea di Strasburgo per la prevenzione della tortura e dei trattamenti inumani o degradanti del 1987; lo Statuto di Roma istitutivo della Corte penale internazionale del 1998; la Convenzione ONU contro la tortura ed altri trattamenti e pene crudeli, inumane e degradanti del 1984 (CAT), e il suo Protocollo opzionale di New York del 2002; la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 2000.

⁷ Lobba, Punire la tortura in Italia. Spunti ricostruttivi a cavallo tra diritti umani e diritto penale internazionale, in *Dir. Pen. Cont.*, 10, 2017, 192.

D'altra parte, ben prima della ratifica della CAT, i nostri padri e le nostre madri costituenti sentirono la necessità di introdurre una formula prescrittiva di incriminazione, l'unica presente nella Carta costituzionale, delle condotte rapportabili alla fattispecie della tortura, così come questa veniva riconosciuta universalmente.

Il comma 4 dell'art. 13 Cost. prevede che sia punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizione di libertà⁸.

Nei lavori preparatori, nella seduta della prima sottocommissione, del 17 settembre 1946, dal dibattito tra i componenti, emerge unanime la forte esigenza di tutelare il cittadino privato della libertà personale dalle perversioni del potere statale.

D'altra parte, molti eletti all'Assemblea costituente erano stati vittime di torture, o ne avevano conoscenza, in quanto oppositori al regime nazifascista⁹.

La iniziale proposta del relatore La Pira: "Ogni forma di rigore e di coazione, che non sia necessaria per venire in possesso di una persona o per mantenerla in stato di detenzione, così come ogni pressione morale o brutalità fisica specialmente durante l'interrogatorio, è punita", venne limata terminologicamente, verso il testo attuale, da Aldo Moro e Palmiro Togliatti¹⁰.

In particolare, Togliatti proponeva l'asciutta formula: "È proibita e viene punita dalla legge ogni forma di violenza contro ogni cittadino arrestato o fermato"; Moro propose l'estensione della proibizione suggerita da Togliatti, anche ai detenuti, affermando: "è necessario proibire quelle ulteriori limitazioni della libertà personale che si concretano nella brutalità fisica contro le persone in stato di detenzione"¹¹.

4. L'art. 3 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo – La condotta materiale della tortura nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo

⁸ Pugiotto, *Repressione penale della tortura e costituzione. Anatomia di un reato che non c'è*. 2/2024 129 e ss.

⁹ Lavori preparatori dell'Assemblea Costituente, seduta del 17 settembre 1946: "Cevolotto si dichiara in massima d'accordo con gli onorevoli Togliatti e Basso. Quello di cui ci si deve preoccupare non è tanto il trattamento dell'arrestato durante l'interrogatorio da parte del giudice istruttore o del Procuratore della Repubblica. Fortunatamente anche in passato, nei riguardi di queste autorità, non si sono dovute in genere deplorare violenze o costrizioni. Queste invece, come risulta dall'esperienza professionale e personale di molti, si mettevano in essere da parte della pubblica sicurezza", consultabili sul sito www.nascitacostituzione.it.

¹⁰ Vedi Lavori preparatori dell'Assemblea Costituente, seduta 17 settembre 1946 consultabili sul sito www.nascitacostituzione.it.

¹¹ Vedi Lavori preparatori dell'Assemblea costituente, seduta 17 settembre 1946 consultabili sul sito www.nascitacostituzione.it.

Oltre alla Convenzione dell'ONU – CAT, la Convenzione di Roma del 1950 per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali ha costituito e costituisce il riferimento normativo rilevante e imprescindibile per gli Stati europei aderenti al Consiglio d'Europa.

L'art. 3 della Convenzione proibisce inderogabilmente la tortura con una formula assoluta ma generica: “Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti”.

Negli anni, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, investita di numerosissimi ricorsi per la violazione del citato art. 3 della Convenzione, ha svolto un lavoro di sempre più accurata definizione della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti.

La condotta materiale posta in essere nella pratica della tortura è stata oggetto di numerose pronunce volte a definire, con la maggiore determinatezza possibile, il grado di violenza necessario per poter sussumere il caso sottoposto alla Corte nell'alveo della condotta di tortura.

Esaminando la giurisprudenza, ci si trova, davanti a oscillazioni interpretative da parte della CEDU, in particolare in merito al dirimente *punctum dolens* della “soglia della sofferenza umana” considerata necessaria a integrare la condotta criminosa della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti¹².

La “soglia minima di gravità” è stata valutata dalla Corte in concreto, tenendo conto, minuziosamente, delle circostanze di estrinsecazione delle azioni od omissioni, da un lato, e delle caratteristiche soggettive della vittima, dall'altro.

Con tale metodologia, la Corte è giunta a circoscrivere tre macroaree di condotte, coordinate al testo della norma di cui all'art. 3 della Carta europea dei diritti dell'uomo: a) il trattamento degradante, nei casi di gravità minima del dolore; b) il trattamento inumano nei casi di gravità intermedia; c) la tortura, nei casi di intensa inflizione della sofferenza.

Negli anni, la CEDU ha sempre più ampliato l'area della tortura, qualificando come atti di tortura, per l'appunto, condotte che precedentemente erano state, viceversa, inquadrare nei trattamenti inumani o degradanti¹³.

Il confine tra atti leciti, atti inumani e degradanti e tortura, pertanto, non può essere definito statico bensì mobile, in relazione alla mutata e crescente riprovazione sociale nei confronti di violazioni dei diritti umani.

A titolo esemplificato sulla questione, si possono assumere quali punti di riferimento per dimostrare l'abbassamento della soglia della sofferenza umana, e il conseguente ampliamento delle

¹² A. Cassese, op. cit., 180 e ss.; Lobba, op. cit., 198; Scaroina, op. cit., 72 e ss. e ampia giurisprudenza ivi citata.

¹³ CEDU, *Selmouni c. Francia*, 28 luglio 1999, §. 101 ove la Corte osserva che essendo la Convenzione materia vivente, “il crescente livello di sensibilità in materia di protezione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali implica una maggiore fermezza nella valutazione dei valori fondamentali delle società democratiche”.

condotte riconducibili al crimine della tortura, due sentenze significative della CEDU, all'interno della copiosa produzione della Corte, distanti fra loro negli anni.

Nel 1978, nella procedura Irlanda verso Regno Unito¹⁴, la CEDU si pronunciò, con un noto provvedimento, sulle famigerate cosiddette “cinque tecniche di interrogatorio” cui erano sottoposti i detenuti nelle prigioni dell'Irlanda del nord.

I prigionieri, si lamentava da parte dei ricorrenti, venivano “privati a lungo di cibo e acqua; oppure privati di sonno; tenuti in piedi per ore; incappucciati, tranne che durante l'interrogatorio; o erano frastornati, prima di essere interrogati, da suoni e rumori per disorientarli (spesso due o più tecniche venivano utilizzate contemporaneamente o una dopo l'altra contro la stessa vittima)”¹⁵.

Nonostante la Commissione europea dei diritti dell'uomo¹⁶, ancora operativa all'epoca, avesse qualificato tali atti come tortura, la Corte statui che i fatti esposti dai ricorrenti rappresentavano un trattamento disumano e degradante “perché non provocarono quelle sofferenze di particolare intensità e crudeltà che il termine tortura implica”¹⁷.

Il 28 settembre 2015, la Grande Camera della CEDU ha condannato il Belgio ritenendo che gli schiaffi inferti dalla polizia a due fratelli, di cui uno minorenni, trattenuti presso un commissariato, avessero integrato un trattamento degradante ai sensi della Convenzione¹⁸.

La Corte, nella sentenza sopra indicata, ha richiamato la propria giurisprudenza per la quale ogni ricorso all'uso della forza da parte delle autorità di polizia nei confronti di un individuo, che non si renda strettamente necessario (police brutality), svincola la dignità umana.

Il livello minimo di gravità per qualificare una condotta quale trattamento degradante, si configura come particolarmente basso nella pronuncia in commento, la quale ai §§ 87, 105 e 106, argomenta che uno schiaffo, per quanto isolato, non premeditato e privo di effetti gravi o duraturi sul corpo – può essere percepito come un'umiliazione dalla persona che lo riceve; lo schiaffo sottolinea quella relazione di superiorità / inferiorità che per definizione caratterizza il rapporto tra l'autorità e l'individuo in custodia e suscita un senso di arbitrarità, ingiustizia e impotenza nella vittima.

5. Il caso G8 e le condanne CEDU all'Italia; il caso Cestaro vs Italy

¹⁴ CEDU, Irlanda verso regno Unito n. 5310/71.

¹⁵ A. Cassese, op. cit., 176

¹⁶ Fino alla riforma del Protocollo 11, entrata in vigore nel 1998, che abolì la Commissione europea dei diritti dell'uomo, i ricorrenti non avevano diretto accesso alla CEDU ma dovevano rivolgersi alla Commissione che svolgeva un ruolo di filtro sulla fondatezza ammissibilità dei ricorsi.

¹⁷ CEDU, Irlanda c. Regno Unito, n. 5310/71.

¹⁸ CEDU, Grande Camera, Bouyid c. Belgio, 2338/2009.

Nel nostro Paese, la vicenda del G8 di Genova segnò una profonda ferita nella opinione pubblica italiana disvelando, tra l'altro, il vuoto di tutela nell'Ordinamento della persona sottoposta alla brutalità delle Forze dell'Ordine.

I cosiddetti “fatti” diedero origine a due filoni di procedimenti penali denominati, giornalmisticamente, processo “Scuola Diaz” e processo “Caserma Bolzaneto”.

In estrema sintesi.

Nel luglio del 2001, la città di Genova, ospitante il vertice dei Paesi più industrializzati del mondo, fu teatro di manifestazioni di protesta organizzate dal GSF (Genoa Social Forum), la più parte pacifiche, pesantemente disturbate dalla presenza dei cosiddetti black bloc, gruppi organizzati di guerriglia urbana. In tale contesto, ove i manifestanti pacifici denunciavano di essere stati più volte attaccati dalle forze dell'ordine mentre i black bloc venivano lasciati liberi di danneggiare e vandalizzare la città, il 20 luglio da una camionetta dei Carabinieri, isolata in piazza Alimonda e circondata dai manifestanti, partì un colpo di arma da fuoco che uccise il giovane Carlo Giuliani¹⁹.

Il 21 luglio 2001, ultimo giorno del G8, durante la giornata continuarono le manifestazioni e gli scontri tra dimostranti e forze dell'ordine.

Intorno alle 23:30 dello stesso giorno, circa 500 tra poliziotti e carabinieri fecero irruzione nella scuola Diaz adibita, su intesa tra autorità e comitato organizzativo, a ricovero di emergenza per i manifestanti, nonché a centro multimediale e ufficio stampa, in cui trovarono alloggio anche diversi avvocati e giornalisti.

Gli eventi di quella notte sono descritti nelle sentenze del Tribunale e della Corte d'Appello di Genova: “Gli agenti si divisero nei piani dell'edificio, parzialmente immersi nel buio. La maggior parte di loro aveva il viso coperto da un foulard, essi cominciarono a colpire gli occupanti con pugni, calci e manganelli, gridando e minacciando le vittime. Alcuni gruppi di agenti si accanirono anche su degli occupanti che erano seduti o allungati per terra. Alcuni degli occupanti, svegliati dal rumore dell'assalto, furono colpiti mentre si trovavano ancora nei loro sacchi a pelo; altri lo furono mentre tenevano le braccia in alto in segno di resa o mostravano le loro carte d'identità. Altri occupanti tentarono di scappare e si nascosero nei bagni o nei ripostigli dell'edificio, ma furono riacciuffati, colpiti, talvolta tirati fuori dai loro nascondigli per i capelli”²⁰.

¹⁹ L'uccisione di Carlo Giuliani è stata oggetto della sentenza CEDU, Giuliani e Gaggio c. Italia, 23458/02, del 25 agosto 2009, confermata dalla Sentenza dalla Grande Camera 24/03/2011; la Corte ha escluso la violazione della Convenzione in riferimento all'art. 2 (diritto alla vita): la condotta del carabiniere, per le circostanze in cui si svolse il fatto, che hanno fatto ritenere ai carabinieri sussistente un immediato pericolo per la loro incolumità, è scriminata dal comma 2 lett. a): “La morte non si considera cagionata in violazione del presente articolo se è il risultato di un ricorso alla forza reso assolutamente necessario: (a) per garantire la difesa di ogni persona contro la violenza illegale”.

²⁰ V. CEDU, Cestaro c. Italia, 6884/11, § 23; v. inoltre Trib. Genova, n. 4252/08; C. d'Appello Genova n. 1530/10; Cass. pen., n. 38085/12.

In quel contesto, 93 persone furono arrestate e portate dalla scuola Diaz alla caserma di Bolzaneto che era stata individuata per la gestione delle persone arrestate durante i cortei del pomeriggio.

Nel leggere le sentenze emesse a seguito del cosiddetto processo Bolzaneto, emerge un lungo elenco di abusi, fisici e verbali, pestaggi, deliberate sevizie e violenze, ideate al solo fine procurare dolore fisico, nei confronti degli arrestati²¹.

Nessuno dei manifestanti arrestati ricevette adeguate cure mediche (anzi, le visite si trasformarono spesso in occasioni di ulteriori umiliazioni e abusi da parte del personale medico); le sevizie terminarono con il trasferimento dei maltrattati presso altri istituti penitenziari.

La sentenza della Corte d'Appello nel processo "Caserma Bolzaneto" affermò che le violenze e le sevizie, combinate "con la negazione di alcuni diritti della persona arrestata, avevano lo scopo di dare alle vittime la sensazione di essere caduti in uno spazio di negazione dell'habeas corpus, dei diritti fondamentali e di ogni altro aspetto della preminenza del diritto"²².

La Corte d'Appello, richiamando la definizione di Tortura delle Corti internazionali, precisò, altresì, che si trattò "di un condensato di violenza verbale, fisica e psicologica, caratterizzata dall'imposizione del potere non solo sulla corporeità della vittima, ma anche sulla sua identità psicologica e politica e quindi finalizzata a stroncare la resistenza psichica attraverso l'umiliazione degli ideali, la denigrazione del corpo, in balia del seviziatore in un crescendo di suspense per mezzo di un gioco perverso al cui estremo si pongono da un lato la volontà sevizziata e sadica del persecutore e dall'altro estremo la vita stessa della vittima.... Trattasi di condotta che per le sue modalità concrete le sue conseguenze probabili va di gran lunga al di là del mero dato fenomenologico descritto nella fattispecie criminosa contestata del tutto insufficiente a ricomprendere per darne una qualificazione descrittiva utile ai fini della conoscenza e del giudizio degli eventi umani"²³.

Per la Corte di Cassazione, alla quale fu sottoposta la valutazione delle sentenze di merito, l'uso della violenza rientrava appieno nella definizione di "tortura", in accordo con la Convenzione delle Nazioni Unite, e in quella di "trattamenti inumani o degradanti". Tuttavia, mancando un reato ad hoc nell'ordinamento giuridico italiano, le violenze in causa erano state perseguite come delitti di lesioni personali, semplici o aggravate in relazione alle quali, era intervenuta la prescrizione nel corso del procedimento²⁴.

²¹ Trib. Genova, n. 3119/2008; C. d'Appello di Genova, n. 678/2010; Cass. pen., n. 37088/2013.

²² C. d'Appello Genova, n. 678/2010.

²³ C. d'Appello di Genova, n. 678/2010, p. 11

²⁴ CEDU, Cestaro c. Italia, n. 6884/11, § 77.

Numerose vittime presentarono ricorso alla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo²⁵ tra cui il Cestaro che all’epoca dei fatti aveva 62 anni²⁶; venne accertato che il ricorrente “era seduto con la schiena contro il muro e le braccia alzate. Egli veniva colpito numerose volte, specialmente in testa, sulle braccia e sulle gambe, colpi che gli causarono fratture multiple”.

Senza esitazione alcuna e all’unanimità, la Corte giudicò il maltrattamento subito dal ricorrente quale tortura, secondo l’indicazione dell’art. 3 della Convenzione.

Nello stesso tempo, la Corte escluse negligenze o indulgenze da parte della magistratura italiana nei confronti dei fatti o degli imputati.

La Corte, inoltre, constatò l’assoluta inadeguatezza della legislazione italiana inadeguata a tutelare le vittime di trattamenti disumani e, degradanti o di tortura.

A tal proposito, affermò che “l’ordinamento giuridico italiano ha bisogno di meccanismi legali che possano garantire una punizione adeguata per i responsabili di atti di tortura o di altri maltrattamenti e che possano impedire che questi individui beneficino di provvedimenti che sono incompatibili con la giurisprudenza della Corte”²⁷.

6. Il reato di tortura in Italia

Nonostante le prescrizioni dei patti internazionali recepiti; nonostante la specifica previsione della punibilità della tortura nella Costituzione; nonostante le indicazioni della Corte europea dei diritti dell’uomo, solo nel 2017 in Italia sono stati introdotti nel codice penale gli articoli 613 bis e 613 ter.

L’iter approvativo della legge è stato lento e irto di ostacoli; si è protratto per diverse legislature²⁸, licenziando un testo che non ha incontrato unanime consenso.

Ci si concentrerà sulle fattispecie previste dall’art. 613 bis che recita:

1. Chiunque, con violenze o minacce gravi, ovvero agendo con crudeltà, cagiona acute sofferenze fisiche o un verificabile trauma psichico a una persona privata della libertà personale o affidata alla sua custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza, ovvero che si trovi in condizioni di minorata difesa, è punito con la pena della reclusione da quattro a dieci anni se il fatto è commesso mediante più condotte ovvero se comporta un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona.

²⁵ CEDU, Bartesaghi Gallo c. Italia n. 12131/13 e n. 43390/13; CEDU, Azzolina e altri c. Italia, n. 28923/09 e n. 67599/10; CEDU, Alfarano c. Italia, n. 75895/13; Battista e altri c. Italia, n. 22045/14.

²⁶ CEDU, Cestaro c. Italia, ricorso 6884/11;

²⁷ Corte EDU Cestaro c. Italia, n. 6884/11;

²⁸ Per una dettagliata ricostruzione dell’iter parlamentare della legge 210/2017 v. Anastasia, *Le pene e il carcere*, Mondadori Università, 2022, 150 e ss.

2. Se i fatti di cui al primo comma sono commessi da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio, con abuso dei poteri o in violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio, la pena è della reclusione da cinque a dodici anni.

3. Il comma precedente non si applica nel caso di sofferenze risultanti unicamente dall'esecuzione di legittime misure privative o limitative di diritti.

La collocazione del reato all'interno del codice (Titolo XII – delitti contro la Persona; Capo III – Delitti contro la libertà individuale; sez. III delitti contro la libertà morale) porta a far individuare il bene giuridico del reato nella libertà morale e psichica dell'individuo e della libera autodeterminazione; la Cassazione ha precisato che la suddetta nozione va integrata con una oggettività giuridica criminosa specifica, con contenuto più pregnante, ovvero la lesione della dignità umana²⁹.

Le norme hanno attirato critiche e suscitato perplessità in quanto non sufficientemente determinate e foriere di dubbi interpretativi³⁰.

In primo luogo, l'elemento soggettivo si caratterizza quale dolo generico. La scelta del Legislatore si discosta dal modello internazionale del reato di tortura, previsto dalla CAT, che richiede il dolo specifico in capo all'autore del reato, con la conseguente estensione della punibilità del reato in Italia.

Vero è che la previsione del dolo generico amplia positivamente la punibilità alle condotte maltrattanti riconducibili nell'alveo dell'art. 613 bis poste in essere senza uno scopo preciso³¹.

Il dibattito dottrinario si è concentrato, altresì, sulla natura della previsione normativa del secondo comma, ovvero se la condotta ivi descritta sia qualificabile come circostanza aggravante o quale titolo autonomo di reato.

La Cassazione, con sentenza del 2021, risolve la questione relativa al secondo comma, sostenendo che: “con l'articolo 613-bis c.p., è stato tipizzato il reato di tortura, strutturato come delitto “a geometria variabile”, potendo l'ambito di operatività della norma penale ricomprendere sia la tortura privata (cosiddetta comune o orizzontale o impropria: articolo 613-bis, comma 1) e sia la tortura pubblica (cosiddetta di Stato o verticale o propria: articolo 613-bis, comma 2). Ne deriva che, con la legge citata, sono stati configurati due autonomi titoli di reato e, quindi, due diverse e autonome fattispecie incriminatrici, a disvalore progressivo, secondo la qualifica del soggetto attivo del reato”³².

²⁹ Cass. pen, n. 32380/2021.

³⁰ V. intervista a Luigi Manconi, reperibile sul web <https://left.it/2017/06/14/reato-di-tortura-luigi-manconi-ecco-perche-questa-legge-non-va-bene>; inoltre, Amato, *Passione, Il reato di tortura*, in *Dir. pen. cont.* 2019; Pugiotta, *Una legge sulla tortura, non contro la tortura. Riflessioni costituzionali suggerite dalla l. 110 del 2017*, in *Quad. cost.*, 2018; Scaroina, *op. cit.*; Lobba, *Obblighi internazionali e nuovi confini della nozione di tortura*, in *Dir. pen. cont.*, 2019; Stortoni, *Castronuovo*, (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bononia University Press, 2019; Pellissero, *Tortura: una norma scritta male al banco di prova della prassi applicativa*, in *Quest. Giust.*, 2021.

³¹ Melone, *Il delitto di tortura*, in <https://www.rivistaidirittovivente.it/il-delitto-di-tortura.htm>.

³² Cass. pen., n. 32380/2021.

L'elemento oggettivo è descritto con una pluralità di condotte vincolate, con la necessaria realizzazione dell'evento.

Ampio confronto si è avuto anche in merito alla questione della necessaria reiterazione della condotta nel tempo affinché il reato sia integrato.

Sul tema della “necessaria abitualità”, la Suprema Corte offre una interpretazione della norma che consente la punibilità della condotta, ai sensi dell'art. 613 bis, anche quando la tortura è determinata da un unico atto lesivo.

Secondo il Giudice di legittimità, il delitto di tortura è stato configurato dal legislatore come reato eventualmente abituale, potendo essere integrato da più condotte violente, gravemente minatorie o crudeli, reiterate nel tempo, oppure da un unico atto lesivo dell'incolumità o della libertà individuale e morale della vittima, che però comporti un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona³³.

Senz'altro, gli arresti giurisprudenziali citati, a distanza di pochi anni dall'emanazione della L. 110/2017, da un lato, hanno districato controversi nodi interpretativi del dettato normativo; dall'altro, estendono la sfera di punibilità del reato di tortura e favoriscono la persecuzione degli autori del reato.

7. Progetto di legge di abolizione del reato di tortura

Il reato di tortura introdotto nel nostro codice penale, come abbiamo visto, allinea lo Stato italiano alla legislazione internazionale cogente.

Nonostante le norme di cui all'art. 613 bis e ter siano state invocate anche dalla magistratura italiana, oltre che dalla dottrina, quale strumento indispensabile per la punizione di crimini gravissimi perpetrati nell'ombra delle caserme e prigioni, nonché in generale nei luoghi di detenzione anche amministrativa quali i CPR³⁴, vi è taluno che ne invoca la cancellazione.

Giace infatti in Parlamento una proposta di legge per abrogare i suddetti articoli, con l'alternativa introduzione di una circostanza aggravante comune.

In particolare, la nuova circostanza aggraverebbe il reato qualora commesso “infliggendo a una persona dolore o sofferenze acuti, fisici o psichici, al fine di ottenere da questa o da una terza persona informazioni o confessioni, di punirla per un atto che ella o una terza persona ha commesso o è sospettata di aver commesso, di intimidire lei o una terza persona o di esercitare pressioni su di lei o su una terza persona, o per qualunque altro motivo basato su una qualsiasi forma di discriminazione,

³³ Cass. pen., n. 47079/2019.

³⁴ Per una elencazione di casi di tortura propria emersi in questi anni in Italia v. Manconi, Anastasia Calderone, Resta, *Abolire il carcere*, Chiare Lettere, 2022 pp. 44 e ss.; Scaroina, op. cit., 97 e ss.

qualora tale dolore o tali sofferenze siano inflitti da un funzionario pubblico o da qualsiasi altra persona che agisca a titolo ufficiale, o sotto sua istigazione, oppure con il suo consenso espresso o tacito”³⁵.

La relazione alla proposta di legge utilizza diverse argomentazioni, a sostegno dell’abrogazione, che svelano un timore di eccessiva effettività, se così si può dire, della norma.

Si lamenta, ad esempio, che il Legislatore “optando per una figura criminosa contrassegnata dal dolo generico, ha, di fatto, eliminato il tratto distintivo della tortura rispetto agli altri maltrattamenti rendendo concreto il rischio, paventato anche dai rappresentanti delle Forze di polizia, di vedere applicata la disposizione nei casi di sofferenze provocate durante operazioni lecite di ordine pubblico e di polizia”³⁶.

La motivazione più forte e appassionata, a sostegno della abrogazione del reato di tortura, si rinviene nella finalità di “tutelare adeguatamente l’onorabilità e l’immagine delle Forze di polizia, che ogni giorno si adoperano per garantire la sicurezza pubblica rischiando la loro stessa vita, e per evitare le pericolose deviazioni che l’applicazione delle nuove ipotesi di reato potrebbe determinare”³⁷.

8. Le argomentazioni contrarie alla codificazione del reato di tortura

Le argomentazioni utilizzate nella PdL sopra descritta, richiamano le motivazioni delle forze politiche che a lungo hanno ritardato l’introduzione della normativa disciplinante la condotta di tortura, le quali hanno mal inteso la codificazione del reato in oggetto, quale limitazione al potere repressivo delle Forze dell’Ordine e conseguentemente come un possibile indebolimento della sicurezza dello Stato³⁸.

Da parte dei detrattori dell’introduzione del reato di tortura, si sosteneva che la tortura non riguarda l’Italia, che si caratterizza come un Paese civile e democratico³⁹ e che, comunque, nell’ordinamento italiano erano presenti, anche prima dell’approvazione della legge 110/2017, norme repressive sufficienti a contrastare le condotte di tortura.

³⁵ Proposta di Legge Camera dei Deputati n. 623 presentata il 23.11.2022 Prima firmataria Imma Vietri di FdL.

³⁶ Ibidem.

³⁷ Ibidem.

³⁸ Pugiotto, *Repressione penale della tortura e costituzione: anatomia di un reato che non c’è*, Dir. pen. cont. 2/20214, 129 e ss.; Anastasia, *op. cit.*, 154 e ss.

³⁹ ale affermazione è smentita dai numerosi fatti di cronaca, come i fatti del G8 di Genova, sopra richiamati, i cosiddetti “fatti di Asti” avvenuti tra il 2004 e il 2005 nel carcere cittadino per i quali dal processo emerse un sistematico uso di violenza e trattamenti umani e degradanti verso i detenuti; le torture verso singoli che portarono alla morte come nel caso di Stefano Cucchi, fino ad arrivare i nostri giorni con i fatti di San Gimignano e Santa Maria Capua Vetere; v. nota 33.

Ancora. Le condotte rientranti nel reato di tortura sarebbero scriminate dallo stato di necessità o della legittima difesa ove fossero poste in essere per estorcere informazioni essenziali alla difesa nazionale. In queste motivazioni, rientra il caso esemplare dell'uomo che ha piazzato una bomba e le Forze dell'Ordine hanno necessità di conoscere ove questa è collocata.

Fermo restando l'art. 2 della CAT che espressamente prevede che “Nessuna circostanza eccezionale, qualunque essa sia, si tratti di stato di guerra o di minaccia di guerra, d'instabilità politica interna o di qualsiasi altro stato eccezionale, può essere invocata in giustificazione della tortura”, ciò nuovamente affermato, risulta tecnicamente insostenibile l'astratta e generica invocazione delle scriminanti citate quando esse ricorrono solo alla luce di approfondite indagini sul caso concreto e soggiacciono ai limiti della proporzionalità e attualità.

In ultimo, in Italia, come emerge anche dalle frasi estrapolate dalla relazione di presentazione della PdL 623/2022, le norme a tutela delle vittime di tortura sono state – erroneamente – interpretate come un attacco ideologico alle Forze dell'Ordine per limitarne l'azione difensiva e preventiva⁴⁰, con una potenziale esposizione degli agenti a pretestuose denunce e conseguenti processi anche mediatici.

9. I torture Memos e la teoria utilitaristica

I ragionamenti esposti echeggiano un più ampio dibattito internazionale che, latamente, giustifica il ricorso alla tortura con la grave conseguenza della messa in crisi dello Stato di diritto⁴¹.

La tortura contemporanea ancora assume duplice veste: da un lato, quella della punizione gratuita, con finalità esemplare, quale vera e propria forma di strumento politico per l'affermazione di una parte politica, o per ridurre al silenzio i dissidenti; dall'altro, viene posta in essere nel nome del “superiore interesse” dell'utilizzo della forza fisica e/o di trattamenti disumani e degradanti per l'ottenimento di informazioni, o per estorcere una confessione⁴².

Mentre nel caso della tortura punitiva, che viene anche definita “politica”, sopravvive una forte ritrosia nel rivendicarne la pratica, usualmente negata e occultata dagli Stati autoritari che la pongono in essere, nel caso della tortura cosiddetta “giudiziaria”, dopo l'attacco alle Torri Gemelle dell'11 settembre del 2001, si sono levate voci a ridimensionare la lesività delle violenze e degli atti disumani e degradanti e considerare la tortura pratica necessaria nei casi eccezionali.

Suggestive sono alcune tesi che richiamiamo per brevi cenni.

⁴⁰ Pugiotto, op. cit, 142, La Torre, La Lalatta Costerbosa, Legalizzare la tortura? Ascesa e declino dello Stato di diritto, Il Mulino, 2013, 70.

⁴¹ La letteratura sul tema è vastissima. In questa sede, si richiama l'ampia bibliografia citata in La Torre, Lalatta Costerbosa, op. cit; Scaroina, op. cit, 311 e ss.

⁴² A. Cassese, op. cit., 171; A. Cassese, *Umano – disumano*, Laterza 1994.

I torture Memos (memorandum sulle pratiche di tortura), furono redatti nel 2002 dal vice-assistente del Procuratore Generale degli Stati Uniti d'America John Yoo e dall'assistente Procuratore Generale della divisione del dipartimento di giustizia Jay Bybee.

Nei memorandum si suggeriva alla C.I.A., al Dipartimento della difesa e al Presidente degli Stati Uniti d'America, l'utilizzo di sofferenze fisiche e mentali e coercizioni, come la privazione del sonno, la immobilizzazione in posizioni stressanti, il waterboarding, nei confronti di terroristi o presunti tali; si sosteneva che questi atti, pur se generalmente considerati come una tortura, potevano essere legalmente legittimi sulla base di una interpretazione estensiva dei poteri presidenziali, giustificata dallo stato di guerra al terrorismo.

Inoltre, con riferimento alla minimizzazione della tortura, questa si concretizzerebbe solo in presenza di una minaccia imminente di morte e di un danno psichico prolungato per il soggetto sottoposto al trattamento in questione. Esclusivamente la violenza gratuita integrerebbe la tortura, per meglio dire, la violenza accompagnata dalla mera intenzione specifica di torturare. La tortura, conseguentemente, non sussisterebbe nel caso in cui le condotte fossero finalizzate all'ottenimento di una informazione dal torturato.

L'avvocato Alan Morton Dershowitz, professore ad Harvard⁴³, ha sostenuto che gli Stati democratici debbano accettare il dato di fatto dell'esercizio della tortura e, a tal proposito, suggerisce una emersione delle forme lievi della odiosa pratica anche al fine di disciplinarle.

Dershowitz abbraccia la cosiddetta teoria utilitaristica, per cui, come già sopra esposto, in casi di ticking bomb diventa quasi un obbligo la tortura al fine di salvare vite umane innocenti; esponente in Europa di tale teoria era il giurista Winfried Brugger che è arrivato a sostenere, nel caso della bomba che sta per esplodere, che si possa ipotizzare la complicità dello Stato ove non si autorizzasse il ricorso alla violenza e alla estorsione della confessione con pratiche lesive della integrità fisica⁴⁴.

10. La difesa dello stato di diritto verso l'interno. La sentenza 211/2023 del Tribunale di Siena

La confutazione delle teorie giustificazioniste della tortura si fonda, innanzi tutto, nella individuazione del bene giuridico, tutelato dalle norme internazionali e dalle norme italiane, nella dignità umana e nella libera estrinsecazione della vita di ogni persona⁴⁵.

In tal senso, il divieto di tortura è cogente, universale, assoluto e non ammette eccezioni.

⁴³ Scaroina, op. cit., 316.

⁴⁴ La Torre, Lalatta Costerbosa, op. cit, 118.

⁴⁵ CEDU Tyrre c. Regno Unito, 25 aprile 1978 § 33; CEDU, Bouyid c. Belgio, 28 settembre 2015, § 81.

Se è vero che lo Stato può esercitare l'uso della forza, in circostanze ben definite e nei limiti dei principi dello Stato di diritto, non ha mai diritto all'esercizio della violenza,

Due recenti sentenze italiane si muovono nella direzione della riaffermazione dello Stato di diritto attraverso la disamina di fattispecie concrete riguardanti la tortura.

Il Tribunale di Siena con la sentenza n. 211/2023 del 9 marzo / 5 settembre 2023 ha condannato ai sensi dell'art. 613 bis cinque imputati, in concorso tra loro, per fatti risalenti al 2018, verificatesi all'interno del carcere di San Gimignano⁴⁶.

Dal capo di imputazione emerge che quindici effettivi della Polizia Penitenziaria, con diverse qualifiche, l'11 ottobre del 2018, avrebbero abusato dei poteri, o comunque violato i doveri inerenti la loro funzione, accanendosi con crudeltà, violenza, sopraffazione fisica e morale nei confronti di un detenuto, posto precedentemente in isolamento illegittimo, provocandogli acute sofferenze fisiche e un trauma psichico, al solo scopo di intimidazione.

Altri capi di imputazione concernono minacce, lesioni nonché tre contestazioni per falso ideologico in atto pubblico a tre imputati per avere redatto relazioni mendaci in ordine ai fatti avvenuti al fine di occultare i crimini commessi.

Dalla lunga e articolata sentenza del Tribunale di Siena, si possono ricavare principi generali applicabili ad altri casi concreti.

L'ambito è quello della tortura punitiva in carcere.

La ricostruzione del fatto operata in sentenza è estremamente dettagliata nella descrizione della dinamica e focalizzata sulla centralità del corpo della vittima individuato quale estremo limite alla intangibile dignità umana, in particolare nelle situazioni di totale sbilanciamento del potere tra soggetti, come nel caso di un'istituzione chiusa quale il carcere.

L'elemento soggettivo che connota l'azione "punitiva" degli imputati risiede, per il giudici toscani, nell'intento del ripugnante e disinvolto esercizio di violenta disumanità e di ostentato disprezzo nei confronti di una persona detenuta, ovvero nel "solo scopo di esibire, all'interno dell'istituto penitenziario di San Gimignano, manifestazioni di dominio e riaffermare così rapporti di forza", con la conseguenza che la funzione pubblica del potere coercitivo viene distorta e trasformata "in strumento di prevaricazione e sopruso ai danni di quanti siano ad essa soggetti", con gravissima lesione dei beni appartenenti al singolo individuo.

⁴⁶ Trib. Siena, n. 211/2023; Battarino, Il reato di tortura: concretezza dei fatti, necessità della fattispecie. Nota a Tribunale Siena n. 211/2023 del 9 marzo – 5 settembre 2023 in Quest. Giust., 12/12/2023, di cui si condivide appieno l'impostazione dell'analisi della sentenza. V. anche Pellisero, op. cit. che ha commentato la sentenza GIP Siena inerente ai fatti di San Gimignano.

Il collegio giudicante senese, per quanto riguarda l'oggetto del presente testo, al fine di motivare la decisione, si dedica ad esaminare non solo la sussistenza o meno di un potere distorto come sopra descritto, ma anche la natura del potere repressivo legittimo che si sostanzia nel dovere principale della pubblica autorità di garantire e custodire il bene giuridico della dignità delle persone che si trovano nella disponibilità dello Stato.

Si rinviene, pertanto, nell'Ordinamento giuridico, una corrispondenza, speculare e inscindibile, tra divieto di tortura e diritto all'habeas corpus per il quale "il corpo della persona privata della libertà personale deve restare intangibile, inviolabile e quasi "sacro" per chiunque l'abbia in custodia" in quanto il valore della libertà personale costituisce l'architrave su cui poggia l'intero sistema costituzionale.

Con consequenziale argomentazione, la sentenza dei Giudici di Siena – dopo avere collocato l'Italia nell'ampio panorama delle norme internazionali, passando altresì in rassegna le più importanti pronunce della CEDU – lodevolmente si concentra sulla relazione tra la circoscrizione della tortura, dal punto di vista tecnico giuridico, e i doveri gravanti sul personale appartenente al Corpo di polizia penitenziaria; per meglio dire, sul confine tra l'uso legittimo della coazione fisica e abuso della forza pubblica.

La sentenza analizza, pertanto, i requisiti di legittimità dell'impiego della coercizione in contesti penitenziari, e più in generale, esamina ove l'uso della forza evolva in violazione del divieto di tortura.

Tale prospettiva, offerta dal Tribunale toscano, risulta essere la chiave per conciliare, da un lato, l'onorabilità delle Forze dell'Ordine, il dovuto tributo ai professionisti della difesa sociale, aldilà delle retoriche pericolosamente assolutorie di taluni politici; dall'altra il rispetto, sempre e comunque, della dignità umana.

I riferimenti normativi per delimitare l'uso legittimo della forza, si rinvencono innanzi tutto nel dettato dell'art. 53 c.p., uso legittimo delle armi, che sancisce il principio di legalità nella delicata materia: "non è punibile il pubblico ufficiale che al fine di adempiere a un dovere del proprio ufficio, fa uso ovvero ordina di far uso delle armi o di altro mezzo di coazione fisica quando vi è costretto dalla necessità di respingere una violenza o di vincere una resistenza ... La legge determina gli altri casi nei quali è autorizzato l'uso delle armi o di un altro mezzo di coazione fisica".

Nel novero degli "altri casi" determinati dalla legge, in cui "è autorizzato l'uso di un mezzo di coazione fisica", rientra la casistica, purtroppo numerosa, degli abusi nell'ambito penitenziario, ove il ricorso alla forza fisica è oggetto della specifica e puntuale disciplina dell'articolo 41 ord. pen., che così prevede: "Non è consentito l'impiego della forza fisica nei confronti dei detenuti e degli internati se non sia indispensabile per prevenire o impedire atti di violenza, per impedire tentativi di evasione o per vincere la resistenza, anche passiva, all'esecuzione degli ordini impartiti.

Il personale che, per qualsiasi motivo, abbia fatto uso della forza fisica nei confronti dei detenuti o degli internati deve immediatamente riferirne al direttore dell'istituto il quale dispone, senza indugio, accertamenti sanitari e procede alle altre indagini del caso.

Non può essere usato alcun mezzo di coercizione fisica che non sia espressamente previsto dal regolamento e, comunque, non vi si può far ricorso a fini disciplinari ma solo al fine di evitare danni a persone o cose o di garantire la incolumità dello stesso soggetto. L'uso deve essere limitato al tempo strettamente necessario e deve essere costantemente controllato dal sanitario”.

Il testo dell'art. 41 ord. pen. citato, va letto assieme all'art. 1 ord. pen. per il quale “il trattamento penitenziario deve essere conforme ad umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona; ad ogni persona privata della libertà sono garantiti i diritti fondamentali; è vietata ogni violenza fisica e morale in suo danno”.

I requisiti, pertanto, dell'utilizzo legittimo della forza pubblica, consistono nella necessità dell'intervento coercitivo e nella proporzione e adeguatezza tra l'entità della reazione da contenere, o del diverso fine pubblico da perseguire, e i mezzi a tal fine concretamente utilizzati dall'appartenente all'autorità pubblica.

Il canone di necessità, più in particolare, si ricollega all'an stesso dell'intervento coercitivo ad opera dell'autorità pubblica.

“Il canone di proporzionalità – adeguatezza del mezzo al fine impone invece di scegliere, tra i vari mezzi e strumenti di coazione disponibili nel caso concreto, quello che sia ad un tempo concretamente idoneo a perseguire uno dei predetti scopi dalla legge tassativamente individuati e, soprattutto, meno dannoso e lesivo per la persona effettivamente incisa dall'impiego della forza pubblica”.

La conclusione a cui arriva il Giudice di merito senese, è che la forza, da parte dell'autorità pubblica può essere legittimata, solo quale extrema ratio; quest'ultima deve sussistere in concreto e in rapporto dinamico con il soggetto di diritto a cui la coercizione è indirizzata, titolare della intrinseca e inviolabile dignità umana, e non verso un mero corpo reificato dalla soggezione al potere statale.

Il Tribunale di Siena, con ampie motivazioni, ha condannato per il reato di tortura gli imputati.

11. La difesa dello stato di diritto verso l'esterno. La sentenza 4557/2024 della Corte di Cassazione

Il divieto di tortura, come esposto nei paragrafi precedenti, può essere qualificato come architrave dello Stato di diritto.

I principi dello Stato di diritto sono consacrati dall'art. 2 TUE e richiamati anche nel preambolo della Carta dei diritti fondamentali.

La Corte Europea dei Diritti dell’Uomo ha, negli anni, sempre più allargato la tutela delle vittime delle condotte di tortura e atti inumani e degradanti, come sopra esposto, abbassando la soglia di sofferenza necessaria per integrare il reato di tortura⁴⁷.

Nello stesso tempo, la Corte europea, muovendosi su altra direttrice, ha evidenziato che i valori proclamati dal divieto di tortura, assoluto e inderogabile, valgono anche al di fuori della cerchia degli Stati parte della Convenzione con la conseguenza che gli Stati contraenti non debbono rendersi complici di trattamenti disumani o atti di tortura perpetrati da Stati terzi⁴⁸.

La giurisprudenza della CEDU sul punto è copiosa e articolata⁴⁹.

La suddetta impostazione è rafforzata anche dal dettato dell’art. Art. 3 della CAT, per il quale: “1. Nessuno Stato Parte espelle, respinge né estrada una persona verso un altro Stato qualora vi siano serie ragioni di credere che in tale Stato essa rischia di essere sottoposta a tortura. 2. Per determinare se tali ragioni esistono, le autorità competenti tengono conto di tutte le considerazioni pertinenti, compresa, se del caso, l’esistenza, nello Stato interessato, di un insieme di violazioni sistematiche, gravi, flagranti o massicce, dei diritti dell’uomo”.

In ossequio alle norme internazionali, la L. 110/2017 ha modificato l’art. 19 del Testo Unico dell’immigrazione con l’introduzione, nel dettato della norma, del comma 1.1. per il quale “non sono ammessi il respingimento o l’espulsione o l’extradizione di una persona verso uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta a tortura o a trattamenti inumani o degradanti”.

Una recente sentenza della Corte di Cassazione, del 7 febbraio 2024 si è occupata del respingimento collettivo di un gruppo di migranti verso la Libia, considerato Paese non sicuro sotto il profilo per l’elevata probabilità che ivi i migranti potessero subire tortura e/o trattamenti disumani e degradanti⁵⁰.

Il caso sottoposto alla Corte di Cassazione concerne la condotta del Comandante di una nave privata battente bandiera italiana, condannato in I e II grado, per abbandono in stato di pericolo di persone minori o incapaci (art. 591 c.p.) e di sbarco e di abbandono arbitrario di persone (art. 1155 cod. nav.).

Il Comandante, che si trovava in acque internazionali e in zona libica SAR, soccorreva, facendoli salire a bordo dal gommone ove si trovavano, 101 migranti, tra i quali erano presenti donne in stato di gravidanza e minori, omettendo, però, di comunicare nella immediatezza, sia prima di iniziare le

⁴⁷ V. nota 13.

⁴⁸ A. Cassese, op. cit., 183.

⁴⁹ Ibidem.

⁵⁰ Cass. pen. n. 4557 del 7 febbraio 2024.

attività di soccorso sia dopo avere effettuato le stesse, la circostanza del salvataggio ai centri di coordinamento e soccorso competenti così violando le procedure previste per le operazioni di soccorso, come disciplinate dalla Convenzione Solas e dalle direttive dell'IMO (Organizzazione Marittima Internazionale).

Il Comandante ometteva, inoltre, di identificare i migranti, di assumere informazioni sulla loro provenienza e nazionalità, sulle loro condizioni di salute, di sottoporli a visita medica, di accertare la loro volontà di chiedere asilo, nonché di accertare se i minori fossero soli o accompagnati, trasgredendo i citati articoli del ISPS Code, in tema di sicurezza della navigazione.

Infine, in contrasto con quanto stabilito dalle convenzioni internazionali, il Comandante faceva rotta verso le coste libiche e riconduceva a Tripoli i centouno naufraghi imbarcati, facendoli trasbordare su una motovedetta libica per il successivo sbarco dei migranti in terra di Libia.

La Corte di Cassazione ha confermato la condanna del Comandante di nave privata per reati allo stesso contestati.

Le ipotesi delittuose di cui all'art. 591 c.p. e all'art. 1155 cod. nav. prevedono reati di pericolo astratto, con dolo generico.

L'abbandono di persone minori o incapaci si realizza attraverso una "qualsiasi condotta, attiva o omissiva, contrastante con il dovere giuridico di cura o di custodia, gravante sul soggetto agente (nel caso specifico il comandante della nave), da cui derivi uno stato di pericolo, anche meramente potenziale, per la vita o l'incolumità del soggetto passivo (migranti minori o incapaci)"⁵¹.

In merito all'abbandono arbitrario dei passeggeri fuori dal territorio nazionale da parte del Comandante, la Cassazione con chiarezza afferma che "il delitto di sbarco e abbandono arbitrario previsto dall'art. 1151 cod. nav., reato proprio, in quanto ne può essere autore solo il comandante della nave, è reato di pericolo astratto e l'elemento oggettivo è integrato dallo sbarco dei passeggeri avvenuto arbitrariamente, perché disposto in contrasto con le previsioni normative e regolamentari, cui è tenuto il comandante della nave, investito di un'ampia posizione di garanzia funzionale alla incolumità collettiva dei passeggeri, nel caso in cui dallo sbarco medesimo derivi uno stato di pericolo, anche meramente potenziale, per la vita e l'incolumità dei soggetti passivi".

La Suprema Corte procede alla individuazione delle condotte in contrasto con i doveri giuridici del Comandante, attraverso una approfondita disamina della normativa internazionale e nazionale, anche regolamentare, sul soccorso in mare e sul respingimento degli stranieri.

Prima di entrare nel merito delle suddette violazioni, sottolineiamo che la Corte di Cassazione chiarisce che il Comandante di una nave privata riveste il ruolo di incaricato di pubblico servizio ex

⁵¹ Cass. pen. n. 1780/2022.

art. 358 c.p. relativamente al salvataggio in mare di persone e cose, nelle stesse forme richieste per gli analoghi doveri di salvataggio delle navi militari o comunque statali. “La conseguenza è che con il comandante della nave viene impegnato anche lo Stato sottoposto alla giurisdizione della CEDU nonché sottoposto alla disciplina unionale in tema di migrazioni e diritti fondamentali. Il Comandante opera quale “agente dello Stato” in acque internazionali ed è tenuto a riconoscere alla persona del naufrago i diritti e le libertà enunciati nel titolo I della Convenzione”.

Sul Comandante anche di nave privata, quindi, gravano tutti gli obblighi previsti per lo Stato dalla normativa internazionale e definiti nel concreto dalle pronunce della Corte di Giustizia dell’Unione Europea e Corte di Giustizia dei Diritti dell’Uomo.

Il Comandante della nave privata, pertanto, deve sempre rispettare il diritto dei richiedenti asilo, anche solo potenziali, a svolgere le domande alle Autorità competenti; il Comandante è sottoposto all’obbligo di identificazione dei naufraghi e all’esame delle singole situazioni di fatti in cui vertono.

A tal proposito, la Corte di Cassazione richiama la Gran Camera della CGUE fin dal 2011, la quale afferma che, in ragione dell’art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, gli Stati membri, compresi gli organi giurisdizionali nazionali, sono tenuti a non trasferire un richiedente asilo verso uno Stato membro quando è accertato che ivi sussistono carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo con il rischio reale, per lo straniero, di subire trattamenti inumani o degradanti.

Nel caso sottoposto alla Cassazione, il Comandante effettuava un respingimento collettivo, vietato dal principio del cosiddetto principio di non refoulement⁵².

Il divieto di respingimento collettivo è inteso come assoluto e inderogabile.

La Cassazione richiama un significativo provvedimento della CEDU (Grande Camera, causa Hirsi Jamaa e altri c. Italia – 23 febbraio 2012)⁵³.

⁵² La Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati, all’art.33, sancisce il principio di non-refoulement prevedendo che “Nessuno Stato Contraente espellerà o respingerà, in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche”. Il divieto di respingimento è applicabile a ogni forma di trasferimento forzato, compresi deportazione, espulsione, estradizione, trasferimento informale e non ammissione alla frontiera.

⁵³ La CEDU si è pronunciata più volte in merito ai respingimenti collettivi in violazione dell’articolo 4 del Protocollo n. 4 (Le espulsioni collettive di stranieri sono vietate); a titolo esemplificativo, v. Conka c. Belgio 51564/99; Georgia c. Russia; 13255/07; Shioshvili e altri c. Russia, 19356/07; Berdzenishvili e altri c. Russia 14594/07, le espulsioni riguardavano individui della stessa origine (famiglie di Rom provenienti dalla Slovacchia nella prima causa e cittadini georgiani nelle altre). In altre due (Hirsi Jamaa e altri c. Italia 27765/09; e Sharifi e altri c. Italia e Grecia 16643/09, la violazione constatata riguardava il rinvio dell’intero gruppo di persone (dei migranti e dei richiedenti asilo), che era stato effettuato senza avere debitamente verificato l’identità di ciascuno dei membri del gruppo.

Il caso sottoposto alla Corte europea, riguardava l'intercettazione in mare di oltre duecento naufraghi in acque non italiane, avvenuta nel 2009, da parte di natanti militari italiani che, dopo averli salvati portandoli a bordo, li riportavano a Tripoli.

La Corte europea condannò l'Italia affermando che vi era stata, da parte del nostro Paese, violazione dell'art. 3 CEDU in quanto i ricorrenti erano stati esposti al rischio di subire maltrattamenti in Libia.

Le evidenze di pericolo, per i migranti trasferiti in Libia, di subire maltrattamenti e torture erano comprovate dal rapporto del Comitato per la prevenzione della tortura del Consiglio Europeo del 2010, nonché dai report di Organizzazioni non governative quali Amnesty International e Human Rights Watch⁵⁴.

Conseguentemente, il Comandante della nave battente bandiera italiana, in primo luogo, ha il dovere di salvare i naufraghi, peraltro coordinandosi necessariamente con i centri competenti per la convenzione SAR; in secondo luogo, durante il viaggio il Comandante è sottoposto a obblighi di custodia e cura dei naufraghi a bordo; in terzo luogo, è soggetto all'obbligo di consegnare i naufraghi in un porto sicuro.

Per la Corte di Cassazione, alla luce dei principi sovranazionali, la verifica del requisito della sicurezza del porto di destinazione, da parte del Comandante, che assume una posizione di garanzia nei confronti dei naufraghi, deve essere svolta in concreto, tenendo in conto tutti gli elementi che lascino presumere che siano effettivamente garantiti i diritti umani dei naufraghi.

Ai fini del dolo, nella fattispecie sottoposta al giudizio della Corte di Cassazione, il contesto complessivamente illecito della condotta, in violazione delle regole nazionali e internazionali sul salvataggio in mare e in tema di respingimenti collettivi, le numerose omissioni sia nel coordinamento dei soccorsi sia nella verifica della vulnerabilità di alcuni naufraghi, ha condotto i Giudici ad accertare il dolo nella sua forma eventuale.

In sintesi, per citare le motivazioni della sentenza che stiamo esaminando, il Comandante, "procurava agli stessi migranti un danno grave, consistente nel loro respingimento collettivo, quale condotta vietata dalle convenzioni internazionali e dal Testo Unico sull'immigrazione, nello sbarco in un paese terzo considerato porto non sicuro, non avendo la Libia aderito alla Convenzione di Ginevra per i rifugiati e atteso l'elevato rischio di essere i migranti sottoposti a trattamenti inumani e

⁵⁴ La CEDU cita i numerosi "rapporti pubblicati da organizzazioni internazionali ed internazionali nonché da organizzazioni non governative che condannano le condizioni detentive e di vita dei migranti irregolari in Libia all'epoca dei fatti": Comitato dei diritti dell'uomo delle Nazioni Unite, Osservazioni finali Jamahiriya arabo-libica, 15 novembre 2007; Amnesty International, Libia – Rapporto 2008 di Amnesty International, 28 maggio 2008; Human Rights Watch, Libya Rights at Risk, 2 settembre 2008; Dipartimento di Stato americano, Rapporto relativo ai diritti dell'uomo in Libia, 4 aprile 2010.

degradanti nei centri di detenzione per stranieri presenti sul territorio libico, con l'impossibilità di vedere tutelati i propri diritti fondamentali (es. l'asilo, la salute, l'integrità fisica e la libertà individuale e sessuale)".

La Corte di Cassazione confermava, pertanto, la condanna del Comandante della nave privata, per i reati previsti dall'art. 591 c.p. e dall'art. 1155 del codice della navigazione, fondando la decisione sul rispetto dei principi dello Stato di diritto e del divieto di tortura.

12. Conclusioni

Il reato di tortura si rivela strumento della difesa dello Stato di diritto.

La sua definizione nella normativa internazionale, anche nel confronto con la normativa nazionale, non è univoca e la determinazione degli elementi essenziali è necessariamente sostanziata dagli arresti giurisprudenziali, in primis della CEDU, la quale ha assunto, e assume, decisioni sulla base del laconico divieto di tortura di cui all'art. 3 della Convenzione sui diritti dell'uomo.

La tortura è circoscritta, altresì, dalle norme che consentono l'uso della forza da parte dello Stato.

Il confine tra azione lecita e azione illecita nell'uso della forza (o violenza) dell'autorità statale, nelle sue ramificazioni amministrative, è da rinvenire, pertanto, nelle disposizioni che autorizzano, in casi tassativi, l'utilizzo della coercizione fisica sul corpo di una persona.

Il terzo comma dell'art. 613 bis, spesso considerato tautologico, riferentesi al solo secondo comma che disciplina la tortura propria o verticale, prevede la "non applicazione" della fattispecie "nel caso di sofferenze risultanti unicamente dall'esecuzione di legittime misure privative o limitative dei diritti"⁵⁵.

Pertanto, clausole di esclusione analoghe si rinvenivano sia nella definizione di tortura contenuta nell'art. 1 della Dichiarazione dell'Assemblea delle Nazioni Unite del 1975, sia nella stessa CAT del 1984⁵⁶.

La legittimità della coercizione fisica si fonda, dunque, sulla preesistenza di norme autorizzative all'uso della forza da parte della autorità pubblica, che fungono da controaltare ai casi di perversione del potere.

⁵⁵ Padovani, op. cit., 14 che così si esprime sulla natura della clausola: "non affronterei questa sede, ora, il problema se si trattasse di una causa di giustificazione o di un limite esegetico, cioè un limite al concetto di tortura oppure di una tortura giustificata. Personalmente propenderei per il limite esegetico... se quella situazione è conforme a quella situazione, non può entrare nel concetto di tortura. Quindi è il confine tra l'una e l'altra, non la giustificazione sovrapposta ad una situazione di effettiva tortura".

⁵⁶ Ibidem, 13 e 16, che pone in evidenza le differenze tra la formula della clausola di esenzione del 1975 contenuta nella Dichiarazione Assemblea ONU e quella del 1984 inserita nella CAT.

Al fine di preservare lo Stato di diritto nella sua pienezza, è a queste fonti interne che bisogna riferirsi affinché non si insinuino estensioni *contra ius* alla possibilità di utilizzo della forza da parte dello Stato; le norme autorizzative devono essere costruite tecnicamente in forma tassativa, che non lasci spazio a dubbi interpretativi, in piena coordinazione con la Carta costituzionale e con il contesto normativo internazionale.

Ci si riferisce, ad esempio, al “pacchetto sicurezza” del 16 novembre 2023, presentato al Consiglio dei Ministri ove sono stati adottati numerosi provvedimenti in materia di sicurezza e di immigrazione, tra cui, il delitto di rivolta in istituto penitenziario, che punisce chiunque promuove, organizza e dirige una rivolta all’interno di un istituto penitenziario prevedendo specifiche aggravanti. L’articolo del disegno di legge si riferisce anche alla condotta di resistenza passiva all’esecuzione degli ordini impartiti. Previsione analoga anche per lo straniero trattenuto presso i centri per i rimpatri o la permanenza nelle strutture per richiedenti asilo o altre strutture di accoglienza o di contrasto all’immigrazione illegale. La dizione “resistenza passiva” potrebbe arrivare a consentire, o quanto meno, giustificare, l’uso della forza anche in contesti di pacifiche e legittime proteste per il miglioramento della qualità della vita dei carcerati e dei trattenuti⁵⁷ con la conseguente compressione dei diritti dei detenuti e trattenuti, compressione che si insinua nell’Ordinamento statale attraverso norme dirette a regolare il bene giuridico della sicurezza in astratto.

Dalla giurisprudenza della suprema Corte, si può affermare, inoltre, che il rispetto dei principi dello Stato di diritto non può essere relegato al solo nostro Paese o agli Stati membri dell’Unione Europea ma deve assumere anche una dimensione “esterna” nella cooperazione con Stati terzi di origine e di transito dei flussi migratori.

In tal senso, il rispetto della dignità umana deve, o dovrebbe, costituire linea guida nelle relazioni internazionali con l’accertamento in concreto delle reali condizioni di vita e di attuazione, o meno, dei principi del rispetto della vita umana di un Paese estero, al fine di contrastare Ordinamenti, ed evitare complicità con gli stessi, che non garantiscono il livello minimo del rispetto della persona.

L’Ordinamento italiano, deve, quindi, promuovere l’emanazione di norme, e la loro attuazione ed effettività, in armonia con i principi costituzionali e internazionali nel campo della tutela della dignità umana gravemente lesa da atti disumani, degradanti e di tortura.

⁵⁷ Così: Bettarini, op. cit.

LA CONVENZIONE DELLE NAZIONI UNITE SUI DIRITTI DELLE PERSONE CON DISABILITÀ NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE.

Laura Saurino

Abstract [It]: Il contributo si propone di indagare l'impatto della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità nell'ordinamento italiano, con specifico riferimento alla giurisprudenza della Corte costituzionale. Lo scritto, dopo aver offerto una disamina della Convenzione nel quadro dell'evoluzione della tutela internazionale dei diritti delle persone con disabilità (e, segnatamente, alla luce dell'affermazione del c.d. *human rights model of disability*), si sofferma sull'influenza esercitata dalla Convenzione sulla giurisprudenza costituzionale, ora come criterio interpretativo ausiliario ora come parametro interposto di legittimità costituzionale.

Abstract [En]: *The contribution aims to investigate the impact of the United Nations Convention on the rights of persons with disabilities in the Italian legal system, with specific reference to the jurisprudence of the Constitutional Court. The paper, after having offered an examination of the Convention in the context of the evolution of the international protection of the rights of people with disabilities (and, in particular, in light of the affirmation of the so-called human rights model of disability), focuses on the influence exerted by the Convention on constitutional jurisprudence, now as an auxiliary interpretative criterion, now as an interposed parameter of constitutional legitimacy.*

Sommario: 1. Premessa e delimitazione del campo di indagine. - 2. La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità: profili ricostruttivi ed interpretativi. - 3. La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità nelle oscillazioni della giurisprudenza costituzionale. - 4. Conclusioni.

1. Premessa e delimitazione del campo di indagine

Il presente contributo si propone di offrire una riflessione sulla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità e sul suo impatto nell'ordinamento interno, con particolare riferimento all'evoluzione della giurisprudenza costituzionale.

In primo luogo, ci si prefigge di evidenziare la “svolta” impressa dalla Convenzione delle Nazioni Unite nel quadro della tutela internazionale dei diritti delle persone con disabilità, abbandonando definitivamente il tradizionale approccio medico-assistenziale in favore della prospettiva del c.d. *human rights model of disability*, che – a sua volta – si configura come un arricchimento e un potenziamento del *social model of disability* (affermatosi come paradigma alternativo a quello medico già negli anni Ottanta).

I principi di eguaglianza inclusiva, non discriminazione, partecipazione, accomodamento ragionevole, trovano così una piena affermazione a livello internazionale, entro un quadro armonico

– qual è quello tracciato dalla Convenzione – che pone al suo centro l'intrinseca e intangibile dignità della persona con disabilità in quanto *persona*.

Muovendo da tale disamina, si procederà a verificare l'influenza esercitata dalla Convenzione delle Nazioni Unite (e dell'interpretazione che di questa propone il Comitato ONU sui diritti delle persone con disabilità) sulla giurisprudenza della Corte costituzionale.

Si evidenzierà, in particolare, che, sul piano sostanziale, la giurisprudenza del giudice delle leggi in materia di tutela dei diritti delle persone con disabilità è stata sempre più caratterizzata, negli ultimi anni, da un'attenzione nei confronti della Convenzione e dei suoi principi, così utilizzando le norme internazionali come valido ausilio interpretativo (e rafforzando, correlativamente, lo statuto costituzionale dei diritti delle persone con disabilità costruito in via ermeneutica a partire dagli artt. 2-3-38 Cost.).

Sotto il profilo formale – e, segnatamente, sul piano delle fonti –, si metterà in luce, invece, che la giurisprudenza costituzionale si mostra ancora piuttosto oscillante, ora esprimendosi in pronunzie che si limitano a ricorrere alla Convenzione in funzione essenzialmente interpretativa, ora sostenendo la valenza delle sue norme in termini di meri obblighi di risultato (così la discussa sent. n. 2 del 2016), ora – più opportunamente – configurando le disposizioni della Convenzione alla stregua di parametri interposti di legittimità costituzionale (giusta l'art. 117, primo comma, Cost., secondo il modello applicato alla CEDU dalle storiche sentenze gemelle nn. 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale).

2. La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità: profili ricostruttivi ed interpretativi.

Il tardivo riconoscimento dei diritti delle persone con disabilità ha determinato a partire dagli anni Settanta del Novecento un'intensa attività legislativa sia nazionale che internazionale in materia di *disability law*.

Le prime forme di tutela in sede internazionale si sono affermate su iniziativa delle Nazioni Unite, con la previsione di atti di *soft law*, non vincolanti, ma dotati di un mero potere esortativo nei confronti degli Stati destinatari, tali da non creare alcun tipo di obbligo a cui lo Stato debba ritenersi vincolato¹, ma una maggiore sensibilizzazione della comunità internazionale.

¹ N. FOGGETTI, *Diritti umani e tutela delle persone con disabilità: Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006*, in *Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale*, 2009, Vol. 2, Fasc. 33, pp. 98-117.

In particolare, le prime due risoluzioni dell'Assemblea generale hanno sancito il passaggio da una prospettiva assistenzialistica ad una prospettiva di tutela di diritti riconosciuti in capo alle persone disabili.

La *Dichiarazione sui diritti delle persone con ritardo mentale* del 1971² specifica per la prima volta che le persone disabili godono di eguale tutela dei diritti umani; la *Dichiarazione sui diritti delle persone disabili* del 1975³, invece, oltre a elencare i diritti economici, sociali e culturali atti allo sviluppo delle capacità delle persone con disabilità e alla loro integrazione sociale, insiste su un concetto innovativo: le persone disabili devono essere consultate nelle materie che riguardano la loro tutela. Da qui verrà tratto il famoso *slogan* delle politiche delle Nazioni Unite in materia, “*nothing about us without us*”⁴.

La conseguente sensibilità derivata su questi temi ha determinato, poi, la nascita, in particolare nei Paesi anglosassoni, di movimenti sociali di rivendicazione dei diritti delle persone con disabilità, tendenti ad affermare la consapevolezza e l'autodeterminazione, nonché lo sviluppo di nuovi metodi per studiare e classificare le disabilità provenienti dal graduale affinamento delle conoscenze mediche. È stato così possibile passare da una definizione influenzata prevalentemente dal modello di tipo bio-medico a più avanzati criteri di classificazione, che prendono in considerazione un modello di tipo bio-psico-sociale, in grado di misurare anche l'incidenza di barriere ambientali e sociali sulla situazione della persona con disabilità, vale a dire i possibili riflessi di circostanze di carattere non biologico su processi biologici⁵.

In particolare, questa nuova visione sociale della disabilità ha determinato l'elaborazione della classificazione ICIDH di disabilità adottata nel 1981 dall'OMS e, a seguire, l'attuale classificazione ICF, che su di essa si basa, valorizzando il legame tra individuo e contesto socio-ambientale in cui si inserisce, considerando le barriere di vario genere (economico, sociali, comportamentali) pregiudizievoli sulle condizioni di salute. In tal modo si giunge ad una definizione di disabilità alla

² UNGA Res. n. 2856 del 20 dicembre 1971, UN doc. A/RES/2856.

³ UNGA Res. n. 3447 del 9 dicembre 1975, UN doc. A/RES/3447.

⁴ J. CHARLTON, *Nothing about us without us: disability oppression and empowerment*, University of California press, Berkeley 2000. L'obiettivo di una sempre maggiore partecipazione e realizzazione dell'autodeterminazione delle persone con disabilità era sintetizzato proprio nel suddetto motto.

⁵ Cfr. M.G. BERNARDINI, *I diritti umani nelle persone con disabilità*, APES, Roma, 2016, p. 19 ss.; F. MASCI, *La tutela costituzionale della persona disabile*, in *federalismi.it*, n. 1/2020, pp. 137 ss.; F. SANCHINI, *I diritti delle persone con disabilità tra dimensione costituzionale, tutela multilivello e prospettive di riforma*, in *federalismi.it*, n. 24/2021, pp. 168 ss.; C. SAGONE, *La tutela della disabilità secondo il modello bio-psico-sociale*, in *federalismi.it*, n. 1/2023, pp. 242 ss.

stregua di una condizione intrinseca di svantaggio personale che, tuttavia, diventa una concreta limitazione quando il soggetto interagisce con l'ambiente sfavorevole in cui si trova a vivere⁶.

Segnatamente, secondo tale modello la disabilità non deriva tanto dai limiti funzionali della persona, quanto piuttosto da barriere disabilitanti e discriminatorie. Si tratta del c.d. *modello sociale della disabilità*⁷, per il quale “la disabilità non è in *re ipsa* un ostacolo: lo diventa quando la minorazione si esplica in un ambiente che distingue l'essere disabili dall'essere persone, fondando un'intollerabile disegualianza sulla ritenuta irrecuperabilità del dato biofisico⁸”; una prospettiva, questa, che favorisce una effettiva inclusione sociale, assicurando una piena “libertà *nonostante* la disabilità”⁹.

Com'è noto, tale modello rigetta completamente l'idea che la disabilità sia un mero problema medico, contrapponendosi appunto al tradizionale modello medico/assistenziale¹⁰, il quale identifica la disabilità con la menomazione o con la condizione clinica dell'individuo. Di conseguenza, non sarà più la persona con disabilità a doversi adattare, con la fatica che ciò comporta, al contesto sociale, bensì sarà quest'ultimo a doversi progressivamente adeguare alle necessità delle persone con disabilità.

Si tratta di una prospettiva che considera anche le esigenze esistenziali, relazionali, affettive, formative e culturali delle persone con disabilità, e che si concentra sulle “abilità” delle persone con disabilità, sul loro «diverso modo di “funzionare”»¹¹ e non sulle loro inabilità, evidenziando il valore aggiunto che la loro inclusione può portare alla collettività.

In questo senso diventa fondamentale il tema dell'accessibilità rispetto ai vari ambiti dell'esistenza di un individuo e di una comunità.

L'accessibilità si configura, per le persone con disabilità, come prerequisito per la pienezza del godimento dei diritti umani e delle libertà fondamentali su basi di uguaglianza con gli altri soggetti,

⁶ V. PUPO, *La progressiva attuazione del principio di accessibilità delle persone con disabilità*, in *Rivista AIC*, n. 4/2023, pp. 93 ss.

⁷ M.G. BERNARDINI, *Disabilità, giustizia, diritto. Itinerari fra filosofia del diritto e disability studies*, Giappichelli, Torino, 2016. Si veda anche L. BUSATTA, *L'universo delle disabilità: per una definizione unitaria di un dritto diseguale*, in F. CORTESE, M. TOMASI, (a cura di) *Le definizioni nel diritto. Atti delle giornate di studio 30-31 ottobre 2015*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, pp. 335-364.

⁸ F. MASCI, *L'inclusione scolastica dei disabili: inclusione sociale di persone*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2017, p. 143.

⁹ R. BELLI, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *Libertà inviolabili e persone con disabilità*, Franco Angeli, Milano, 2000, p. 7.

¹⁰ C. CROSETTA, *Il diritto all'istruzione e all'integrazione dei minori disabili a scuola: diritto effettivo o paper right?*, in M. CERATO – F. TURLON (a cura di), *Scuola famiglia e minori profili normativi e psicologici*, Pacini giuridica, 3/2018.

¹¹ E. LONGO, *Unitarietà del bisogno di cura. Riflessioni sugli effetti giuridici conseguenti al passaggio dal modello medico al modello sociale di disabilità*, in *Non profit*, 2011, p. 3.

secondo il principio di effettività racchiuso nell'enunciazione e il principio di eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, comma 2, della Costituzione¹².

Si permetterebbe, così, a ciascuno, indipendentemente dal proprio *status*, di sentirsi quanto più possibile libero e autonomo, di avere accesso in condizioni di parità alle opportunità offerte dal contesto in cui vive e in tal modo partecipare alla società ed esercitare pienamente i propri diritti¹³. Il che significa valorizzare il soggetto disabile in quanto persona con disabilità, cioè in quanto *persona* da rispettare e tutelare in quanto connotata dall'inscindibile attributo della dignità¹⁴. La pari dignità sociale, allora, è logico presupposto dell'eguaglianza e, in tal senso, da una parte "richiede di garantire a tutti le stesse possibilità di sviluppo"¹⁵ e, dall'altra, "si specifica nel divieto di discriminazioni"¹⁶.

Per questo motivo il tema dell'accessibilità facile e sicura di luoghi, beni, servizi, informazioni e comunicazioni e, in generale, di interazione con un ambiente "abilitante", non riguarda solamente le persone con disabilità, ma potenzialmente un numero di soggetti sempre più ampio e composito, in riferimento alle molteplici condizioni e ai vari contesti in cui ciascuno può trovarsi nel corso della vita, e in cui può sperimentare difficoltà di interazione e fragilità¹⁷.

Tale garanzia rappresenta quindi un'importante modalità per conferire effettività al pieno sviluppo della persona (art. 3, comma 2, Cost.) oltre che concretezza all'enunciazione della "pari dignità sociale" (art. 3, comma. 1, Cost.), nel nome della "comune appartenenza all'umanità" delle persone, indipendentemente dalle differenze che possono caratterizzarle, che non devono trasformarsi in fattori di inferiorità, peggio, sul piano sociale, di intolleranza ed esclusione¹⁸. Il che si riconnette strettamente all'affermazione del principio personalista, di cui all'art. 2 Cost., creando un complesso di principi

¹² V. PUPO, *La progressiva attuazione del principio di accessibilità delle persone con disabilità*, cit., p. 96.

¹³ A.D. MARRA, *I diritti dell'accessibilità e della mobilità della persona con disabilità*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1/2021, pp. 541 ss.

¹⁴ A. LAMBERTI, *Il diritto all'istruzione delle persone con disabilità e inclusione scolastica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, p. 15.

¹⁵ G.M. FLICK, *Dignità umana e tutela dei soggetti deboli: una riflessione problematica*, in E. CECCHERINI (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, p. 51.

¹⁶ *Ibidem*. Secondo l'Autore "La dignità, con tutte le sue ambiguità, con tutte le sue difficoltà di percezione, ha un doppio significato; essa esprime il valore della persona umana in sé ed in astratto: tutti siamo uguali e tutti abbiamo la stessa dignità, ma sappiamo che poi non è vero, perché tutti siamo anche diversi e la diversità troppo spesso diventa sopraffazione. E allora la dignità deve essere valutata non solo in astratto, come il valore della persona umana in quanto tale; ma deve essere valutata in concreto come valore, come attributo, come requisito e come coefficiente ineliminabile di ogni persona umana nella sua concretezza e specificità".

¹⁷ Per la tesi della "vulnerabilità" cfr. M. LUCIANI, *Le persone vulnerabili e la Costituzione*, intervento dell'Autore alla Facoltà di Giurisprudenza – Università degli Studi di Roma – La Sapienza, in occasione della *Lectio magistralis* del Presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo, Prof. Robert Spano. L'Autore rileva come "la vulnerabilità sia un elemento costitutivo della condizione antropica. Tutti gli esseri animali sono mortali e vulnerabili, ma l'essere umano eleva la dolorosa consapevolezza della propria fragilità ad ammonimento sul destino dei singoli e della specie".

¹⁸ Cfr. G.M. FLICK, *Dignità umana*, cit. 50 ss. Il principio è stato di recente ribadito dal Presidente della Repubblica, Sergio Mattarella, nel discorso commemorativo dei 150 anni dalla morte di Alessandro Manzoni del 22.05.2023, www.quirinale.it/elementi/89668.

che “manifesta una naturale eccedenza assiologica”¹⁹ e delinea un vero e proprio programma di emancipazione e giustizia sociale²⁰.

Proprio la concezione della disabilità come valore aggiunto per la società, tale per cui diventa cruciale l’adozione di apposite iniziative indirizzate a rimuovere tutte quelle condizioni di squilibrio ostative ad una concreta accessibilità e partecipazione alla dimensione socio-culturale rappresenta il filo conduttore della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità²¹, approvata dall’Assemblea generale dell’ONU il 13 dicembre 2006, firmata il 30 marzo 2007, ed entrata in vigore il 03 maggio 2008²². La Convenzione rappresenta il risultato di un lungo iter normativo (già nel 2001 l’Assemblea generale delle Nazioni Unite aveva adottato una risoluzione al fine di istituire un comitato *ad hoc*, incaricato di elaborare un progetto di articoli con lo scopo di promuovere una reale integrazione dei soggetti disabili) che ha portato, grazie allo sviluppo progressivo delle fonti in materia ad avere oggi una fonte di diritto internazionale, di natura vincolante, per la tutela dei diritti umani a favore di questi soggetti.

I singoli Stati sono chiamati, tramite misure legislative, amministrative o di altra natura all’uopo occorrenti – e fornendo tutti quegli accomodamenti ragionevoli necessari²³ – ad assicurare e promuovere concretamente i diritti umani e le libertà fondamentali delle persone con disabilità²⁴, considerate titolari di diritti sociali di assoluta pregnanza (quali l’istruzione, la salute, la riabilitazione, il lavoro e l’occupazione, l’adeguato livello di vita e la protezione sociale²⁵), oltre che di diritti di partecipazione alla vita politica e culturale globalmente intesa²⁶. Poco oltre, all’art. 5 della

¹⁹ Cfr. S. ROSSI, *L’accessibilità come diritto sociale*, in *RW*, 2019, p. 404.

²⁰ Cfr. D. PICCIONE, *Costituzionalismo e disabilità*, Giappichelli, Torino 2023; C. COLAPIETRO, *I diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte costituzionale: il “nuovo” diritto alla socializzazione*, in *dirittifondamentali.it*, 2/2020, pp. 123 e 127 ss.; G. MATUCCI, *Persona, formazione, libertà. L’autorealizzazione della persona con disabilità tra istruzione e legal capacity*, Franco Angeli, Milano, 2021; P. ADDIS, *Il diritto alla via indipendente e l’inclusione sociale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1/2021, pp. 479 ss.; A. CANDIDO, *Disabilità e prospettive di riforma. Una lettura costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 15 ss.

²¹ Lettere m), e), v), *Preambolo, Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità* del 2006.

²² L’Italia l’ha ratificata e resa esecutiva con la legge 18/2009. Sulla Convenzione numerosi sono gli studi condotti sia a livello internazionale che ad opera della dottrina italiana. Nel contesto nazionale si rinvia a F. SEATZU, *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone disabili: i principi fondamentali*, in *Diritti umani e diritti fondamentali*, 3/2008, pp. 535 ss.; F. SEATZU, *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone disabili: diritti garantiti, cooperazione, procedure di controllo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2/2009, pp. 259 ss.; V. DELLA FINA, *La Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità*, in C. COLAPIETRO – A. SALVIA (a cura di), *Assistenza, inclusione sociale e diritti delle persone con disabilità. A vent’anni dalla legge 5 febbraio 1992, n. 104*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, pp. 299 ss.

²³ Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità del 2006, art. 5, par. 3, per tali intendendosi, ai sensi dell’art. 2, tutte quelle “modifiche” e “adattamenti necessari e appropriati che non impongono un onere sproporzionato o eccessivo, ove ve ne sia necessità in casi particolari, per assicurare alle persone con disabilità il godimento e l’esercizio, su base di eguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali”.

²⁴ Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità del 2006, art. 4.

²⁵ Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità del 2006, artt. 24 ss.

²⁶ Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità del 2006, artt. 29 e 30.

Convenzione si legge che “gli Stati parti riconoscono che tutte le persone sono uguali dinanzi alla legge ed hanno diritto, senza alcuna discriminazione, a uguale protezione e uguale beneficio dalla legge” e che “gli Stati parti devono vietare ogni forma di discriminazione fondata sulla disabilità e garantire alle persone con disabilità uguale ed effettiva protezione giuridica contro ogni discriminazione qualunque ne sia il fondamento”.

Lo Stato italiano, in particolare, ha istituito, in base all’art. 3 della legge di ratifica, l’Osservatorio nazionale sulla condizione delle persone con disabilità, allo scopo di promuovere la piena integrazione di questi soggetti, in attuazione dei principi sanciti dalla Convenzione di cui all’art. 1, nonché dei principi indicati nella legge 5 febbraio 1992 n. 104 (*legge-quadro per l’assistenza, l’integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate*). L’Osservatorio ha il preciso compito di predisporre un programma di azione biennale per la promozione dei diritti e per l’integrazione delle persone con disabilità, promuovendo la raccolta di dati statistici che illustrino la condizione di questi soggetti e promuovendo la realizzazione di studi e ricerche che possano contribuire ad individuare aree prioritarie verso cui indirizzare azioni ed interventi per la promozione degli stessi²⁷.

La Convenzione delle Nazioni Unite, nella sua prima parte, enuncia i principi generali: si pensi al principio di uguaglianza, di indipendenza, di non discriminazione, di partecipazione ed inclusione nella società ed al principio di accessibilità.

Questi ultimi sono intesi, nell’ottica della Convenzione, allo scopo di realizzare la piena autonomia dell’individuo nella società e la sua partecipazione alla vita politica.

Sicché tali principi non possono essere disgiunti da un lungo elenco di diritti positivi, di cui i portatori di *handicap* sono titolari; questi prevedono per lo Stato l’impegno ad adottare tutte le misure legislative per attuare i diritti riconosciuti nella Convenzione: tenere conto della promozione e della protezione dei diritti umani delle persone con disabilità, adottare tutte le misure adeguate ad eliminare ogni forma di discriminazione, ma soprattutto fornire a questi soggetti informazioni accessibili in merito, dispositivi tecnologici di sostegno, così come altre forme di assistenza²⁸. In tal modo i singoli Stati sono tenuti ad assicurare e promuovere concretamente i diritti umani e le libertà fondamentali

²⁷ S. PEREZ, *L’applicazione della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità nell’ordinamento italiano*, in *dirittifondamenti.it*, 1/2014, p. 7. Questo nuovo strumento, salutato da tutte le associazioni nazionali che operano nel settore della disabilità, con particolare entusiasmo, è divenuto operativo soltanto con il Decreto Ministeriale del 30 novembre 2010, con il quale, nella definizione delle linee guida di attuazione delle e politiche della disabilità, si indicano, come finalità principali la promozione e l’attuazione della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, la predisposizione di un programma di azione biennale, nonché l’attuazione di una legislazione nazionale ed internazionale adeguati. Nonostante l’urgenza con cui l’Osservatorio Nazionale avrebbe dovuto operare, è soltanto del 14 febbraio 2013, l’approvazione, ad opera dello stesso, del primo Programma d’azione italiano per la promozione dei diritti e l’integrazione dei soggetti disabili nei diversi settori della società.

²⁸ S. PEREZ, *L’applicazione della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità nell’ordinamento italiano*, in *dirittifondamenti.it*, 2014.

delle persone con disabilità²⁹, considerate titolari di diritti sociali di assoluta pregnanza (quali l'istruzione, la salute, la riabilitazione, il lavoro e l'occupazione, l'adeguato livello di vita e la protezione sociale)³⁰, oltre che di diritti di partecipazione alla vita politica e culturale globalmente intesa³¹.

La Convenzione ONU evidenzia così il passaggio definitivo dal modello sociale al c.d. *human rights model of disability*, che affonda le proprie radici negli studi condotti nei primi anni 2000 da Degener e Quinn³². Gli Autori sostengono un modello che, nel guardare alla dignità intrinseca delle persone, consideri il fenomeno della disabilità attraverso la lente dell'interconnessione tra diritti civili e politici da una parte, e diritti economici, sociali e culturali dall'altra, o – se si preferisce – tra diritti di prima e seconda generazione. In tal senso, ogni individuo portatore di disabilità è tutelato anzitutto come titolare di una identità concreta: il modello in esame, in altri termini, aspira ad arricchire di nuove prospettive l'approccio del *Social Model*, nell'ottica della lotta alla discriminazione intersezionale (vale a dire quella discriminazione fondata su una pluralità di fattori) e della promozione della dignità intrinseca dell'essere umano, suo attributo fondamentale ed ineliminabile³³. Secondo Degener, inoltre, mentre il modello sociale della disabilità trascura le problematiche relative all'identità plurima di un soggetto, lo *human rights model* considera le persone disabili portatrici di diverse identità coesistenti, e si propone di combattere la discriminazione intersezionale³⁴.

I principali principi attorno ai quali ruota questo modello sono, da un lato, quello di dignità, che figura come principio generale all'interno dell'art. 3 CDPD, cui si salda l'idea della disabilità come parte della diversità umana e come una delle caratteristiche dell'individuo, e, dall'altro, quello di eguaglianza inclusiva³⁵.

Quest'ultima presenta quattro diverse e complementari dimensioni, che si saldano l'una all'altra. *In primis*, una dimensione retributiva, ovvero la necessità di colmare gli svantaggi socioeconomici

²⁹ Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità del 2006, art. 4.

³⁰ Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità del 2006, artt. 24 e ss.

³¹ Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità del 2006, artt. 29 e 30.

³² G. QUINN, T. DEGENER, *Human Rights and Disability: The Current Use and Future Potential of the United Nations Human Rights Instruments in the Contest of Disability*, United Nations, New York-Ginevra, 2002, p. 14.

³³ A. LAMBERTI, *Il diritto all'istruzione delle persone con disabilità: prospettive di tutela multilevel*, in *Consulta Online*, 3/2022, p. 1174.

³⁴ Il termine discriminazione intersezionale indica il caso in cui la discriminazione si basa su più fattori che si sovrappongono e non possono essere distinti. Il termine è stato coniato da Crenshaw (K. CRENSHAW, *Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics*, in *University of Chicago Legal Forum*, 1989, pp.139 ss.). Nella visione di Degener questo modello avrebbe anche il pregio di consentire il superamento delle critiche mosse al Modello Sociale e dovrebbe concepirsi come “*an improvement of the social model of disability*” e “*a tool to implement the CRPD*”.

³⁵ D. FERRI, *La giurisprudenza costituzionale sui diritti delle persone con disabilità e lo Human Rights Model of Disability: “convergenze parallele” tra Corte costituzionale e Comitato ONU sui diritti delle persone con disabilità*, in *dirittifondamenti.it*, 1/2020, p. 537.

che le persone con disabilità affrontano. Una dimensione di “riconoscimento” che impone di combattere gli stereotipi, i pregiudizi, la discriminazione intersezionale e riconoscere la dignità intrinseca delle persone con disabilità. In terzo luogo, una dimensione partecipativa, che riafferma la natura sociale delle persone con disabilità come membri effettivi della società. Infine, una dimensione di accomodamento della diversità, dimensione quest’ultima che fa riferimento all’accomodamento ragionevole come *pass-partout* per l’esercizio dei diritti previsti dalla CDPD³⁶.

Peraltro, come emerge dall’art. 3 della CRPD, l’uguaglianza e la non discriminazione sono strettamente interrelati tanto alla dignità delle persone con disabilità, quanto alla loro autonomia e alla vita indipendente³⁷.

Il principio di eguaglianza, così come disciplinato dall’art. 5 CDPD, configura in capo agli Stati membri l’obbligo di adottare misure per combattere la discriminazione e per conseguire quella *sostanziale*. L’art. 2 fornisce una definizione ampia di “discriminazione sulla base della disabilità”, che include tutti i tipi di discriminazione (diretta, indiretta, molestie), inclusa la discriminazione sulla base di una “*perceived disability*” e la discriminazione per associazione.

Del resto, l’art. 3 identifica quale principio “la dignità intrinseca, l’autonomia individuale, compresa la libertà di compiere le proprie scelte, e l’indipendenza” delle persone con disabilità. Diversità e dignità delle persone con disabilità si specchiano nel riconoscimento della loro autonomia³⁸.

La consacrazione sul piano normativo internazionale dello *human rights model*, quale arricchimento del precedente Modello Sociale ha inoltre determinato lo sviluppo di una nuova concezione della persona disabile, la quale rappresenta l’antecedente logico necessario per aderire ad una visione olistica del sistema di tutela delle persone con disabilità costituita da una compagine unitaria e non frazionabile di diritti³⁹.

Lo *human rights model* è stato ulteriormente elaborato e riformulato, nel 2018, dal Comitato ONU sui diritti delle persone con disabilità, all’interno del Commento Generale n. 6.

La Convenzione ha così evitato una vera e propria definizione di disabilità proponendo nel suo art. 1, par. 2, una sorta di definizione aperta o, come è stata definita, (non) definizione⁴⁰, la quale si limita a identificare in maniera assai ampia la sfera dei soggetti beneficiari dei diritti in essa sanciti: “per

³⁶ Comitato ONU sui diritti delle persone con disabilità, *General Comment* n. 6, par. 11.

³⁷ P. ADDIS, *Il diritto alla vita indipendente e l’inclusione sociale*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2021, p. 500.

³⁸ Si veda in proposito A. MARRA, *Disabilità, bioetica e ragionevolezza. Ragionamenti minimi di diritti umani, evoluzione tecnologica e vita quotidiana*, Cedam, Padova, 2017, p. 137.

³⁹ F. MEGRET, *The Disabilities Convention: Towards a Holistic Concept of Rights*, in *Human Rights Quarterly*, Vol. 30, 2008, p. 261.

⁴⁰ Il termine «*non-definition*» viene usato in G. DE BURCA, *The EU in the negotiation of the UN Disability Convention*, in *Law Rev.*, 2010, pp. 174 ss.

persone con disabilità si intendono coloro che presentano durature menomazioni fisiche, mentali intellettive o sensoriali che in interazione con barriere di diversa natura possono ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su base di uguaglianza con gli altri”⁴¹.

Tale disposizione deve essere letta in combinato disposto con il preambolo della Convenzione, che fornisce indicazioni necessarie a comprendere e contestualizzare la nozione di disabilità elaborata. Ivi si specifica, da un lato, che il concetto di disabilità è in continua evoluzione (alinea *e*) e, dall’altro, che la disabilità deve intendersi come parte della diversità umana e dell’umanità stessa (alinea *i*), come ribadito per altro anche all’art. 3, let. *d*, fra i principi generali alla base della Convenzione⁴².

Evidentemente una definizione restrittiva avrebbe compromesso l’intento di identificare correttamente la categoria in parola, che, per sua natura, è incerta e in continua evoluzione⁴³. E’ il caso, ad esempio, di alcune situazioni *border line*, in cui risulta molto difficile identificare il confine tra disabilità e altre condizioni che non vi rientrano, quali la distinzione sfuggente fra disabilità e malattia cronica, oppure il concetto di disabilità percepita⁴⁴.

Dunque, l’obiettivo di una simile non definizione, è evitare di fornire un’interpretazione restrittiva della Convenzione nel suo insieme, come dimostra anche il dettato del par. 1 dello stesso art. 1, laddove rimarca che lo scopo della Convenzione consiste nel “promuovere, proteggere e garantire i diritti umani e le libertà fondamentali per *tutte* le persone con disabilità”. Questa voluta vaghezza introduce un elemento di circolarità nella Convenzione, in quanto lascia una notevole discrezionalità alla legislazione e alla giurisprudenza nazionale e sovranazionale in merito all’individuazione di cosa sia la disabilità nel caso concreto⁴⁵.

⁴¹ Così S. FAVALLI, *Disabilità, diritti umani e diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 2021, p. 104.

⁴² V. CERA, *Preamble*, in DELLA FINA, CERA, PALMISANO (eds.) *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Commentary*, Springer, Berlino, 2017, pp. 85 ss.

⁴³ R. MEDEGHINI, E. VALTELLINA, *Quale disabilità? Culture, modelli, processi di inclusione*, Franco Angeli, Milano, 2006, p. 11 ss.; si veda inoltre M. G. BERNARDINI, *Disabilità, Giustizia, Diritto: Itinerari tra filosofia del diritto e Disability studies*, cit., pp. 1-74; C. HANAU, *Handicap*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, IV, p. 67 ss.; A. D. MARRA, *Disabilità*, in *Dig. Disc. Civ.* VI, p. 555 ss.

⁴⁴ Non vi è un’unitaria posizione in merito alla c.d. disabilità percepita. In particolare, non se ne trova menzione nella CDPD né negli strumenti legislativi antidiscriminatori approntati dall’Unione europea, che sembrano così escludere la disabilità percepita dalla definizione di disabilità. Invece, il Consiglio d’Europa, pur non avendo adottato un’autonoma definizione di disabilità, ha assunto una posizione differente in seno ai negoziati per la conclusione della convenzione delle Nazioni Unite. Si segnala, infine, come alcune legislazioni nazionali abbiano elaborato delle definizioni di disabilità che espressamente ricomprendono la nozione di disabilità percepita. Ci si riferisce, ad esempio, all’*Equality Act* del 2010 del Regno Unito e all’*ADA Act* degli Stati Uniti.

⁴⁵ S. FAVALLI, *Disabilità, diritti umani e diritto internazionale*, cit., p. 104. L’Autrice sottolinea che “stabilire una rigida categorizzazione della disabilità significa anche individuare una netta distinzione fra persone con e senza disabilità. In altri termini, si andrebbero a creare i presupposti per un concetto di disabilità distinto e segregante rispetto al resto della società, piuttosto che inclusivo e flessibile. In particolare, i sistemi regionali si sono gradualmente allineati alla definizione di disabilità della Convenzione delle Nazioni Unite, come si evince sia dagli atti normativi da essi emanati sia dalla giurisprudenza internazionale rilevante. Ciò nonostante, permangono spazi per l’elaborazione di interpretazioni innovative del concetto, in grado di rispecchiare la peculiarità dell’area geografica considerata o del caso preso in esame,

Nella relazione del 22 aprile 2022 tenuta a Roma dal presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU), egli ha ampiamente ribadito che la Corte ha sviluppato la sua giurisprudenza, in relazione alla tutela delle persone con disabilità e alla loro "vulnerabilità" valorizzando, in particolare, proprio la convenzione CDPD.

Il presidente Spano ha sottolineato che gli interventi della Corte in tale ambito si basano da sempre su un obiettivo fondamentale: la tutela della dignità umana. Pertanto, la parità di trattamento delle persone vulnerabili ha quale comune denominatore il principio in base a cui "non sono le persone con disabilità ad essere vulnerabili perché non si adattano a un determinato ambiente. Piuttosto sono gli ambienti in cui tutti ci inseriamo a non permettere a un gran numero di individui di trovare il loro posto rendendoli così vulnerabili".

In questo senso la Corte in diverse pronunce ha chiarito che le persone vulnerabili godono degli stessi diritti di tutte le altre non in situazioni eccezionali, ma nella vita quotidiana, in nome della solidarietà sociale. Tale solidarietà non si deve esprimere nella formazione di un corpus di norme di diritto esorbitanti dal diritto comune, ma nella realizzazione dei diritti fondamentali delle persone vulnerabili, che implica una partecipazione effettiva alla società su un piano di parità con le persone non vulnerabili⁴⁶, nel percorso di un rigoroso processo di universalizzazione dei diritti fondamentali.

3. La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità nelle oscillazioni della giurisprudenza costituzionale.

Il maggiore contributo ad una più precisa definizione della tutela dei diritti delle persone con disabilità è venuto proprio dall'incessante opera di garanzia e promozione degli stessi esercitata dalla giurisprudenza costituzionale, che, nell'assecondare una rilettura delle disposizioni della Costituzione

pur senza andare a negare la natura di prassi conforme a livello globale della definizione di disabilità apportata dalla CDPD.

⁴⁶ È molto interessante notare la sentenza *Glor c. Svizzera* del 2009 in cui la Corte ha fatto riferimento alla raccomandazione n. 1592 intitolata "verso la piena integrazione delle persone con disabilità", adottata dall'assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa nel 2003 e appunto alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità del 2006. Si tratta di una sentenza che ha fortemente influenzato le pronunce successive, in cui si ritrova la prima applicazione del principio di non discriminazione alle situazioni di disabilità. In questo caso il ricorrente soffriva di diabete ed era stato dichiarato inabile al servizio militare dal medico militare competente. Aveva comunque dovuto pagare il contributo pecuniario sostitutivo che il diritto tributario svizzero impone a chi non presta il servizio militare. Le autorità avevano infatti considerato la sua condizione come inferiore alla prevista soglia di gravità e quindi non esente dal contributo in questione, il ricorrente si considerava vittima di un trattamento discriminatorio. La Corte ha riscontrato una violazione dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8 della Convenzione CEDU. Ha costatato che le autorità svizzere non avevano trovato un giusto equilibrio tra la salvaguardia degli interessi della comunità e il rispetto dei diritti e delle libertà del ricorrente. Alla luce della finalità e degli effetti del contributo pecuniario contestato, la giustificazione oggettiva della distinzione operata dalle autorità nazionali, in particolare tra le persone con gravi disabilità esentate dal contributo contestato e le persone comunque non idonee al servizio militare ma obbligate a pagarlo, non è apparsa ragionevole alla luce dei principi prevalenti nelle società democratiche.

alla luce dell'evoluzione della coscienza sociale e della legislazione in materia, ha finito per offrire ad essi una piena protezione di livello costituzionale, esplicitandone peraltro dimensioni nuove, ma pur sempre espressive di valori già sottesi allo stesso dettato costituzionale⁴⁷. Difatti, a fronte di un dettato, quello disegnato dalla Carta fondamentale, dotato di un altissimo significato valoriale ma, contestualmente necessitante di una paziente opera di concreta esplicitazione della latitudine applicativa dei diritti costituzionali riconducibili a tali soggetti⁴⁸, l'opera della Corte risulta fondamentale.

La dignità delle persone con disabilità⁴⁹ e il principio di eguaglianza sostanziale nella sua accezione più forte⁵⁰ rappresentano il perno attorno a cui ruota l'argomentare della Corte in molte sentenze.

Relativamente alla tutela della dignità delle persone con disabilità è emblematica a riguardo la sentenza Corte cost. n. 114 del 2019 in materia di amministrazione di sostegno con cui la Corte enfatizza in più parti come il “rispetto dell'autonomia e della dignità della persona disabile” debbano essere assicurate dall'amministrazione di sostegno⁵¹.

La sentenza ha per oggetto l'articolo 774 c. 1 del codice civile, nella misura in cui vieta al beneficiario di amministrazione di sostegno di disporre donazioni in quanto questi non avrebbe la piena capacità di disporre dei propri beni. La Consulta ha ritenuto la questione non ammissibile, in quanto l'erronea interpretazione dell'istituto dell'amministrazione di sostegno lo ricondurrebbe ad una netta distinzione tra capaci ed incapaci⁵².

La Consulta ha rimarcato come “introducendo l'amministrazione di sostegno, il legislatore ha dotato l'ordinamento di una misura che può essere modellata dal giudice tutelare in relazione allo stato personale e alle circostanze di vita di ciascun beneficiario in vista del concreto e massimo sviluppo delle sue effettive abilità”⁵³.

⁴⁷ C. COLAPIETRO, *I diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte costituzionale: il “nuovo” diritto alla socializzazione*, cit., p. 128.

⁴⁸ F. SANCHINI, *I diritti delle persone con disabilità tra dimensione costituzionale, tutela multilivello e prospettive di riforma*, cit., p. 178. Secondo l'Autore alla Corte costituzionale va riconosciuto il merito di aver tracciato un vero e proprio “decalogo” di diritti fondamentali facenti capo alle persone con disabilità attraverso un sindacato rigoroso, condotto sulla disorganica legislazione nel tempo prodottasi in materia.

⁴⁹ Per un approccio più generale alla dignità nella giurisprudenza costituzionale si veda tra i molti, N. LIPARI, *Personalità e dignità nella giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 3/2017, pp. 847-868.

⁵⁰ Cfr. S. SCAGLIARINI, “L'incessante dinamica della vita moderna”. *I nuovi diritti sociali nella giurisprudenza costituzionale*, in AA.VV., *Atti del convegno di Trapani, 8-9 giugno 2012. Gruppo di Pisa. I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, pp. 235 ss.

⁵¹ Corte costituzionale sentenza 114/2019, punto 5.2 - Considerato in diritto.

⁵² D. FERRI, *La giurisprudenza costituzionale sui diritti delle persone con disabilità e lo Human Rights Model of Disability: “convergenze parallele” tra Corte costituzionale e Comitato ONU sui diritti delle persone con disabilità*, cit., p. 540.

⁵³ Corte costituzionale sentenza 114/2019, punto. 4 - Considerato in diritto.

La Corte ha altresì affermato che “attribuendo al giudice tutelare il compito di modellare l’amministrazione di sostegno in relazione allo stato personale e alle condizioni di vita del beneficiario”, il legislatore ha inteso limitare “nella minore misura possibile [...] la capacità di agire della persona disabile: il che marca nettamente la differenza con i tradizionali istituti dell’interdizione e dell’inabilitazione”⁵⁴.

In tal senso, il concetto di eguaglianza sostanziale richiamato dalla Consulta sembra avvicinarsi a quello di “eguaglianza inclusiva” che il Comitato ONU ha coniato⁵⁵, in quanto presenta una chiara dimensione redistributiva, ma anche un’evidente dimensione di accomodamento della diversità, nonché una palese dimensione partecipativa, mentre rimane più latente (ma non assente) la dimensione di “riconoscimento”⁵⁶.

In relazione alla dimensione redistributiva dell’eguaglianza, tra le più significative appare la sentenza n. 275 del 2016 della Corte costituzionale⁵⁷ relativa al problema del “costo” dei diritti e di quelli dei disabili in particolare per la perentorietà del “suo passaggio centrale” in cui la Corte afferma che “è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l’equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione”⁵⁸.

Nell’ambito di una questione, sollevata dal Tar Abruzzo nel contesto di una controversia tra la provincia di Pescara e la Regione, la Corte ha dichiarato l’illegittimità dell’articolo 6, comma 2 – bis della legge della Regione Abruzzo 15 dicembre 1978, n. 78, aggiunto dall’articolo 88, comma 4 della legge della Regione Abruzzo 26 aprile 2004 n.15, nella parte in cui prevedeva che, quegli interventi di cui all’articolo 4-bis della l. n. 1978 (avente ad oggetto l’erogazione di servizi di trasporto scolastico a beneficio di studenti portatori di disabilità), “la Giunta regionale garantisca un contributo del 50% della spesa necessaria e documentata dalle province solo nei limiti della disponibilità finanziaria determinata dalle annuali leggi di bilancio e iscritta sul pertinente capitolo di spesa”⁵⁹.

⁵⁴ Corte costituzionale sentenza 114/2019, punto 5.2 - Considerato in diritto.

⁵⁵ Comitato ONU sui diritti delle persone con disabilità, *General Comment NO. 6*, par. 11.

⁵⁶ D. FERRI, *La giurisprudenza costituzionale sui diritti delle persone con disabilità e lo Human Rights Model of Disability: “convergenze parallele” tra Corte costituzionale e Comitato ONU sui diritti delle persone con disabilità*, cit., p. 539.

⁵⁷ Sulla sentenza si vedano tra i molti E. FURNO, *Pareggio di bilancio e diritti sociali: la ridefinizione dei confini nella recente giurisprudenza costituzionale in tema di diritto all’istruzione dei disabili*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, 1/2017, pp. 105 ss; L. MADAU, *È la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l’equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione. Nota a Corte cost. n. 275/2016*, in *Osservatorio AIC*, 1/2017; R. CABAZZI, *Diritti incompressibili degli studenti con disabilità ed equilibrio di bilancio nella finanza locale secondo la sent. della Corte costituzionale n.275/2016*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 29 gennaio 2017.

⁵⁸ F. PALLANTE, *Diritti e bilancio: quale equilibrio? Un commento alla sentenza 275/2016 della Corte costituzionale*, in *SIDI Blog*, 2 febbraio 2017.

⁵⁹ Così F. BLANDO, *Soggetti disabili e istruzione: la lotta per il diritto*, in *Federalismi.it*, 2/2017, pp. 3-4.

Le disposizioni costituzionali che il giudice a quo riteneva violate sono rappresentate dall'articolo 38, 3 comma, Cost., e dall'articolo 10 (*recte*, articolo 117, 1 comma), in relazione al parametro interposto costituito dall'articolo 24 della Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità.

Ma, sullo sfondo tutto si riduce alla centralità nel disegno costituzionale, degli articoli 2 e 3, cui il diritto all'istruzione dei soggetti disabili è strettamente connesso.⁶⁰

Affermare l'esistenza di un diritto senza che il suo titolare abbia la possibilità di esercitarlo per motivi di carattere economico e sociale equivale ad attribuire valore soltanto formale a quel riconoscimento⁶¹, equivale a privarlo di ogni sostanza⁶².

La Corte ha inoltre affermato che “una volta normativamente identificato il nucleo invalicabile di garanzie minime per rendere effettivo il diritto allo studio e all'educazione degli alunni disabili non può essere finanziariamente condizionato in termini assoluti e generali”⁶³.

Questa decisione ha quindi ribadito, sulla scia di quanto già affermato con la sentenza n. 80 del 2010, l'obbligo dei pubblici poteri di porre in essere tutte le misure atte a garantire l'effettività del diritto all'istruzione degli studenti con disabilità. In questa prospettiva inclusiva la giurisprudenza costituzionale ha dato luogo a significative estensioni sotto il profilo del riconoscimento di provvidenze economiche volte a realizzare l'effettiva integrazione scolastica del disabile, attraverso il riconoscimento del carattere fondamentale del diritto all'istruzione del disabile⁶⁴.

Nel caso di specie (Corte cost., sent. n. 80 – 2010) le disposizioni statali che diminuiscono le ore di sostegno settimanali nella scuola primaria erano sospettate di illegittimità costituzionale per violazione dell'articolo 10, 1 comma, della Costituzione, in quanto in contrasto con i principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti a favore dei disabili, nonché con il diritto del disabile al pieno sviluppo della sua personalità, con il principio di non discriminazione e con il diritto all'educazione e all'inserimento nel mondo del lavoro.

⁶⁰ Il compito di “rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese” costituisce un progetto vincolante che segna i compiti delle istituzioni repubblicane, dominato dalla consapevolezza della necessità di considerare le reali condizioni di vita della persona.

⁶¹ M. RUOTOLO, *Eguaglianza e pari dignità sociale*, Conferenza tenuta il 15 febbraio 2013 all'Università di Padova, su www.unipd.it/scuolacostituzionale; la consapevolezza di dover rendere effettivi i diritti e non lasciarli sulla carta era sempre presente ai costituenti e ricorre costantemente nei diversi interventi.

⁶² Così G. BUCCI, *La sovranità popolare nella trappola delle reti multilevel*, in *Costituzionalismo.it*, 21 maggio 2008, p. 8, “il ciclo di lotte sociali, sviluppatosi negli anni 60 -70, le conquiste ottenute sul piano del contesto civile e sociale, confermano del resto, come il punto centrale della Costituzione italiana consista, proprio, nel nesso che intercorre tra il pluralismo sociale del popolo lavoratore e la legittimazione del conflitto sociale necessario alla trasformazione democratica della società e dello Stato e quindi allo stabilirsi di un primato della politica sull'economia”.

⁶³ Corte cost. 275/2016, PARA 11 – Considerato in diritto.

⁶⁴ Sul punto S. TROILO, *I “nuovi” diritti sociali la parabola dell'integrazione scolastica dei disabili*, in AA.VV., *I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza* (a cura di) E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE, op. cit., p. 541.

Il giudice delle leggi aveva così ricordato che: “[...] il diritto all’istruzione è oggetto di specifica tutela da parte sia dell’ordinamento internazionale, che di quello interno, in particolare per quanto attiene alla normativa internazionale, viene in rilievo la recente Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità adottata dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 13 dicembre del 2006 ed entrata in vigore sul piano internazionale il 3 maggio del 2008, ratificata in Italia con la legge 3 marzo 2009 n. 18. Diritto, specifica la convenzione in parola, che deve essere garantito anche attraverso la predisposizione di accomodamenti ragionevoli al fine di andare incontro all’esigenze individuali del disabile”. Le pronunce menzionate consentono di evidenziare l’importanza di principi internazionali in materia, ma soprattutto di un atto, ora vincolante per gli Stati aderenti, qual è – appunto – la Convenzione ONU –, il che si traduce nella possibilità di utilizzare un valido strumento di decisione anche nella giurisprudenza interna (oltre al fatto che, a monte, le legislazioni nazionali si uniformino ai suddetti *standards* internazionali)⁶⁵.

L’affermazione del carattere incompressibile del contenuto essenziale del diritto in questione ha innescato un “circolo virtuoso”: presso i giudici di merito e di legittimità si sono registrate negli anni immediatamente seguenti sentenze con le quali è stata dichiarata l’illegittimità di provvedimenti di assegnazione di un numero di ore di sostegno ridotto rispetto alle esigenze degli studenti disabili gravi⁶⁶.

La citata sentenza n. 275 del 2016 rappresenta una decisione “storica”, anche perché si presenta come il punto più alto del cammino della Corte nell’affermazione del nuovo diritto alla socializzazione del disabile, consacrandone il diritto all’istruzione ai sensi degli artt. 34 e 38 Cost., tra l’altro in un periodo storico ed istituzionale in cui gli obiettivi di superamento dell’emarginazione e di sviluppo della personalità sono spesso offuscati da mere logiche contabili e ancor peggio individualistiche⁶⁷.

La Corte costituzionale non si è limitata a garantire il diritto alla socializzazione del disabile soltanto attraverso la scuola ed il lavoro, ma anche in altri e diversi contesti, rinvenendone il fondamento nello stesso principio di eguaglianza sostanziale, sull’assunto che quello della

⁶⁵ S. PEREZ, *L’applicazione della Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità nell’ordinamento italiano*, cit., p. 11.

⁶⁶ Per gli anni immediatamente successivi si veda Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza n. 2231 del 21 aprile 2010; Tar Calabria sez. I, sentenza n. 834 del 23 novembre 2011; Tar Napoli Campania, sez. IV, sentenza n. 5583 del 25 novembre 2011; Tar Napoli Campania, sez. IV sentenza n. 6047 del 21 dicembre 2011; Tar Sardegna, sez. I, sentenza n. 2783 del 18 novembre 2011.

⁶⁷ C. COLAPIETRO, *I diritti delle persone con disabilità: il nuovo diritto di socializzazione*, cit., p. 142.

socializzazione è un vero e proprio nuovo diritto, che coinvolge, più in generale, la stessa *qualità della vita di relazione* della persona disabile⁶⁸.

Il riconoscimento del diritto alla socializzazione della persona disabile deve portare anche ad agevolare il suo pieno inserimento nella famiglia, stante la centralità del ruolo della stessa nell'assistenza della persona disabile⁶⁹ e nella qualità della sua vita (tanto da far ritenere addirittura l'esistenza di "diritti sociali della famiglia").

Al riguardo, può essere richiamata la sentenza n. 2 del 2016, in cui la Consulta ribadisce che la famiglia rappresenta "la sede privilegiata del più partecipe soddisfacimento delle esigenze connesse ai disagi del relativo componente, così da mantenere *infra moenia* il relativo rapporto affettivo e di opportuna e necessaria assistenza"; rendendo conseguentemente secondaria e complementare la scelta verso soluzioni assistenziali esterna⁷⁰.

La "dimensione partecipativa dell'eguaglianza" è assai evidente nella decisione n. 13 del 2016, in cui la Corte costituzionale ricorda come il diritto del disabile di ricevere assistenza nell'ambito della sua comunità di vita sia inscindibilmente connesso con il diritto alla salute e a un'integrazione effettiva della persona nella società⁷¹.

Tale dimensione partecipativa appare contraddistinguere anche la sentenza n. 258 del 2017⁷², che enfatizza altresì la dimensione di "accomodamento", pur senza fare mai riferimento alla nozione di accomodamento ragionevole⁷³.

Ad oggi la Corte non ha, però, utilizzato con frequenza le norme della CDPD quale parametro interposto per il giudizio di costituzionalità.

⁶⁸ S. SCAGLIARINI, "L'incessante dinamica della vita moderna". I nuovi diritti sociali nella giurisprudenza costituzionale, cit., pp. 251 ss, che sottolinea come, in questo senso, il diritto alla socializzazione rappresenti "un autonomo nuovo diritto della persona con *handicap*".

⁶⁹ Sul diritto all'assistenza delle persone con disabilità L. VIOLINI, *Il diritto all'assistenza delle persone disabili*, in C. COLAPIETRO, A. SALVIA (a cura di); *Assistenza, inclusione sociale e diritti delle persone con disabilità. A vent'anni dalla legge 5 febbraio 1992, n. 104*, cit., pp. 241 ss.

⁷⁰ Si veda E. BATTELLI, *I soggetti vulnerabili: prospettive di tutela della persona*, in *Dir. fam. pers.*, 1/2020, pp. 283 ss.

⁷¹ Corte costituzionale 213/2016, punto 3.4 – Considerato in diritto. A commento si veda S. MANGIAMELI, *Una sentenza sul crinale fra diritto di assistenza e l'omologazione della famiglia di fatto*, in *Giur. Cost.*, 5/2016, pp. 1672 ss., si veda anche M. BARONE, *Tutela delle persone con disabilità grave: prospettive di ampliamento a partire dalla sentenza n. 213 del 2016 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, 2/2017.

⁷² Si veda S. ROSSI, *Incapacitazione e acquisto della cittadinanza. Nota a prima lettura a Corte cost. n. 258/2017*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 10 dicembre 2017; C. DOMENICALI, *La "doppia inclusione" dello straniero disabile (a margine di Corte cost. n. 258 del 2017)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 27 marzo 2018; P. ADDIS, *Disabilità e giuramento per l'acquisizione della cittadinanza (osservazioni a Corte cost., sent. 258/2017)*, in *Consulta Online*, 2/2018, pp. 435 ss.; A. RANDAZZO, *Disabilità e acquisto della cittadinanza. Notazioni a margine della sent. n. 258 del 2017 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 1-2/2019.

⁷³ Questa dimensione è anche ben presente nella sentenza n. 80 del 2010 che ha fatto riferimento esplicito alla diversità delle persone con disabilità e alle diverse condizioni, di cui si deve tener conto al fine di permettere l'esercizio effettivo del diritto all'istruzione.

Nella sentenza n. 2 del 2016, per esempio, essa ha affermato la natura programmatica delle norme convenzionali in consonanza con quanto già affermato dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea in *Z v A Government Department* e in *Glatzel*, con ciò gettando un'ombra sulla prescrittività della Convenzione stessa e sulla futura possibilità di utilizzare la Convenzione come parametro interposto⁷⁴.

La stessa giurisprudenza costituzionale, che non sempre ha riconosciuto alla Convenzione “dignità” di vero e proprio parametro interposto a mente dell'art. 117, comma 1, Cost., ne ha comunque costantemente ribadito l'imprescindibile ruolo di ausilio interpretativo nella definizione della latitudine dei diritti delle persone con disabilità⁷⁵.

Si pensi al caso della citata pronuncia n. 2 del 2016 in cui la Consulta, nell'osservare che la Convenzione pone essenzialmente “obblighi di risultato”, ha negato la possibilità di una sua immediata applicabilità all'intero degli Stati parti – che pertanto sono liberi di individuare gli strumenti concretamente idonei a farvi fronte – affermando un insieme di principi che necessitano di un intervento indispensabile del legislatore nazionale per una migliore declinazione dei relativi contenuti all'interno di ciascun complesso ordinamentale⁷⁶.

Questo orientamento della Corte Costituzionale, secondo cui il rispetto della Convenzione rappresenterebbe per gli Stati parti un mero obbligo di risultato, è decisamente criticabile⁷⁷ e, perciò, da respingere⁷⁸.

Infatti, l'efficacia *self-executing* “non può essere valutata in relazione al trattato nel suo complesso, come fatto dalla Consulta nella sentenza n. 2 del 2016, ma avendo riguardo alla singola norma rilevante”⁷⁹.

In secondo luogo – come la stessa Corte Costituzionale, sulla scia dell'orientamento della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ha affermato, sia pure in relazione alle norme comunitarie – la

⁷⁴ D. FERRI, *La giurisprudenza costituzionale sui diritti delle persone con disabilità e lo Human Rights Model of Disability: “convergenze parallele” tra Corte costituzionale e Comitato ONU sui diritti delle persone con disabilità*, cit., p. 548.

⁷⁵ F. SANCHINI, *I diritti delle persone con disabilità tra dimensione costituzionale, tutela multilivello e prospettive di riforma*, cit., p. 175.

⁷⁶ Corte Costituzionale, sent. 14 gennaio 2016, n. 2, *Considerato in diritto*, punto 3.1

⁷⁷ Tra i commenti alla pronuncia che ha fatto registrare opinioni per lo più critiche si vedano P. ADDIS, *La Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità e Corte Costituzionale. Osservazioni a partire dalla sentenza 2/2016*, in *Federalismi.it*, 2/2016, pp. 2 ss., R. BELLI, *Uno scivolone della Corte nega l'autodeterminazione e suona il de profundis per i disabili*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2018, pp. 2 ss., nonché S. MABELLINI, *La “declinazione sussidiaria” del principio di solidarietà...ovvero un pass-partout per il principio dell'equilibrio di bilancio*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2016, pp. 32 ss.

⁷⁸ Cfr. A. LAMBERTI, *Il diritto all'istruzione delle persone con disabilità: prospettive di tutela multilevel*, cit., p. 1177.

⁷⁹ Così D. AMOROSO, *Inutiliter data? La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza italiana*, in *SIDI Blog*, 7 febbraio 2017.

distinzione tra norme *self-executing* e non *self-executing* non determina, per ciò solo, la non configurabilità delle seconde come parametri di legittimità costituzionale⁸⁰.

4. Conclusioni.

La Corte costituzionale, pur avendo valorizzato – sul piano, per così dire, “sostanziale” – la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, mostrando non poca attenzione ai principi da essa espressi, specie sul piano interpretativo/ermeneutico, nondimeno è parsa piuttosto oscillante rispetto alla posizione della Convenzione come fonte del diritto e, correlativamente, alla sua qualificazione giuridica entro il perimetro del giudizio di legittimità costituzionale.

In particolare, la citata sentenza n. 2 del 2016 ha inteso le disposizioni della Convenzione alla stregua di meri obblighi di risultato, così depotenziandone la carica precettiva ai fini della configurabilità delle medesime quali parametri interposti di legittimità costituzionale.

Nondimeno, se pure nell’ambito dei rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario si sostiene che, “nel caso di una norma di legge interna incompatibile con le prescrizioni di una norma di una direttiva UE non *self-executing*, il giudice comune, non potendo disapplicare la prima in ragione della mancanza di efficacia diretta della seconda, è tenuto a sollevare la questione di legittimità costituzionale della norma di legge interna in ragione del parametro interposto rappresentato dalla norma comunitaria priva di effetti diretti, a maggior ragione questo ragionamento, tipicamente internazionalistico, dovrebbe valere per le disposizioni delle convenzioni internazionali”, quali – per l’appunto – quelle della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità⁸¹.

A dispetto di quanto sembrerebbe suggerire la sent. n. 2 del 2016, la Convenzione non è né superflua né insuscettibile di essere invocata, dal giudice e dalle parti, nell’ambito di un giudizio interno.

È parsa evidente, d’altronde, anche nella disamina qui compiuta, non solo l’astratta idoneità della Convenzione a fungere da parametro interposto di costituzionalità delle leggi, ma anche la sua attitudine ad incidere sul significato delle regole applicabili in tema di protezione dei disabili, sia attraverso la tecnica dell’interpretazione conforme, sia integrando – ove necessario – la disciplina italiana⁸².

⁸⁰ A. LAMBERTI, *Il diritto all’istruzione delle persone con disabilità: prospettive di tutela multilevel*, cit., p. 1178.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² D. AMOROSO, *Inutiliter data? La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza italiana*, cit., *passim*.

Sicché, si può a ragione sostenere che la Corte Costituzionale dovrebbe più decisamente proseguire “nel cammino intrapreso in altre circostanze, nelle quali, correttamente, si è avvalsa della Convenzione ONU ora come criterio interpretativo ausiliario (sent. 251/2008)”, ora – soprattutto – “come parametro interposto di legittimità costituzionale nell’individuazione di un ‘nucleo indefettibile di garanzia’ che si pone come limite alla discrezionalità del legislatore (sent. 80/2010)”, ora – ancora – “guardando alla Convenzione come ‘accordo misto’ nel quadro dell’ordinamento dell’Unione Europea (sent. 235/2012), con le conseguenze che ne derivano in termini di adattamento”: “la giurisprudenza costituzionale, in sostanza, non dovrebbe limitarsi a considerare il parametro dell’art. 117 comma 1, Cost. solo in relazione alle norme interposte della CEDU, ma dovrebbe più decisamente estendere il metodo delle sentenze gemelle nn. 348 e 349 del 2007 anche a tutti i trattati internazionali ratificati dall’Italia (in quanto fonti di ‘obblighi internazionali’ ai sensi del citato art. 117)”⁸³.

⁸³ Cfr., ancora, A. LAMBERTI, *Il diritto all’istruzione delle persone con disabilità: prospettive di tutela multilevel*, cit., pp. 1178-1179.