

INDICE ANALITICO

<i>Abstract</i> in italiano.....	5
<i>Abstract</i> in inglese.....	7
<i>Introduzione</i>	9

CAPITOLO I.

LA CRISI DELLA NORMATIVITA' TRADIZIONALE

1. <i>Premesse terminologiche, la sovranità</i>	15
1.1 <i>La sovranità popolare</i>	32
2. <i>La legge</i>	46
3. <i>La crisi della legge e le sue cause</i>	63
4. <i>L'identificazione lex/jus</i>	86
5. <i>Osservazioni conclusive</i>	96

CAPITOLO II.

DAS FRUCHTBARE BATHLOS DER ERFHARUNG

<i>Premessa</i>	99
1. <i>La vicenda della Valdastico Sud</i>	102
1.1 <i>Il fatto</i>	102
1.2 <i>I profili processuali</i>	104
1.2.a <i>La legittimazione delle associazioni ambientaliste</i>	105
1.2.b <i>La legittimazione del “Landmark Trust”</i>	116
1.2.c <i>La legittimazione del comitato intercomunale</i>	118
1.2.d <i>La tardività di alcuni ricorsi</i>	122
1.3. <i>I profili sostanziali</i>	126
1.3.a <i>Sulla V.I.A.</i>	126

<i>1.3.a.α Il difetto di motivazione del Dpcm 16 maggio 2005...</i>	128
<i>1.3.a.β Il difetto di istruttoria.....</i>	134
<i>1.3.a.γ Il travisamento dei fatti.....</i>	136
<i>1.3.a.δ La mancata menzione delle osservazioni dei privati....</i>	140
<i>1.4 Sulla localizzazione.....</i>	142
<i>1.4.1. La non raggiunta unanimità nella conferenza di servizi.....</i>	143
<i>1.4.2 La illogicità del parere regionale.....</i>	146
<i>1.5 L'originalità della motivazione.....</i>	148
<i>1.5.1 Il ruolo del giudice amministrativo.....</i>	148
<i>1.5.2 Il giudice in generale.....</i>	153
<i>1.6 La conclusione della vicenda.....</i>	158
<i>1.6.1 Le ragioni di accoglimento dell'appello.....</i>	159
<i>1.6.1.a La legittimazione delle associazioni ambientaliste, del "Landmark Trust" e del Comitato Intercomunale.....</i>	159
<i>1.6.1.b Il difetto di motivazione.....</i>	160
<i>1.6.1.c Il difetto di istruttoria.....</i>	161
<i>1.6.1.d Il travisamento dei fatti.....</i>	162
<i>1.6.1.e La mancata menzione delle osservazioni dei privati....</i>	162
<i>1.6.1.f Sulla localizzazione.....</i>	164
<i>1.7 Le considerazioni di carattere generale.....</i>	164
<i>1.7.1 Quale dev'essere la prospettiva del Giudice?.....</i>	165
<i>1.7.2 Quale dev'essere la posizione del Giudice?.....</i>	167
<i>2. La vicenda "Dal Molin".....</i>	170
<i>2.1 Il fatto.....</i>	171

<i>2.2 Il ricorso giurisdizionale nella fase precedente al merito.....</i>	174
<i>2.3 La fase di merito.....</i>	192
<i>2.3. a I soggetti.....</i>	192
<i>2.3.b Le censure.....</i>	192
<i>2.3.c La sentenza.....</i>	197
<i>3. Conclusioni.....</i>	200

CAPITOLO III.

E' POSSIBILE UNA SOLUZIONE?

<i>Premessa.....</i>	205
<i>1. I dati del ritardo infrastrutturale italiano e le sue cause.....</i>	207
<i>2. Uno sguardo all'Italia e all'estero.....</i>	215
<i>3. Osservazioni conclusive e proposte.....</i>	236

<i>CONCLUSIONI.....</i>	247
-------------------------	-----

<i>BIBLIOGRAFIA.....</i>	253
--------------------------	-----

ABSTRACT

in italiano

La presente tesi di dottorato, dal titolo “Opere pubbliche e principio democratico”, si propone, come obiettivo, quello di comprendere se, nel complesso procedimento amministrativo che porta alla decisione sulla realizzazione di un'infrastruttura e sulla sua localizzazione, sia garantito il principio democratico, introdotto nel nostro ordinamento dall'articolo 1 della Costituzione.

In particolare, il lavoro si struttura in tre capitoli, dei quali, il primo è dedicato allo strumento principe attraverso il quale si realizza (o dovrebbe realizzarsi) la volontà popolare: la legge.

Dopo alcuni cenni sui concetti di sovranità (che, a mente del citato disposto costituzionale, appartiene al popolo) e Stato (che dovrebbe essere l'apparato finalizzato a perseguire gli scopi individuati dal volere popolare) e sui loro rapporti, il capitolo evidenzia gli elementi di crisi dello strumento legislativo, il quale non appare più in grado (ammesso che mai lo sia stato) di individuare la volontà generale.

Il secondo capitolo, poi, tramite l'esame di alcuni casi concreti, vuole dimostrare come i difetti della legge, sia sotto il profilo della sua (almeno parziale) inettitudine a garantire l'attuazione del principio democratico, sia in ragione dell'oscurità e del *deficit* di precettività che, oramai, la caratterizzano, siano

destinati a riflettersi sui provvedimenti amministrativi che, di quella, danno concreta attuazione.

Si prenderanno, quindi, in esame, due vicende relative alla realizzazione di altrettante opere infrastrutturali, analizzandole in profondità, onde dar conto delle concrete difficoltà di fronte alle quali ci si trova, quando si tratti di dare applicazione delle disposizioni disciplinanti le infrastrutture.

Da ultimo, nel terzo capitolo, dopo aver cercato di dimostrare (attraverso l'analisi di dati) che i casi esaminati non costituiscono un'eccezione, ma sono piuttosto rappresentativi dei reali problemi del Paese, ci si proporrà, da un lato, di individuare le cause della carenza infrastrutturale dell'Italia e, d'altro lato, di avanzare alcune proposte che, se certamente non risolutive delle questioni poste, tuttavia possano, in qualche misura, lenire le maggiori criticità.

Anche sulla scorta di un esame dei metodi utilizzati in altri Paesi, infatti, si giungerà alla conclusione che sia quantomai opportuno ampliare quei momenti di partecipazione pubblica nel procedimento amministrativo che, se per un verso consentono di diminuire il contenzioso innanzi al giudice (con evidente risparmio di tempo e, quindi, denaro), per altro verso promettono di dare maggiore attuazione al principio democratico che non appare sufficientemente garantito dalla sola legge.

ABSTRACT

in inglese

The purpose of this thesis, titled “Public facilities and democratic principle”, is to understand whether the democratic principle (art. 1 Costituzione Italiana) is guaranteed in the administrative procedures involving the construction and localization of public infrastructures.

The work is organized into three chapters.

The first one concerns the statute law, through which people should be represented.

The chapter focuses its attention, in the first place, to the concepts of Sovereignty (which, under the Italian Constitution, belongs to the people) and State (which should pursue the aims identified in the public will) and the relation between them and, in the second place, highlights that the crisis of statute law is due to the recent inability (although there's the doubt whether it has ever been able) to identify what the public will really is.

The second part analyses some examples of real life cases in order to prove how lacks of law, which are due to the inability to implement the democratic principle and to the deficit of the law to be put into effect, have repercussions in the administrative measures which give implementation to the law itself.

This work will consider two cases in order to understand all the difficulties which arise from the enactment of the provisions regarding infrastructures.

Finally, considering that the examined cases are not an exception in Italy, the third chapter will try to find out, on one hand, all the reasons that lead to the lack of infrastructures in this Country and on the other hand, some proposals which, despite not solving the problem, can, somehow, soothe the major difficulties.

The final consideration is made to understand how, just like in other countries, it is important to expand the public attendance in the administrative procedure which, not only should reduce the court contentious (with time and money savings), but also should give implementation to the democratic principle which at the moment is not properly respected by the law itself.

INTRODUZIONE

Guardando al Diritto Costituzionale dalla privilegiata prospettiva dell'Università degli Studi di Padova, i due filoni di studio che destano il maggior interesse, tra i moltissimi che la materia, per sua natura, offre, sono rappresentati, da un lato, dal federalismo; dall'altro, dalle opere pubbliche.

Per chiarire quanto così sinteticamente affermato, con il primo termine non intendiamo solamente l'analisi meramente formale degli effetti della riforma del Titolo V della nostra Carta fondamentale, introdotta con la Legge Costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, né l'osservazione degli attuali provvedimenti governativi e legislativi che, a quanto sembra, sono destinati ad attuare quel cosiddetto federalismo fiscale tratteggiato (*recte*, imposto) dall'art. 119 Cost.

Tanto meno, ci si riferisce allo sforzo di conferire dignità scientifica ai quei moti di popolo, abilmente cavalcati da certa politica (con la p minuscola, naturalmente) che, in aperto contrasto con l'ordito costituzionale, intendono l'espressione federalismo, impropriamente, come la possibilità, per i territori più ricchi della Nazione, di trattenere i proventi fiscali lì riscossi, senza partecipare in nulla alla solidarietà economica che impone l'art. 2 della nostra Carta.

Neppure val la pena di soffermarsi, poi, sulle antistoriche (oltre che platealmente incostituzionali) pretese di taluno di riservare l'accesso ai servizi sociali o alle cariche pubbliche ai

nativi di determinate aree geografiche.

Piuttosto, l'evoluzione in senso federale del nostro Paese suscita interesse perché rappresenta un'occasione di modifica della forma di Stato in una direzione potenzialmente dirompente, ma nel solco della continuità del nostro ordinamento, ovvero quella che metta al centro del sistema il binomio potere decisionale/responsabilità (o, se si preferisca, diritto costituzionalmente garantito/dovere di solidarietà), già ampiamente delineato dal testo originario della Costituzione ma che ha trovato scarsissima attuazione nel concreto divenire delle nostre Istituzioni. Se ciò avvenisse, oltre ad un generale miglioramento nella gestione delle risorse pubbliche (che, evidentemente, in uno Stato sociale significherebbe un miglioramento dei servizi offerti e, in definitiva, della qualità della vita dei cittadini), si darebbe una ben maggiore attuazione a quel principio democratico contenuto nel primo articolo della Costituzione¹, come del resto, tra gli altri, chiaramente notato dal Bobbio²

Per tale ragione, l'originario progetto di tesi di dottorato di ricerca aveva ad oggetto l'art. 117, II comma, lett. m), Cost.,

¹ E su cui si tornerà assai più ampiamente, *infra*, nel primo capitolo.

² In *Il futuro della democrazia*, Torino, 1984, particolarmente p. 80, ove, discettando del principio autonomista di cui all'art. 5 Cost., rileva come, nelle articolazioni territoriali della Repubblica, il potere sia, non solo “più vicino”, ma anche “più visibile”.

inteso quale architrave su cui potesse poggiare il mantenimento dei più fondamentali diritti costituzionalmente garantiti, tra cui, *in primis*, quello all'uguaglianza ed alla parità di trattamento nell'accesso ai servizi sociali latamente intesi, pur in un quadro di sempre maggiore differenziazione nelle politiche regionali³.

L'inerzia del legislatore, che solo oggi sembra rimettersi in moto, nel dare attuazione al disegno di uno Stato più spiccatamente federale, che consenta agli Enti territoriali effettiva autonomia legislativa e, soprattutto, amministrativa ed impositiva, hanno reso il tema obiettivamente asfittico.

L'impatto minimo (e per lo più a totale sproposito), sulla legislazione, delle possibilità fornite dalla clausola che consente

³ La dottrina che esaminò le novità introdotte dalla riforma del titolo V della Costituzione, individuò immediatamente la clausola di salvaguardia dei livelli essenziali delle prestazioni quale mezzo per garantire l'unità giuridica dell'ordinamento. Si vedano, al riguardo, T. Groppi, dal *forum* "osservatorio sul federalismo", del sito www.federalismi.it, nel contributo dal titolo: *La garanzia dei diritti tra Stato e regioni dopo la riforma del titolo V*, ove parla della garanzia di "un nucleo di uguaglianza che consente il mantenimento di una cittadinanza nazionale" e, *ibidem*, P. De Ioanna, *L'autonomia finanziaria: una ipotesi di ricostruzione interpretativa tra diritti di cittadinanza e federalismo possibile*, in cui afferma che la clausola sottenda "un'area di valori condivisi, che investe sia le regole che i contenuti della vita democratica; [...] potremmo chiamarlo il *demos* della vita democratica".

la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni, unitamente ad una giurisprudenza costituzionale che non ha aiutato a valorizzarne le potenzialità, hanno consigliato di accantonare (solo momentaneamente, poiché, data la rilevanza del tema, esso è destinato a covare sotto la cenere dell'immobilismo del legislatore per tornare a divampare quanto se ne presenterà l'occasione) l'approfondimento della questione, per concentrarsi sull'altro tema, quello delle opere pubbliche.

Il grave ritardo infrastrutturale italiano, da più parti evidenziato di frequente⁴, produce i suoi effetti negativi in tutto il Paese. Certo, però, che a soffrire maggiormente della carenza di grandi opere sono quelle realtà sociali più dinamiche e produttive, votate alla competizione sui mercati internazionali che, come noto, sono particolarmente numerose in quella parte del Paese che, partendo dall'Emilia Romagna, arriva ai confini settentrionali, abbracciando Veneto, Friuli-Venezia Giulia e Trentino.

Padova e la sua Università, collocate idealmente al centro di quest'area, non possono dunque non essere particolarmente sensibili all'argomento.

Che, poi, il tema delle opere pubbliche rientri appieno nell'alveo del Diritto Costituzionale e non possa ridursi al più ristretto ambito di quello Amministrativo, è evidente, non appena

⁴ E su cui si tornerà ampiamente nel terzo capitolo del presente lavoro.

ci si soffermi a riflettere su quali rapporti esso abbia con la vita quotidiana dei cittadini.

La decisione sull'*an*, sul *dove*, e sul *quomodo* (né secondario appare il problema del *quando*) dell'opera, può mettere a repentaglio, da un lato, diritti ed interessi dei singoli; d'altro lato, è finalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico, inteso nel senso dello sviluppo, morale e/o materiale, dell'intera collettività.

Il potenziale conflitto tra bene comune e bene individuale, evidentemente, in uno Stato democratico non può e non deve risolversi necessariamente a vantaggio del primo e a discapito del secondo, come invece avviene (nella migliore delle ipotesi) negli ordinamenti dittatoriali o, più in generale, autoritari.

Dunque, la questione relativa alle opere pubbliche è, certamente, una di quelle ove più entra in gioco il principio democratico.

Da qui il titolo (invero assai, forse troppo, ambizioso) di questo lavoro: opere pubbliche e principio democratico.

Il compito da affrontare, obiettivamente, è da far tremar le vene e i polsi. Non solo, va da sé, per l'ampiezza del possibile oggetto dell'indagine e per le particolari insidie che esso offre, ma anche perché coinvolge concetti di cui si fa ampio uso, ma i cui confini non sono pienamente delineati.

Non sfugge a chi scrive, infatti, da un lato : “che pochi termini di uso comune appaiono così incerti quanto quello di

democrazia”⁵ e, d'altro lato, che l'individuazione dell'opera pubblica, a causa dell'inestricabile coacervo di beni ed interessi, pubblici e privati, che essa comporta, è stata efficacemente definita, da autorevole dottrina, puramente e semplicemente come un “autentico nido di vipere”⁶.

Proveremo allora ad addentrarci con coraggio in un terreno tanto insidioso, ma con tutta la prudenza del caso.

⁵ H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, in *Democrazia e cultura*, Bologna, 1979, p. 105.

⁶ F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino -tra libertà garantita e libertà attiva-*, Venezia, 1994, p. 40.

CAPITOLO I.

LA CRISI DELLA NORMATIVITA' TRADIZIONALE

1. Premesse terminologiche, la sovranità

All'inizio del percorso, appare opportuno soffermarsi sulla chiarificazione dei termini (che, evidentemente, coincide con l'individuazione dei concetti ad essi sottesi) che saranno di uso più frequente nella presente trattazione.

Ciò al dichiarato scopo, da un lato, di eliminare dubbi ed incertezze e di ridurre, per quanto possibile, ad unità il significato delle parole chiave su cui ruota tutta l'argomentazione che segue; d'altro lato, per evidenziare come tali espressioni poggino su postulati indimostrati, con la conseguenza che, venuta meno l'affidabilità degli assiomi⁷, tende a crollare l'intera impalcatura concettuale che su di essi poggia.

⁷ Non sfugge a chi scrive, pur non particolarmente perito in matematica e geometria, che postulato ed assioma sono cose ben diverse, il primo termine indicando una “proposizione che, *senza essere evidente né dimostrata*, si assume [...] come fondamento di una dimostrazione, di una teoria e sim.”, (così *Il vocabolario della lingua italiana*, Treccani, Roma 2005, p. 1313), mentre il secondo significando un “principio certo *per immediata evidenza*, indimostrabile e costituente la base per l'ulteriore ricerca”, (*idem*, p. 141). Tuttavia, qui si utilizzano tali sostantivi come sinonimi, intendendo significare, semplicemente, verità assunte ipoteticamente ma non dimostrate.

Sotto il primo profilo⁸, non appena ci si soffermi a riflettere sul principio democratico e sul suo significato⁹, ci si rende conto che, per chiarirne i contorni, non si possa non fare i conti con “altri grandi temi, intimamente collegati alla democrazia”¹⁰.

⁸ Del secondo, invece, si tratterà solo alla fine del presente capitolo.

⁹ Per il momento, prendiamo come definizione di democrazia la formula del Bobbio, per la sua natura puramente formalistica, come tale da riempire di significato e su cui si tornerà più avanti: “un insieme di regole [...] che consentono la più ampia e sicura partecipazione della maggior parte dei cittadini, sia in forma diretta, sia in forma indiretta, alle decisioni politiche; cioè alle decisioni che interessano tutta la collettività”, all'inizio del terzo capitolo di *Quale socialismo?*, Torino, 1976, p. 123.

¹⁰ Così E. Malfatti e P. Passaglia, *Il principio democratico*, p. 32, in AA.VV., a cura di J. Luther, E. Malfatti, E. Rossi, *I principi fondamentali della Costituzione italiana. Lezioni*, Pisa, 2002, ove gli autori individuano questi grandi temi nella sovranità e nella separazione dei poteri. Pur condividendo l'assunto, non si prenderà qui in esame la riflessione sul principio di separazione dei poteri (la cui individuazione, notoriamente, in Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, in particolare XI, VI, su cui, tra i tanti, L. Althusser, *Montesquieu, la politica e la storia*, Roma, 1995 e M. Barberis, *Costant e Montesquieu, o liberalismo e costituzionalismo*, in *Annales Benjamin Constant*, II, 1990, in particolare, p. 21-32) poiché, pur basandosi anch'essa sul postulato in forza del quale,

Ora, stando al, pur banale ed equivoco, significato etimologico del termine democrazia, si rileva come esso designi un'organizzazione sociale ove il potere è del popolo¹¹. Ma, considerato che, da una parte, l'organizzazione sociale la quale, storicamente, occupa il posto di primo piano è lo Stato e che, dall'altra, il potere dello Stato si chiama, in termini giuridici, sovranità, ecco che questi (sovranità e Stato, appunto) sono i primi grandi temi che saranno oggetto di attenzione¹².

sinteticamente, chi è dotato del potere tende ad abusarne e solo il potere limita il potere (“perché non si possa abusare del potere bisogna che, per la disposizione delle cose, il potere freni il potere”, *Lo spirito delle leggi*, XI, 6), non appare comportare un'incertezza sul suo significato che, al contrario, appare piuttosto condiviso.

¹¹ Che il concetto di democrazia non possa prescindere da quelli di potere (sovranità) ed assetto di governo (Stato), del resto, è contenuto per implicito in una delle sue più note definizioni moderne, quella di A. Lincoln, già Presidente degli Stati Uniti, nel *Discorso di Gettysburg*, del 19 novembre 1863, che, come noto, afferma essere la democrazia: “*the government of the people, by the people, for the people*”, ove, appunto, il popolo esercita in maniera organizzata il potere per governare la società. Che, poi, quello di popolo sia “uno dei concetti più controversi della dottrina costituzionalistica”, lo rileva anche il Romboli, nel suo *Problemi interpretativi della questione giuridica di popolo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1984, pp. 159 e ss., qui p. 158.

¹² Una ricca introduzione al problema in Galizia, *La teoria della*

Su questa linea si pone, del resto, pure il Mortati¹³, quando, spiegando il principio di sovranità popolare esordisce dicendo: “l'esatta comprensione del significato da attribuire al II comma dell'art. in esame [il primo della Costituzione, *n.d.a.*], esige una breve illustrazione del concetto di sovranità”.

Si tratterà, naturalmente, dell'attenzione che è in questa sede ragionevole, non certo volendo usurpare il ruolo dei filosofi e degli storici del diritto. In altri termini, ci si limiterà a richiamare brevemente la nascita dell'idea e gli approdi più certi cui è giunta la dottrina sul punto, senza, almeno allo stato, discuterli con la completezza e la problematizzazione che l'argomento, invece, imporrebbe¹⁴, soffermandoci poi, di più, sul

sovranità dal Medio Evo alla rivoluzione francese, Milano, 1951.

¹³ *Articolo 1*, in *Commentario della Costituzione*, AA.VV., a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1975, qui p. 21.

¹⁴ Si precisa che, oltre alla bibliografia citata nelle prossime note, l'illustrazione della nascita dei concetti di sovranità e Stato è profondamente debitrice degli scritti, sotto il profilo storico, prevalentemente di A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa-le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, 1982, tomi I e II e, per l'aspetto più prettamente filosofico, F. Gentile, *Filosofia del diritto -le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi-*, Padova, 2006, per l'approccio più descrittivo; dello stesso autore, *Intelligenza politica e ragion di Stato*, Milano, 1984, per un approccio più problematico.

Pertanto, anche ove non espressamente richiamati, ad essi (i testi su

riflesso prodotto da queste idee su quella di democrazia.

La paternità del concetto di sovranità, tradizionalmente, è attribuita a Jean Bodin¹⁵.

Egli (1530-1596), *grand commis d'Etat*, potremmo definirlo oggi, nella sua opera più famosa¹⁶, delinea nei termini

cui, in tali materie, chi scrive si è formato negli studi universitari, unitamente a *Lezioni di filosofia del diritto*, di E. Opocher, Padova, 1993), si farà sempre riferimento e, per tale ragione, alcuni passaggi del discorso potrebbero apparire apodittici, ma in realtà sottendono, appunto, il riferimento ai volumi suddetti.

¹⁵ Su cui, almeno, D. Quaglioni, per un illuminante approccio problematico, *I limiti della sovranità: il pensiero di Jean Bodin nella cultura politica e giuridica dell'età moderna*, Padova, 1992, utilmente, C. Vasoli, *Brevi riflessioni su Jean Bodin*, Milano, 2000. Ancora, L. Gambino, *I Politiques e l'idea di sovranità (1573-1593)*, Milano, 1951, V. Piano Mortari, *Il potere sovrano nella dottrina giuridica del XVIesimo secolo*, Milano, 1962 e, in un inglese piuttosto comprensibile, J.H. Franklin, *Jean Bodin and the rise of absolutist theory*, Cambridge, 1973. Vasta la letteratura in francese, lingua ignota a chi scrive. Ancora, ampi riferimenti bibliografici in V.I. Comparato, *Jean Bodin, antologia di scritti politici*, Bologna, 1981.

¹⁶ *De Republica libri sex* (1586), vista nella traduzione italiana *I sei libri dello Stato*, Torino, 1996, a cura di M. Isnardi Parente e D. Quaglioni, che redigono l'utile *Introduzione*. Contrariamente a quanto spesso si pensa, però, la produzione letteraria dell'autore è

più netti la questione più delicata ai suoi tempi.

In un mondo in cui si andavano affermando i grandi Stati nazionali (ed in ispecie, la Francia), nel superamento del particolarismo giuridico e della frammentazione istituzionale in piccoli Comuni e Staterelli¹⁷, il Bodin affronta il tema della legittimazione della Francia innanzi al potere del papato e dell'Impero, scolpendo a chiare lettere che “Sovrano è colui che nulla riceve dagli altri e non dipende che dalla sua spada”¹⁸.

E' pur vero che taluno¹⁹ rinviene l'origine del concetto di sovranità già in Marsilio da Padova²⁰ (1275-1343?) che, nel suo

piuttosto ampia. Egli, infatti, scrisse una pluralità di saggi. Ai nostri fini, comunque, è parsa sufficiente una lettura, peraltro parziale, della sua opera più nota.

¹⁷ Un affresco in P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 1997, e A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa*, I, Milano, 2005, in particolare pp. 193 e ss.

¹⁸ Così nel *De Republica libri sex*, I, 8.

¹⁹ F. Gentile, in particolare in *Filosofia del diritto -le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi-*, Padova, 2006, e, lì, alle pp. 23 e ss., a cura di A. Berardi.

²⁰ Su di lui si potranno vedere C. Pincin, *Marsilio*, Torino, 1977, C. Dolcini, *Introduzione a Marsilio da Padova*, Roma-Bari, 1995 e lo stesso F. Gentile, vero appassionato del concittadino, in *Marsilio e l'origine dell'ideologia*, in *Medioevo. Rivista di storia della filosofia medievale*, 5, 1979, pp. 293-301. Né secondario fu l'apporto del Machiavelli (su cui si potrà consultare, almeno AA.

*Defensor pacis*²¹ del 1324, aveva precorso i tempi, individuando il fondamento degli ordinamenti nella volontà e nel riconoscimento della propria individualità, il “numericamente uno” che Marsilio attribuisce ad ogni comunità che reputi se stessa come tale e come tale sia reputata dagli altri²².

Tuttavia, non può sfuggire come, nella rammentata definizione bodiniana, siano già espressamente contenuti entrambi gli aspetti del concetto di sovranità, quello, che si suol chiamare “negativo” e quello detto “positivo”²³.

VV., *Introduzione a Machiavelli*, Roma, 2003), il quale, tuttavia, obiettivamente difetta di quella sistematicità che, invece, è propria degli autori di cui stiamo trattando.

²¹ “il cui titolo è di un'attualità sconcertante”, notava F. Gentile in *Intelligenza politica e ragion di Stato*, Milano, 1984, p. 101. Oggi, forse, lo è ancor di più.

²² “La città o Stato non è una per qualche sua forma naturale [...]. Roma, Magonza e le altre comunità sono infatti uno Stato o impero numericamente uno, solo perché ciascuna di esse è ordinata per la sua volontà a un governo supremo numericamente uno [...]. Gli uomini di una città o provincia sono chiamati una città o Stato perché vogliono un governo numericamente uno”, *Defensor pacis*, I, XVII, 11.

²³ Su questa distinzione, si veda, oltre a C. Mortati, *Articolo 1*, in *Commentario della Costituzione*, AA.VV., a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1975, p. 21, E. Crosa, *Miti e realtà costituzionali: sovranità del popolo, sovranità dello Stato*, in *Studi De Francesco*,

Il primo (“Il Sovrano non dipende che dalla sua spada”) consiste nell'affermare, appunto, l'assoluta indipendenza del Sovrano, *superiorem non recognoscens*. Egli impera perché la sua spada glielo consente, unico limite alla sua Sovranità.

L'altro (“Sovrano è colui che nulla riceve dagli altri”) chiarisce l'originarietà del potere del Sovrano che non viene legittimato dal potere altrui (quello imperiale o papale), ma trova in sé la propria (auto-) giustificazione.

Nella sistematizzazione del concetto, poi, Bodin intenderà la sovranità quale potere indivisibile, inalienabile, incomunicabile e perpetuo, non limitato o condizionato da altre autorità o poteri, appunto, e prerogativa esclusiva dello Stato²⁴.

Essa costituisce, dunque, il principio giuridico che giustifica la centralizzazione monopolistica del potere statale, l'unicità delle fonti del diritto²⁵, l'autonomia della sfera pubblica rispetto a quella privata e l'indipendenza della sfera politica da quella religiosa.

Conseguentemente, la preesistenza allo Stato di una comunità nazionale o di una società civile è radicalmente esclusa, in quanto incompatibile con la dottrina della sovranità:

II, Milano, 1957, p. 307. Alla distinzione del concetto accenna anche V. Crisafulli, *Stato, popolo e governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985, p. 103.

²⁴ Aspetto che molto ci interesserà *infra*, sub 1.2.

²⁵ Ma su questo tema torneremo alla fine del presente capitolo.

solo un Sovrano comune istituisce una comunità politica²⁶. La cittadinanza, infatti, si definisce come soggezione a un potere sovrano: cittadino è un "suddito libero che dipende dalla sovranità altrui"²⁷, mentre la comunanza di consuetudini, di leggi, di lingua, di religione, di radici territoriali, di interessi, non fa di un uomo un cittadino e di un gruppo una comunità statale; reciprocamente, i sudditi possono essere "diversi per lingua, legge, religione, consuetudine, origine"²⁸. Il vincolo politico è autonomo e superiore a ogni altro legame.

Insomma, nell'opera del francese abbiamo già, almeno in nuce, tutti gli elementi necessari a predicare la sovranità. Ciò che, però, non è ancora adeguatamente approfondito, ovvero l'idea di Stato e, soprattutto, la sua giustificazione (e, quindi, in definitiva, la giustificazione della concentrazione della sovranità nelle sue mani), verrà illustrato, con monolitica teorizzazione, dal celeberrimo Thomas Hobbes²⁹. Né si pensi che sia *dèmodè*

²⁶ In questo, in effetti, Bodin sembra riecheggiare Marsilio, come *supra* rammentato.

²⁷ Ancora nel *De Republica libri sex*, V, 3. Qui, per vero, sembra già di sentire Hobbes, di cui ci occuperemo, invece, poco più avanti.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Anche qui non manca chi (ad esempio, A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa-le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, 1982, tomo I, p. 326 e ss.) individua altri come padri della concezione di Stato tradizionalmente attribuita ad Hobbes. Questi, in particolare, sarebbe il Grozio che, nel suo *De jure belli ac pacis*

occuparsi del grande empirista inglese. Non sfuggirà che “Hobbes, infatti, è tornato di moda tra i teorici del diritto e dello stato del nostro tempo”³⁰.

Egli³¹ (1588-1679), potremmo sintetizzare, in particolare

del 1625, non solo compì quella, arcinota, prima “laicizzazione del diritto”, consistente nella ricostruzione sistematica “come se Dio non ci fosse” (“*Etsi daremus Deum non esse*”), ma anche utilizzò per primo quelle premesse ipotetiche (lo stato di natura, ed il contratto sociale) alla base di tutte le teorie cosiddette (neo) giusnaturalistiche. Tuttavia è lo stesso Cavanna ad avvertire che queste idee “in Grozio appaiono ancora per molti aspetti imprecise e prive di reale portata pratica” (*ibidem*, p. 328) e che esse verranno portate a compimento dai pensatori successivi, ed in particolare, appunto, da Hobbes. Della stessa opinione G. Del Vecchio, *Grozio e la fondazione del diritto internazionale*, in *Contributi alla storia del pensiero giuridico e filosofico*, Milano, 1963.

³⁰ Così, testualmente, E. Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova, 1993, p. 112.

³¹ La dottrina è veramente sterminata. Si vedano, almeno, introduttivamente, H. Warrend, *Il pensiero politico di Hobbes*, Bari, 1974, A. Pacchi, *Convenzioni e ipotesi nella formazione della filosofia naturale di Thomas Hobbes*, Firenze, 1965, R. Tuck, *Hobbes*, Bologna, 2001 e, tra i più recenti, D. Fisichella, *Alla ricerca della sovranità. Sicurezza e libertà in Thomas Hobbes*, Roma, 2008. Impegnativo, N. Bobbio, *Thomas Hobbes*, Torino,

nella sua opera cardinale³², individua l'origine dello Stato in un patto sociale tra gli individui.

Anteriormente alla nascita di una società civile, gli uomini vivono in uno stato di natura, dominato dall'egoismo, dalla malvagità e dal predominio del più forte. L'uomo si crede libero, ma in realtà è mosso esclusivamente dalle proprie passioni ed aspira a godere di tutto ciò che gli può assicurare benessere e soddisfazione.

Dal diritto di tutti su tutto, deriva necessariamente l'eterna lotta di tutti contro tutti (*bellum omnium contra omnes*).

Da qui emerge la concezione antropologica hobbesiana³³, notoriamente pessimistica, per cui l'uomo non è l'animale politico definito da Aristotele ma altro animale, il lupo (*homo homini lupus*³⁴)

Che poi il lupo, vivendo per lo più in branco, sia un animale, appunto, sociale, nulla centra, evidentemente, con l'immagine dell'autore britannico che, invece, vuole evidenziarne la naturale spietatezza nel perseguimento dei propri interessi.

1989.

³² Ci si riferisce, ovviamente, al *Leviatano*, del 1651, dunque, pur non di molto, successivo al *De jure belli ac pacis* di Grozio.

³³ Interessante, al riguardo, F. Izzo, *Forme della modernità. Antropologia, politica e teologia in Thomas Hobbes*, Bari, 2005.

³⁴ L'espressione è usata, come ognuno sa, da Hobbes, ma non è sua. La si rinviene, già, in Plauto, *Asinaria*, verso 495.

La lotta continua, però, genera insicurezza³⁵ in capo a tutti gli individui (anche ai più forti), che, dunque, indotti da considerazioni puramente utilitaristiche ed allo scopo di garantire la propria conservazione, scelgono di privarsi dei propri diritti e delle proprie libertà naturali per trasferirli con un patto (contratto sociale) ad un sovrano (individuo singolo o assemblea³⁶) e dare vita allo Stato, dunque sostanzialmente

³⁵ Ci si vuole qui richiamare alla lezione introduttiva ad Hobbes, tenuta da F. Gentile, nel corso dell'anno accademico 1997/98, nell'aula Ederle della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Padova, palazzo del Bo, anno in cui chi scrive sedeva tra quei banchi. Indimenticabile la lettura, condotta con consumate capacità d'attore, del passo autobiografico di Hobbes ove egli stesso racconta di aver convissuto nel ventre materno con una sorella gemella di nome Paura, poiché, proprio nel 1588, l'Inghilterra veniva assediata dalla *Invencible armada* spagnola che, a dispetto del nome, venne vinta.

Da qui, la paura come *leit Motiv* dell'opera hobbesiana che fonda lo Stato, proprio come mezzo di superamento di quel sentimento, connaturato all'uomo ed in particolare all'Autore.

³⁶ Anche se Hobbes preferirà la figura unica del Sovrano, assumendo il connesso rischio della tirannide come preferibile rispetto a quello della lotta civile, esito possibile quando a governare sia un'assemblea. Comunque, come sempre rigorosissimo, egli dà atto che la sua teoria sia indifferentemente utilizzabile tanto nel caso di signoria di uno solo, quanto nell'ipotesi di potere assembleare.

istituito *ne cives ad arma veniant*.

Il contenuto di tale patto è “redatto” dallo stesso Hobbes nei termini che seguono: “Io autorizzo e cedo il mio diritto di governare me stesso a quest'uomo o a questa assemblea di uomini, a questa condizione, che tu gli ceda il tuo diritto, e autorizzi tutte le sue azioni in maniera simile. Fatto ciò, la moltitudine così unita in una persona viene chiamata uno Stato (*civitas*)³⁷”.

In virtù di tale patto, gli uomini passano da un precario stato di natura ad un pacifico Stato civile, in cui non vi è più l'illimitata libertà di tutti nei confronti di tutto ed una sostanziale uguaglianza ma, per converso, viene garantita a ciascun individuo la sicurezza e la sopravvivenza.

E' evidente come il contratto non venga stipulato tra i consociati ed il Sovrano che, invece, ne rimane escluso. La conseguenza di questo “contratto a favore di terzo” è che il monarca (o l'assemblea detentrica del potere) non ne viene vincolato, restando, dunque, in quello stato di natura dal quale gli associati sono usciti, passando, grazie al patto, allo Stato civile. Dunque, egli continuerà ad aver diritto a “tutto nei confronti di tutti”.

³⁷ Così il *Leviatano*, XVII, 8, che prosegue, quasi deificando lo Stato: “Questa è la generazione di quel grande Leviatano o piuttosto - per parlare con più riverenza - di quel Dio mortale, al quale noi dobbiamo, sotto il Dio immortale, la nostra pace e la nostra difesa”.

Naturalmente, e per ciò, è il Sovrano l'unico a poter garantire l'effettività dell'accordo, destinato altrimenti a rimanere mero *flatus vocis*, e ciò fa con il mezzo della pubblica spada detenuta nelle sue mani³⁸: “l'opinione che qualunque monarca riceva il suo potere per mezzo di un patto, vale a dire a condizione, procede dal non intendere questa semplice verità, che i patti, essendo solo parole ed emissione di fiato, non hanno alcuna forza per obbligare, contenere, costringere o proteggere qualcuno se non quella che si ha dalla pubblica spada, cioè dalle mani non legate di quell'uomo o assemblea di uomini che ha la sovranità”³⁹.

I poteri sono interamente ceduti al sovrano. Le scelte della volontà di quest'ultimo si pongono come unico fondamento del giusto e dell'ingiusto.

Unica eccezione (che, però, incrina la solidità dello straordinario edificio eretto da Hobbes) è quella della condanna a morte del suddito.

Essa è giusta, poiché adottata dal Sovrano (tanto che l'autore la configura come un suicidio: decisione che scaturisce dal contratto sociale cui il singolo è addivenuto

³⁸ Ancora F. Gentile, *Filosofia del diritto -le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi-*, Padova, 2006, p. 46, coglie come l'immagine della spada, la medesima usata dal Bodin, come abbiamo visto, segni la netta continuità tra i due pensatori.

³⁹ *Leviatano*, XVIII.

volontariamente), tuttavia fa venir meno la ragione prima per cui il suddito stipulò il patto: il mantenimento della propria sicurezza ed integrità fisica. Dunque, conclude il filosofo, in tal caso il condannato potrà, in attuazione del suo diritto di resistenza⁴⁰, cercare di sottrarsi all'esecuzione della sentenza capitale, così sottraendosi al contratto sociale.

Per contro, il Sovrano potrà, in ogni modo, cercare di portare ad esecuzione il proprio *dictum*: i due soggetti tornano allo stato di natura ove, come da postulato, è destinato a vincere il più forte.

Dunque, come abbiamo visto e come apertamente dichiarato da tutta la migliore dottrina, Hobbes, in continuità col pensiero di Bodin che, per primo, definì la sovranità, diede le più solide basi filosofiche alla teoria dell'Assolutismo.

Di conseguenza, ci si potrà chiedere, che senso hanno le brevi osservazioni che siamo andati sinora conducendo, se il

⁴⁰ Tema assai affascinante, come noto codificato nella *Grundgesetz* ma ammesso, entro certi termini (su cui *infra*) anche nel nostro ordinamento. L'argomento, come si vede, trova i suoi nobili natali nel pensiero dell'empirista inglese e verrà svolto, ancora più compiutamente, da John Locke (*Two Treatises of Government*, 1690), il quale, facendo rientrare il diritto all'intangibilità fisica nella proprietà, teorizzerà la possibilità del diritto alla resistenza anche nell'ipotesi in cui il suddito venga (interamente) espropriato dei suoi averi (al riguardo, M. Seliger, *The liberal politics of John Locke*, Londra, 1968).

nostro scopo è quello di chiarire il primo dei due termini che danno il titolo a questa tesi, ovvero il principio democratico e, ancor prima, la democrazia?

La risposta è, a sua volta, problematica. Infatti, se intendiamo per democrazia l'appartenenza della sovranità (che abbiamo visto caratterizzata come indivisibile, inalienabile, incomunicabile e perpetua, non limitata o condizionata da altre autorità o poteri) al popolo, dobbiamo chiederci come sia possibile trasferirla dal soggetto cui, per definizione, essa spetta, ovvero lo Stato, al nuovo titolare del potere, cioè il popolo.

Su questo problema si sono affannati, soprattutto a ridosso dell'entrata in vigore della nostra Carta costituzionale, tutti coloro i quali si sono misurati col disposto dell'articolo 1 della Costituzione, in particolare nel suo secondo comma.

Anche a tal riguardo, la dottrina è assai vasta⁴¹ ed affronta

⁴¹ Qui si citano: AA.VV. a cura di L. Carlassare, *La sovranità popolare nel pensiero di Carlo Esposito, Vezio Crisafulli e Livio Paladin*, Padova, 2004, integralmente ma, in particolare, F. Sorrentino, *Brevi riflessioni su sovranità popolare e pubblica amministrazione*, pp. 219 e ss., il poderoso F. Modugno, *La dicotomia "Stato ordinamento"- "Stato soggetto" nel pensiero dei tre maestri*, pp. 17 e ss., sempre un riferimento per stile e chiarezza è poi G.U. Rescigno (di cui è utile anche *Democrazia e principio maggioritario*, in *Quaderni costituzionali*, 1994, II, pp. 187 e ss.), *Sovranità del popolo e fonti del diritto nel pensiero di Carlo Esposito, Vezio Crisafulli, Livio Paladin*, pp. 129 e ss., ancora,

argomenti, forse, in parte superati⁴², ma ad essa ci riferiremo per continuare nel nostro percorso chiarificatore e per comprendere in che senso si sia attuato il principio democratico inteso come attribuzione della sovranità al popolo.

piacevole, A. D'Atena, *La produzione normativa tra rappresentanza e consenso nella riflessione di Esposito, Crisafulli e Paladin*, pp. 157 e ss. Si vedano, poi, R. Alessi, *L'affermazione costituzionale della sovranità popolare e i suoi riflessi amministrativistici*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1959, I, pp. 49 e ss., assai utilmente utilizzato anche per le riflessioni contenute nel terzo capitolo del presente scritto, G. Amato, *La sovranità popolare nell'ordinamento italiano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1962, I, pp. 74 e ss. Imperdibile è V. Crisafulli, dal significativo titolo (e sottotitolo) *Stato, popolo e governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985, antologia di scritti risalenti, ripubblicati in quell'anno (forse a riprova della loro perdurante attualità), oltre alle sue preclare *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1970. Ancora, di A. D'Atena, pur difficile da reperire, val la pena di vedere *Il principio democratico nel sistema dei principi costituzionali*, in *Bollettino di informazioni parlamentari e costituzionali*, 1995, pp. 131 e ss., oltre alle *Lezioni di diritto costituzionale*, Torino, 2001. Sempre utili, C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1975 e, ovviamente per chi scrive, che su quel testo si è formato all'università, L. Paladin, *Diritto costituzionale*, Padova, 1998. Ancora, particolarmente

1.1 La sovranità popolare

Nell'affrontare il tema, abbiamo preso le mosse dai più noti commentari alla Costituzione, rileggendo le riflessioni condotte sull'art. 1⁴³.

Questi, dopo più o meno approfondite analisi circa gli

sensibile al problema, A. Pizzorusso, *Istituzioni di diritto pubblico*, Napoli, 1997. Poi, L. Elia, E. Busia, *Stato democratico*, in *Digesto pubblico*, XV, Torino, 1994, pp. 56 e ss., H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, Bologna, 1979, C. Lavagna, *Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella Costituzione italiana*, (trattasi di un'opera del 1953, ripubblicata alle pp. 739 e ss. di *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, 1984 e lì vista da chi scrive).

Quanto precede si è ritenuto sufficiente, ma, per una nota bibliografica più ampia, si veda M. Olivetti, *Art. 1*, in AA. VV., a cura di R. Bifulco, A. Celotto e lo stesso M. Olivetti, *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006.

⁴² In questo senso M. Cartabia, *The Legacy of Sovereignty in the Italian Constitutional debate*, in AA.VV., *Sovereignty in transition*, a cura di J. Wacker, Portland, 2003, in particolare pp. 311 e ss.

⁴³ Oltre a quanto già citato in nota poco sopra, qui vanno necessariamente menzionati R. Bin, *Art. 1*, in *Commentario Crisafulli-Paladin*, Padova, 1990, C. Esposito, *Commento all'articolo 1 della Costituzione*, scritto (assai tempestivo) del 1948, visto all'interno di *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954,

antecedenti storici (in particolare statutari⁴⁴), si soffermano sul valore, ricognitivo o meno⁴⁵, della proclamazione della natura repubblicana dello Stato italiano e sulla continuità di quest'ultimo rispetto a quello prerепubblicano⁴⁶.

Affrontati questi argomenti, diremo preliminari,

pp. 1 e ss., cui tutti i successivi autori faranno riferimento, C. Mortati, *Art. 1*, in, AA. VV., a cura di G. Branca, *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975.

⁴⁴ Per tutti, il già citato M. Olivetti, *Art. 1*, in AA. VV., a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006.

⁴⁵ La questione è posta per primo dall'Esposito, *Commento all'articolo 1 della Costituzione*, all'interno di *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, p. 2. Tutti, poi, ne seguiranno le tracce, quanto ad impostazione del problema.

Dibattito analogo aveva riguardato l'identico disposto della Costituzione austriaca del 1920 che, anch'essa all'articolo 1, affermava “*Oesterreich ist eine demokratische Republik*”. Lì, naturalmente, il commento più autorevole fu dato dal Kelsen (*Die Bundesverfassung vom 1.10.1920*, Vienna, 1922) che, come è lecito attendersi, svaluta il significato precettivo della disposizione, sostenendo che la natura democratica si sarebbe potuta, al più, ricavare dalle disposizioni organizzative (e, va da sé, in particolare da quelle riguardanti le norme sulla produzione...). Posizione assimilabile nel dibattito italiano fu quella di A. Levi in *Commentario Calamandrei-Levi*, I, Firenze, 1950, in particolare

spendendovi non troppe parole, gli autori si soffermano poi sull'aggettivo “democratica”, cuore della norma costituzionale al suo primo comma⁴⁷, individuato, infatti, come il vero e proprio “fulcro”⁴⁸ della disposizione, chiedendosi se democrazia e sovranità popolare siano concetti coincidenti⁴⁹, o, invece, se la sovranità popolare altro non significhi che spettanza al popolo

alle pp. 8 e 18.

⁴⁶ Tutti concorderanno (salvo una, problematica ed isolata, ma autorevole, posizione, quella dell'Esposito, ancora *Commento all'articolo 1 della Costituzione*, all'interno di *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, p. 5, ma accenni anche in Crisafulli) nell'individuare il valore ricognitivo ed intangibile della formula repubblicana, da un lato, e nel dichiarare, dall'altro, la continuità istituzionale tra Regno d'Italia e Repubblica italiana (tombale il Crisafulli, *La continuità dello Stato*, prolusione al corso di Diritto pubblico generale, anno accademico 1963/64, pubblicata poi in *Rivista di diritto internazionale*, 1964, pp. 133 e ss.).

⁴⁷ Quantomeno perché qui non si parlerà del principio lavorista (sul quale, invece, allora il dibattito fu ampio), poiché porterebbe troppo lontano, rispetto alla strada che stiamo seguendo.

⁴⁸ Così si esprime M. Olivetti, in *Art. 1*, in AA. VV., a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 12.

⁴⁹ In tal senso, ad esempio, A. Levi, *La repubblica democratica ed il suo fondamento sociale*, in *Commentario Calamandrei-Levi*, I, Firenze, 1950, in particolare alla p. 9.

dell'originario potere costituente, poi trasfuso nell'organizzazione statale. L'attenzione, insomma, si è già spostata sul secondo comma del primo articolo della nostra Carta fondamentale, ovvero, ancora una volta, sul tema della sovranità.

Un'importante corrente dottrinale andò sminuendo l'effettiva portata del disposto in esame, scindendo i soggetti depositari della sovranità in popolo, da un lato, e Stato, dall'altro⁵⁰. Ciò, sul presupposto che (riprendendo quanto accennato parlando del Bodin) fosse inconcepibile (nel senso stretto di non configurabile concettualmente) che la sovranità appartenesse ad altri che allo Stato⁵¹. In questo solco vanno inseriti anche coloro i quali⁵², assai autorevolmente, si sforzavano di scindere titolarità ed esercizio della sovranità, la prima appartenendo al popolo, il secondo allo Stato.

Ancora, taluno, “rispolverando” il concetto di sovranità

⁵⁰ In questo senso, autorevolmente, il Balladore Palieri nel fondamentale *Diritto costituzionale*, Milano, 1977, in ispecie a partire da pagina 76.

⁵¹ Del resto, in questa direzione si era pronunciata l'autorevole dottrina di matrice germanica del secolo XIX, con il suo riferimento ai diritti soggettivi pubblici, e quella italiana della prima metà del secolo XX.

⁵² Per tutti, C. Mortati alle pp. 151 e ss. delle sue già citate *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1975.

nazionale⁵³, sottolineò come il popolo⁵⁴, titolare della sovranità, altro non potesse che procedere all'elezione del Parlamento, il quale è chiamato, più che al perseguimento della volontà popolare, all'individuazione del bene comune della Nazione.

Tale teorizzazione prendeva le mosse dai principi contenuti nelle carte costituzionali francesi che affermavano: “la Nazione, dalla quale provengono tutti i poteri, non può esercitarli se non per delega. La Costituzione francese è rappresentativa”⁵⁵, e, poi,⁵⁶ “la sovranità risiede nella universalità dei cittadini francesi”; “tutti poteri pubblici, qualunque essi siano, emanano dal popolo”⁵⁷, dunque “il popolo francese delega il potere legislativo ad un'Assemblea unica”⁵⁸. Tali affermazioni avevano quale obiettivo quello di individuare il Parlamento quale organo detentore della sovranità.

Benissimo lo chiarisce il Mortati⁵⁹, ove spiega che la

⁵³ La più completa teorizzazione si ritrova in Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, II, Parigi, 1922, qui citato “*de relato*”, non conoscendo la lingua francese, né avendo rinvenuto traduzioni italiane dell'opera.

⁵⁴ Inteso come da sé solo incapace di individuare il bene comune.

⁵⁵ Si tratta dell'art. 2 della Costituzione rivoluzionaria del 3 settembre 1791.

⁵⁶ Questa è la Costituzione della Repubblica del 1848, art. 1.

⁵⁷ *Ibidem*, art. 18.

⁵⁸ *Ibidem*, art. 21.

⁵⁹ *Art. 1*, in *Commentario della Costituzione*, AA. VV., a cura di G.

nazione vada “intesa come entità collettiva in sé unificata, costituente un *prius*, che trova lo strumento per la sua azione nell'organizzazione dello Stato [...]. Il carattere indivisibile proprio della sovranità nazionale importa che nessun organo possa considerarsene titolare [...]. Ma poiché la nazione non è suscettibile di esprimere direttamente la propria volontà, la funzione di manifestarla compete ai suoi rappresentanti”; dunque, conclude l'illustre autore⁶⁰, “il dogma della sovranità nazionale si presenta per quello che effettivamente è: solo uno schermo che celava il concentrazione della potestà suprema nell'organo legato agli elettori solo nel momento della scelta dei titolari, ed in realtà esponente esclusivo dell'ideologia della classe dominante”.

Né si pensi che tali impostazioni siano state superate da molto. Per rendersi conto del contrario, basterà soffermarsi un momento sull'art. 3 della Costituzione francese della III repubblica (in vigore fino al 1946), il quale proclama sì che “la sovranità nazionale appartiene al popolo francese”, ma continua, poi, dicendo che “il popolo la esercita, in materia costituzionale, attraverso il voto dei suoi rappresentanti e il *referendum*. In tutti gli altri campi la esercita attraverso i suoi deputati all'Assemblea nazionale”. Ma su questo si tornerà in seguito.

E' tuttavia evidente, però, che tali teorie si scontrano col

Branca, Bologna-Roma, 1975, qui p. 25.

⁶⁰ *Idem, ibidem.*

dato letterale del disposto dell'articolo 1 della Costituzione. Il problema fu, infatti, affrontato per il tramite di un'analisi della versione definitiva del testo costituzionale, comparata con quella inizialmente proposta, in forza della quale la sovranità *emana*[-va] dal popolo⁶¹.

Dunque, si propose di “aggirare” il problema, sulla scorta della distinzione (che si andava affermando proprio in quel momento storico, nella dottrina, non solo italiana) tra Stato-ordinamento e Stato-apparato, affidando a quest'ultimo quella “fetta” di sovranità, consistente nell'uso legittimo della forza armata⁶². In questo filone è principalmente il Lavagna⁶³ che definisce lo Stato, inteso in questo senso, di detentore della

⁶¹ Questa la versione approvata nella Commissione dei 75, secondo le illustri indicazioni del Tosato. Poi, in Assemblea, prevalse la formula a tutti nota, recependo la posizione del Lucifero, il quale sosteneva che “dire che la sovranità [...] emana dal popolo [...] dà la sensazione, che può essere domani interpretazione giuridica, che il popolo, con l'atto con cui ha eletto coloro che eserciteranno la sovranità in suo nome, si spoglia di questa sovranità, investendone i suoi delegati”, così nella seduta del 17 marzo 1947, *Atti Costituyente*, I, p. 472. Che differenza di stile e profondità rispetto agli odierni dibattiti parlamentari...

⁶² Bodin ed Hobbes restano sempre presenti.

⁶³ *Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella Costituzione italiana*, Milano, 1984.

spada, “supremo”⁶⁴.

La parola definitiva⁶⁵ è detta, con chiarezza solare, dal Crisafulli di cui seguirà un ampio brano⁶⁶, significativo, pare, non solo per la soluzione del problema, ma anche per il modo di affrontarlo, con il richiamo alla “vischiosità” dei concetti che, anche oggi, produce gravi danni e, tra l'altro, con capacità di sintesi nel ricordare gli ordinamenti dottrinali precedenti all'entrata in vigore della Costituzione.

Sostiene li⁶⁷ l'autore che “nel complesso [...] e salvo pochissime eccezioni, non sembra che la dottrina più recente abbia compiuto un serio sforzo per adeguarsi ai principi nuovi enunciati dalla Costituzione [...]. Anzi, si ha talora l'impressione che certe affermazioni del testo costituzionale, a cominciare proprio da quella dell'articolo 1 relativa alla sovranità popolare, siano apprese come scomode disturbatrici di una *routine* dottrinale, che tende in genere a proseguire sul binario tracciato dalla giuspubblicistica italiana anteriore [alla Costituzione, *n.d.a.*] e, prima ancora, dalla grande scuola germanica del secolo XIX. Avviene così che al principio della seconda parte dell'art. 1

⁶⁴ *Ibidem*, p. 809.

⁶⁵ Si intende qui dire che, nella dottrina successiva, la posizione del Crisafulli risulterà quella di gran lunga prevalente.

⁶⁶ Tratto dal già citato *Stato, popolo e governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985.

⁶⁷ P. 94.

[...] ci si ostini spesso a contrapporre tranquillamente il "dogma"⁶⁸della esclusiva sovranità dello Stato, al quale viene data la preferenza, sbarazzandosi con espedienti vari della disposizione dell'art. 1, per la semplicistica ragione che essa non rientra negli schemi tradizionalmente derivati dal "dogma" della esclusiva sovranità dello Stato⁶⁹. All'ingrosso, il ragionamento comune è molto curioso: sovrano è solo lo Stato, perché così risulta non già -si badi- da un qualsiasi testo di diritto vigente, ma... dalla dottrina (anteriore); se, dunque, la Costituzione sembra dire il contrario o almeno cosa diversa, è la Costituzione che ha torto, perché non sta alle regole (ai "dogmi") della dottrina, e tanto peggio per la Costituzione!".

Sennonché, è lo stesso concetto di popolo⁷⁰ a suscitare

⁶⁸ Qui, e di seguito, virgolettato nell'originale.

⁶⁹ Verrebbe da ritenere di trovarsi di fronte ad una delle tante applicazioni del modo di ragionare di Don Ferrante che, come noto, applicando (malamente, si intende) le categorie logico-deduttive di matrice aristotelica, stabilisce che la peste, non essendo ente né accidente, non esiste, è ciò è indiscutibilmente dimostrato. L'ironia manzoniana non si arresta qui (alla indiscutibile dimostrazione dell'inesistenza di ciò che invece, indiscutibilmente, esiste), ma prosegue, dandone l'estrema riprova: come si sa, il povero Don Ferrante morirà proprio di (inesistente) peste. Di seguito, il Crisafulli "rincarà la dose".

⁷⁰ Come già *supra* anticipato e confermato da G. Amato, *La sovranità popolare nell'ordinamento italiano*, in *Rivista trimestrale di diritto*

un'ulteriore serie di equivoci. Esso è solitamente definito come la totalità dei cittadini viventi⁷¹, ma, ad ogni modo, da un lato, manca nel testo costituzionale una definizione di popolo⁷², d'altro lato, esso esercita la propria sovranità in diverse forme.

Sotto il primo profilo, la migliore dottrina ha diversamente qualificato il popolo come persona giuridica⁷³, ovvero, più condivisibilmente, “figura giuridica soggettiva”⁷⁴, intesa come sostantivo in relazione al quale sono costituzionalmente predicabili diritti e doveri, pur sprovvista di personalità⁷⁵.

pubblico, 1962, I, pp. 74 e ss., ed, in particolare, p. 93.

⁷¹ E' sufficiente vedere, dell'Amorth, *La Costituzione italiana. Commento sistematico*, Milano, 1948, p. 35.

⁷² Cosa che potrebbe indurre a ritenere che esso non sia dotato di alcuna soggettività ma costituisca unicamente un organo dello Stato. Questa posizione fu completamente ribaltata dal Crisafulli che, nell'opera da ultimo citata, chiarirà come sia, al contrario, lo Stato, inteso quale apparato, a rappresentare un organo attraverso il quale il popolo esercita la sovranità ad esso attribuita dalla Costituzione.

⁷³ Così, a quanto consta, solo il Tosato, *Sovranità del popolo e sovranità dello Stato*, in *Studi De Francesco*, Milano, 1957, pp. 3 e ss.

⁷⁴ Così ancora il Crisafulli, sempre in *Stato, popolo e governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985, qui p. 120.

⁷⁵ L'aspetto negativo è sottolineato ancora dall'Amato a p. 91 del suo

Sotto il secondo, invece, si assiste alla tendenza di identificare il popolo con il corpo elettorale, “unico strumento per l'espressione di una volontà popolare unitaria”⁷⁶.

E', tuttavia, evidente, come tale nozione sia solo parziale e, per ciò stesso, insoddisfacente. Infatti, non sfugge l'esclusione dei cittadini minorenni⁷⁷, per la cui inclusione nel popolo è stato necessario fare riferimento alle diverse modalità di partecipazione dei consociati, e cioè quella associativa in generale e di partiti e sindacati, in particolare, dove anche i minorenni possono concorrere a dettare l'indirizzo politico generale del Paese.

Seguendo ancora principalmente la ricostruzione del Crisafulli (che, come detto, si affermerà come dominante nella dottrina successiva), cercheremo ora, brevemente, di evidenziare quali siano i modi con i quali il popolo esercita la sua sovranità e, ancor prima, quali debbano essere le “precondizioni” che consentano tale esercizio.

In prima battuta, superata la prospettiva dell'unanimità,

La sovranità popolare nell'ordinamento italiano, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1962, I, pp. 74 e ss.

⁷⁶ Ancora M. Olivetti, in *Articolo 1*, in *Commentario alla Costituzione*, AA. VV., a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, p. 15.

⁷⁷ Nonché, ma questa appare più facilmente accettabile, dei maggiorenni privi dei diritti politici.

inapplicabile anche alle più piccole realtà, la regola⁷⁸ attraverso cui si esercita la sovranità, ovvero vengono adottate le “decisioni politiche; cioè le decisioni che interessano tutta la collettività”, per citare nuovamente il Bobbio⁷⁹, è, indiscutibilmente, quella della maggioranza⁸⁰.

Ora, però, il tratto caratterizzante le moderne democrazie sta proprio, in maniera apparentemente paradossale, nell'impedire alla maggioranza di poter decidere ogni cosa. L'apparente paradosso è superato non appena si pensi ai presupposti ideologici che si devono necessariamente adottare, per immaginare una forma di governo democratica.

Il primo di questi è, indefettibilmente, l'uguaglianza dei cittadini e, conseguentemente, la loro pari dignità come persone.

Da ciò, non possono che derivare limiti alle decisioni della maggioranza che, innanzitutto, riguardano l'intangibilità della dignità individuale. Per corroborare tale impostazione,

⁷⁸ Su cui a lungo si soffermò Rousseau, come avremo modo di vedere in seguito.

⁷⁹ Quello del già citato *Quale socialismo?*, Torino, 1976, p. 123.

⁸⁰ Ad essa spetterebbe, in ultima analisi, l'esercizio della sovranità nella tesi, particolarmente avversata in dottrina, di C. Mortati, espressa, in particolare, all'interno di *Note introduttive ad uno studio sui partiti politici nell'ordinamento italiano*, in *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, II, Padova, 1957, p. 112 e ss. Si veda, al riguardo, anche G. Sartori, *Partiti e sistemi di partito*, Firenze, 1968.

corollario del principio democratico non può che essere quello per cui la minoranza attuale possa, domani, divenire maggioranza; in altri termini, il principio dell'alternanza, in forza del quale “*the minorities must be given a chance to become a majority*”⁸¹.

Notoriamente, gli strumenti per dare alle minoranze tale opportunità sono: la limitazione in tempi ragionevolmente brevi e predeterminati⁸² delle cariche elettive. Inoltre, la predeterminazione di regole attraverso le quali vengano adottate le decisioni, che, in particolare, prevedano un adeguato spazio destinato alla discussione ed una forma di pubblicità, attraverso cui si possa formare una consapevole opinione pubblica⁸³, anche grazie alle garanzie costituzionali che presidiano la libertà di manifestazione del pensiero⁸⁴ e, dunque, di informare, di essere

⁸¹ Così, classicamente, il Finer, *Comparative Government*, Londra, 1970, qui alla p. 66, ma anche, in senso analogo, H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, Bologna 1979 (ma il lavoro in lingua tedesca risale al 1929), qui, in particolare, alle pp. 97 e ss.

⁸² Insiste su questo aspetto A. D'Atena, 1995, *Il principio democratico nel sistema dei principi costituzionali*, in *Bollettino di informazione parlamentare e Costituzionale*, e qui particolarmente, p. 136.

⁸³ In particolare il formalista Bobbio de *Il futuro della democrazia*, Torino, 1984 ed in ispecie alle pp. 71 e ss.

⁸⁴ Sempre interessante, G. Sartori, *Videopolitica (video-politics)*, in *Rivista italiana di scienza politica*, 19, 1989, II, pp. 185 e ss.

informati e di diffondere le proprie opinioni politiche⁸⁵.

Ancora, secondo altri⁸⁶, affinché il sistema partitico-elettorale possa consentire l'ingresso della volontà degli elettori nell'esercizio della potestà suprema statale e non si riduca ad una mera designazione delle classi dirigenti, “richiederebbe la sussistenza di alcuni presupposti; e precisamente, in primo luogo che siano sottoposti al corpo elettorale indirizzi relativi all'azione politica da svolgere durante la legislatura sufficientemente determinati [...]. Che inoltre sia offerta agli elettori la possibilità di apprezzare la conformità dei comportamenti dei partiti al programma proposto e di far valere le corrispondenti responsabilità (almeno alla fine del mandato, in quanto manchi, come da noi, l'istituto della revoca degli eletti). Che infine non si prescindano dal ricorso al verdetto popolare tutte le volte che intervengano mutamenti della situazione politica”.

Comunque si voglia impostare il problema, ad ogni modo, tutta la miglior dottrina, con accenti diversi, conclude la sua analisi del principio della sovranità popolare grossomodo nei

⁸⁵ Nella vasta letteratura, tra i classici, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, 1957, dell'Esposito e, del Crisafulli, *Problematica della "libertà di informazione"*, in *Il politico*, 1964, pp. 12-53.

⁸⁶ E' sempre C. Mortati, *Art. 1*, in *Commentario della Costituzione*, AA. VV., a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1975, qui pp. 35 e 36.

seguenti termini.

Ricorrendo i prerequisites dianzi esposti, la sovranità può appartenere al popolo, il quale, per esercitarla, ha a disposizione, prima di tutto, il proprio diritto di voto. Inoltre, può intervenire grazie ai cosiddetti istituti di democrazia diretta, ovvero, principalmente, il *referendum* abrogativo previsto dall'articolo 75 e quello costituzionale, di cui all'art. 138 della Costituzione. I cittadini, anche non elettori, ancora, possono concretamente esercitare la propria sovranità attraverso i fenomeni associativi, in generale e, più in particolare, per mezzo dei sindacati e dei partiti politici.

Ora, posto che lo strumento principe è da tutti individuato nella possibilità di esprimere il proprio voto alle elezioni politiche per la costituzione del Parlamento e che, va da sé, il prodotto principe di questo sono le leggi, la conseguenza necessaria è che le leggi sono il principale (anche se non l'unico) strumento attraverso il quale il popolo, pur mediamente, esercita la propria sovranità.

Sarà a questo punto necessario soffermarci sul concetto di legge e sulle ragioni ideologiche che stanno alla base della considerazione per cui essa è lo strumento attraverso il quale si realizza la sovranità popolare e, in definitiva, la democrazia.

2. La legge

Stabilito, dunque, che è la legge lo strumento principe attraverso il quale si afferma massimamente, pur in via mediata,

la democrazia, intesa come sovranità popolare, ci soffermeremo ora brevemente ad esaminare quale concetto di legge avessero gli illustri padri delle idee di sovranità e di Stato, per poi occuparci, con un po' più di attenzione, del pensiero di colui il quale ha “eternato” l'identificazione della legge con la volontà generale, sancendone il successo planetario (più o meno meritato, lo si vedrà).

Partiamo dunque dall'idea di legge di Marsilio da Padova.

Egli inizia la sua riflessione individuando il soggetto legittimato a porre i comandi e ci dice che: “l'autorità di fare le leggi spetta soltanto a colui il quale, facendole, farà sì che esse siano meglio osservate o addirittura assolutamente osservate; non tutte le vere conoscenze delle cose giuste e civilmente benefiche sono delle leggi, ove non siano state emanate da un comando coattivo che ne imponga l'osservanza, o non siano state fatte per mezzo di un comando. Invero, anche delle conoscenze false delle cose giuste e benefiche diventano talvolta delle leggi, se viene emanato il comando di osservarle o vengono fatte per mezzo di tale comando”⁸⁷.

Al riguardo, in maniera netta ci chiarisce il Gentile⁸⁸ che, in Marsilio, “la legge è solo l'atto di volontà di chi possiede la

⁸⁷ *Defensor pacis*, I, XII, 6.

⁸⁸ *Filosofia del diritto -le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi-*, Padova, 2006, p. 25, a commento del medesimo passo.

titolarità formale ed il potere effettivo per poterla emanare; che essa sia vera o falsa, giusta, o ingiusta, non ha alcuna importanza; anzi, in prospettiva rigidamente geometrica -quale quella che Marsilio da Padova certamente percorre-, il problema della giustizia della legge è un problema che non si pone, meglio, è un *non problema*, posto che i descritti requisiti della titolarità formale e dell'effettività appaiono già di per sé sufficienti al raggiungimento dell'obiettivo operativo prefisso del mantenimento della pace, di talché, ogni altra operazione successiva, si appaleserebbe come affatto superflua”.

A conclusioni non dissimili arriva il Bodin. In modo consequenziale alle premesse che già abbiamo visto, egli ci parla del potere del Sovrano.

Questi, vertice unico e supremo nella scala gerarchica dei poteri terreni, responsabile dei suoi atti davanti a Dio ma non agli uomini, è *legibus solutus*, non limitato da leggi positive; è continuo e perpetuo, inalienabile e irrevocabile.

In tale scenario, cos'è dunque la legge?

“*Est enim lex nihil aliud, quam summae potestatis iussus*”⁸⁹, afferma lo statista transalpino.

Ciò che, anche qui, subito emerge da questa definizione è la assoluta indifferenza al contenuto della legge che, semplicemente, si identifica col comando del detentore della sovranità. Ancora, si scorge chiaramente come l'unica

⁸⁹ *Sic*, in *De re publica libri sex*, I, VIII.

giustificazione della legge consista nel provenire essa dall'autorità sovrana, di talché la sua forza coercitiva, non derivando dal contenuto del precetto, poggia esclusivamente, ancora una volta, sulla spada del detentore del potere.

Obiettivamente, il Bodin non riesce a spiegarci che differenza ci sia (sempre ammesso che ve ne sia) tra l'atto legislativo del sovrano e l'atto arbitrario del detentore della forza. In altri termini, pur ammantato di una qualche dignità scientifica, il diritto (o, meglio, la legge che, qui lo si anticipa, esaurirebbe il diritto nel suo complesso) altro non appare che l'esercizio del potere da parte del più forte: la legittimazione a posteriori della forza, esattamente cioè quanto avviene, in ipotesi, nello stato di natura.

Per avere una più compiuta giustificazione di tale potere, come dianzi già sostenuto, è necessario attendere l'opera sistematizzante di Hobbes. Egli, come chiarito, trova il fondamento della sovranità in quel patto, stipulato dai sudditi, a vantaggio del monarca (o dell'assemblea), con cui essi rinunciano a tutto, pur di aver conservata la propria integrità fisica.

Quanto alla concezione di legge che ne discende, la posizione hobbesiana è del tutto assimilabile a quella di Marsilio e di Bodin: il monarca, in quanto tale, e cioè titolare del “diritto a tutto su tutto” in virtù del patto, fa assurgere a legge il suo comando, avendo la forza di farlo rispettare.

In tale ottica, ecco allora la precisazione dell'empirista inglese che toglie ogni dubbio circa la natura della legge: “*auctoritas, non veritas facit legem*”⁹⁰

Dunque, anche qui ci troviamo di fronte (né diversamente potrebbe essere) ad una completa indifferenza nei confronti del contenuto del comando.

Non proprio completa, a dire il vero. Infatti, quando il grande empirista inglese si pone il problema della consuetudine, o, meglio, della circostanza per cui, nella maggior parte dei casi, il contenuto dato alla legge dal sovrano risponde a quanto è andato affermandosi nel comportamento dei consociati, egli subito nega che la consuetudine possa porsi quale fonte del diritto, “estranea” al monopolio statale.

Essa consuetudine ha forza e vigore di legge perché il monarca lo vuole e solo in quanto lui lo voglia⁹¹.

Riprendendo brevemente il pensiero dei padri fondatori

⁹⁰ Così T. Hobbes, nel *Leviatano*, XXVI, 8.

⁹¹ Né può sfuggire che, sostanzialmente, questa sia la medesima posizione del legislatore italiano del 1942, il quale, quando parla della consuetudine come fonte del diritto, ribattezzandola (sembra riduttivamente) con il termine “usi”, afferma (come tutti sanno si tratta dell'art. 8 delle “disposizioni sulla legge in generale”, più note come “preleggi”): “Nelle materie regolate dalle leggi e dai regolamenti gli usi hanno efficacia solo in quanto sono da essi richiamati”, ammettendo, solo nel silenzio, le cosiddette consuetudini *praeter legem*.

del concetto di sovranità, dunque, abbiamo visto che, in tutti loro, l'idea di legge è sostanzialmente identica e può essere riassunta come “comando del potere”, senza alcuna attenzione a cosa venga comandato e, ma il tema è decisamente più moderno, quali forme debba assumere la volontà sovrana per potersi fregiare del titolo di legge.

Il vero passo avanti nella storia del pensiero giuridico, che consacrerà la legge, individuandone (almeno in via ipotetica) il fondamento, per definizione, nel bene comune, fu dovuto al grande pensatore ginevrino Jean Jaque Rousseau (1712-1778)⁹².

Dunque val la pena di riproporre il suo geniale⁹³ *modus*

⁹² Inutile dire che la bibliografia è sterminata e certo non solo in lingua francese. Comunque, sono da vedere, almeno, D. Felice, *Jean-Jacques Rousseau in Italia. Bibliografia (1816-1986)*, Bologna 1987, C. Blum, *Rousseau and the Republic of Virtue : the Language of Politics in the French Revolution*, Londra 1986, A. Burgio, *Eguaglianza interesse unanimità. La politica di Rousseau*, Napoli 1989, nonché, dello stesso autore, *Rousseau: la politica e la storia*, Milano 1996, P. Casini, *Il pensiero politico di Rousseau*, Roma-Bari 1999, G.Forni, *Alienazione e storia. Saggio su Rousseau*, Bologna 1976.

⁹³ E' la modesta opinione di chi scrive, comunque piuttosto condivisa. Per tutti, E. Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova, 1993, p. 121 ove, a proposito di Rousseau, afferma: “quella che è senza dubbio [...] la personalità più geniale, più complessa, ed anche, sotto molti aspetti, più attuale”.

operandi, attraverso il quale il comando, da vincolo, diventa strumento di libertà.

La linea operativa inizia a delinearsi chiaramente già all'inizio del *Contratto sociale*, quando il ginevrino esordisce con una constatazione: “l'uomo, nato libero, è dovunque in catene”⁹⁴. Dunque, l'obiettivo dichiarato della sua opera sarà quello di ricercare una costruzione tale per cui l'uomo possa tornare alla sua originaria libertà.

Anch'egli, come vedremo, pone a fondamento del proprio edificio teorico i postulati “giusnaturalistici” dello stato di natura e del contratto (che, appunto, darà il nome alla sua più celebre opera), ma in termini tutt'affatto diversi da quelli in cui tali concetti erano stati intesi dai suoi illustri predecessori, ed in particolare da Hobbes.

Quanto allo stato di natura, non può scordarsi come il Rousseau non condividesse la visione antropologica hobbesiana della ferina cattiveria umana, ma, piuttosto, influenzato dal clima culturale francese dell'epoca, ritenesse l'uomo, in origine, un “buon selvaggio”.

La visione negativa, invece, riguardava la società che, corrompendo l'originaria bontà, instillava la cattiveria, intesa come spirito di sopraffazione dell'uomo sull'uomo. Comunque, “è fuori di ogni possibilità di discussione che, per Rousseau l'uomo sia secondo natura (ma sarebbe più esatto dire per sua

⁹⁴ *Il contratto sociale*, I, 1.

destinazione), vocato alla libertà e alla socialità”⁹⁵.

Ma la differenza sostanziale non sta tanto in questo dato di partenza, quanto piuttosto nell'aver assunto dichiaratamente il postulato dello stato di natura come tale, ovvero non come condizione reale dell'essere umano, ma come supposizione di carattere scientifico.

E' lo stesso Rousseau ad utilizzare il termine (supposizione), ove⁹⁶, appunto, afferma: “io suppongo che gli uomini siano pervenuti al punto in cui gli ostacoli che nuocciono alla loro conservazione nello stato di natura prevalgono, con la loro resistenza, sulle forze che ciascun individuo può adoperare per mantenersi in quello stato”, e, subito dopo, a scanso di equivoci, precisa che l'uomo dello stato di natura “non esiste, non è mai esistito, probabilmente non esisterà mai, e tuttavia è giusto averne una giusta nozione per giudicare opportunamente del nostro stato presente [...]. Non esiste [...] ma può esistere per ipotesi”.

Date queste premesse, il ginevrino prende le mosse per dimostrare come l'uomo dell'ipotetico stato di natura possa, da un lato, liberarsi dall'arbitrio di quella condizione (in ciò, già era stato insuperabile Hobbes) e, ciò nonostante, non perdere la libertà (cosa che, invece, avveniva completamente nella teorizzazione dell'inglese).

⁹⁵ E. Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova, 1993, p. 122.

⁹⁶ *Il contratto sociale*, I, 6.

Dunque, egli si occupa di “trovare una forma di associazione che difenda e protegga con tutta la forza comune la persona e i beni⁹⁷ di ciascun associato, e per la quale ciascuno, unendosi a tutti, non ubbidisca tuttavia che a se stesso e resti libero come prima. Questo è il problema fondamentale⁹⁸ cui il contratto sociale dà la soluzione”⁹⁹.

Ora, anticipando quanto andremo dicendo, la ricostruzione rousseauviana si articola, sinteticamente, nei seguenti passaggi: I) lo Stato persegue la pubblica utilità (né diversamente potrebbe essere), II) lo fa attraverso lo strumento della legge, che è espressione della volontà generale (né diversamente potrebbe essere), III) essa è giusta, (né diversamente potrebbe essere). Conclusione: la legge è lo strumento che garantisce libertà ed eguaglianza, giustizia ed il perseguimento dell'interesse pubblico.

Prima di prendere in esame il fondamento di tali passaggi

⁹⁷ Non sfuggirà l'indiretta citazione, rispettivamente, di Hobbes e Locke.

⁹⁸ Il Gentile vi dedica la IX nota di *Intelligenza politica e ragion di stato*, Milano, 1984, p. 161, significativamente intitolata *La quadratura del “cerchio politico”*. Tale immagine, comunque, era stata usata dallo stesso Rousseau, in *Considerazioni sul governo della Polonia*, scritto del 1772, ove, I, si sforzava di “trovare una forma di governo che ponga la legge al di sopra dell'uomo”.

⁹⁹ J.J. Rousseau, *Il contratto sociale*, ancora I, 6.

e di apprezzarne la rigorosa coerenza, soffermiamoci ad analizzare il presupposto della ricostruzione: cos'è, secondo Rousseau, il contratto sociale?

In altri termini, è un contratto con gli altri individui, e cioè tra pari, ovvero, per ripetere un'immagine già utilizzata, un “contratto a favore di terzo”, come nella ricostruzione di Hobbes?

Quest'ultima ipotesi, per cui il contratto sarebbe il frutto di un patto di soggezione (*pactum subiunctionis*) a una terza persona, il che implicherebbe la rinuncia alla propria responsabilità diretta e la delega dei propri diritti, è assolutamente da respingersi, nella prospettiva del ginevrino.

Di contro, la ricostruzione più classica¹⁰⁰ lo vedrebbe come *pactum unionis*, che ha luogo tra eguali, i quali restano sempre tali, perché pongono in essere l'alienazione totale di tutti i diritti a tutta la comunità, dando luogo a un “corpo morale e collettivo”¹⁰¹ che trae dal medesimo atto la sua unità, il suo io comune, la sua vita e la sua volontà.

Questa prospettiva, tradizionalmente, si radica su quel notissimo passo del contratto sociale¹⁰², ove l'Autore afferma che: “ciascuno, dandosi a tutti non si dà a nessuno; e siccome

¹⁰⁰ Per tutti, A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa*, Milano, 2005, II, p. 161.

¹⁰¹ Sono le parole de *Il contratto sociale*, sempre I, 6.

¹⁰² *Idem, ibidem.*

non vi è associato sul quale ciascuno non acquisti quello stesso diritto che egli cede su di sé, tutti guadagnano l'equivalente di ciò che perdono e una maggior forza per conservare ciò che hanno”.

Tuttavia, è più affascinante l'altra lettura¹⁰³, quella del “contratto con se stesso”. Afferma il Gentile: “per Rousseau, in definitiva, il contratto sociale implica una scissione dell'individuo, mediante un processo immaginativo, da un lato come sé in quanto individuo e dall'altro come sé quale parte di un gruppo -che nel caso specifico il nostro autore chiama popolo- del collettivo; e sempre attraverso l'immaginazione, attraverso un processo di autosuggestione, l'uomo pone sé come individuo-unità numerica, al di sotto di sé come membro del popolo, come frazione del collettivo, con conseguente instaurazione di un rapporto contrattuale di ciascuno, esclusivamente con se stesso”.

Del resto, tale ipotesi ricostruttiva sembra avvalorata dallo stesso Rousseau quando afferma¹⁰⁴ che “il patto sociale è di natura particolare ed esclusiva, in quanto il popolo contrae con se stesso, cioè l'insieme del popolo come sovrano con i singoli componenti come sudditi”, e, ancor di più, quando afferma¹⁰⁵, definendo il contratto sociale, che “ogni individuo contrattando,

¹⁰³ F. Gentile, *Filosofia del diritto -le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi-*, Padova, 2006, in particolare pp. 76 e ss.

¹⁰⁴ Nell'*Emile o sull'educazione*, V.

¹⁰⁵ Tanto nel *Emile*, V, che ne *Il contratto sociale*, li I, 7.

per così dire, con se stesso, si trova impegnato in duplice veste; come membro del sovrano verso i privati e come membro dello Stato verso il sovrano”.

Così si compie quella autosuggestione di cui sopra, in forza della quale “il contratto sociale, infatti, non è destinato a modificare le condizioni reali della esistenza dell'uomo ed in particolare i suoi rapporti con ciò che lo circonda. E' piuttosto destinato a trasformare l'immagine che l'unico se ne è fatta e, di conseguenza, a determinare un cambiamento dei suoi rapporti con esso. Più esattamente, il contratto sociale è teso a trasformare l'immagine del potere che l'individuo s'è fatta e quindi a provocare in questo una metamorfosi psicologica”¹⁰⁶.

Dunque, il contratto produce come effetto che gli individui perdono la loro singolarità, per entrare a far parte di un ente, un corpo politico. Esso è chiamato ad esprimere la volontà sovrana e, così facendo, non limita la libertà individuale, poiché ciascuno ha concorso alla formazione di tale volontà unitaria. Ciò sembra emergere da quel passo¹⁰⁷ ove il pensatore afferma: “ciascuno di noi mette in comune la sua persona e ogni suo potere sotto la suprema direzione della volontà generale: e noi riceviamo nel corpo politico ciascun membro come parte indivisibile del tutto”. E da questo corpo politico nasce la legge

¹⁰⁶ Così, ancora F. Gentile, *Intelligenza politica e ragion di stato*, Milano, 1984, p. 164.

¹⁰⁷ *Il contratto sociale*, ancora I, 6.

come strumento di espressione e formalizzazione della volontà sovrana: “quando il popolo delibera su tutto il popolo [...] è questo che io chiamo legge”¹⁰⁸.

Sinora abbiamo preso in esame le possibili letture che possono darsi del contratto sociale e siamo andati ricordando alcune conclusioni cui giunge il Rousseau. In particolare, abbiamo preso atto della nascita di un ente, il corpo politico, formato dal popolo. Esso, poi si è visto, deliberando su sé medesimo, si esprime attraverso la legge.

A questo punto, si impone una precisazione che tornerà utile nel seguito. E' necessario qui evidenziare come il ginevrino, proprio alla luce dell'esperienza maturata nella piccola comunità di origine, ponga, come presupposto delle sue teorie sulla volontà generale, che sia tutto il popolo (e non suoi rappresentanti) a deliberare sulla legge, con la conseguenza, allora, che essa è, in prima battuta, volontà generale perché promana da tutti¹⁰⁹: “la sovranità non può essere rappresentata, per la stessa ragione per cui non può essere alienata; essa consiste essenzialmente nella volontà generale e la volontà non si rappresenta: o è quella stessa o è un'altra; non c'è via di mezzo”¹¹⁰.

¹⁰⁸ *Il contratto sociale*, I, 7.

¹⁰⁹ In seconda battuta, perché è diretta a tutti e nessuno, come si vedrà *infra*, può sottrarsene.

¹¹⁰ *Il contratto sociale*, III, 15.

Tuttavia l'Autore, rendendosi conto, da un lato, che la massa è “una moltitudine cieca che spesso non sa quello che vuole”¹¹¹ e, dall'altro, della necessità di erigere un sistema istituzionale per consentire alla volontà generale di produrre concretamente i suoi effetti, supera l'*impasse* immaginando una democrazia perpetuamente referendaria. “I deputati del popolo non sono [...] né possono essere i suoi rappresentanti, sono soltanto i suoi commissari; essi non possono concludere nulla in modo definitivo. Ogni legge che non sia ratificata dal popolo in persona è nulla; non è una legge”¹¹². In definitiva, dunque, l'assetto ipotizzato dal Rousseau è quello per cui un legislatore (o, meglio un'assemblea legislativa eletta dal popolo) adotti dei testi di legge, al fine di indicare alla cieca moltitudine la via da seguire. A questo punto, però, il popolo, “acquistata la vista”, dovrà conferire autorità a tali testi, facendoli propri con un voto referendario, di tutti, in altri termini, recependoli.

Se ciò non dovesse avvenire, tali testi non acquisirebbero alcuna autorità.

Ma, richiamando quanto anticipato poco sopra, il quadro non è ancora completato. Restano, infatti, da esaminare alcuni passaggi del ragionamento rousseauviano. In particolare, non ci è ancora chiaro I) perché lo Stato persegua necessariamente l'interesse pubblico, II) in che senso la legge rappresenti la

¹¹¹ *Ibidem*, II, 6.

¹¹² *Ibidem*, III, 15.

volontà generale e, da ultimo, III) perché essa sia giusta per definizione.

Sotto il primo profilo, il ragionamento del ginevrino è il seguente: poiché lo Stato altro non è che il prodotto del contratto sociale, stipulato dai consociati, il suo interesse non può distinguersi da quello dei suoi componenti. “Il corpo politico sovrano -afferma il Rousseau¹¹³-, non essendo formato che dai singoli che lo compongono, non ha né può avere alcun interesse contrario al loro”. Insomma, data l'identificazione tra popolo e Stato, per il tramite del patto originario ed originante, non è possibile immaginare un conflitto tra questo e quello. Ecco perché può affermarsi che la volontà generale¹¹⁴ “tende sempre all'utilità pubblica”¹¹⁵.

Ma come giustifica il Rousseau la posizione di coloro i quali, pur facendo parte dell'organizzazione comune, esprimono un'opinione diversa da quella della maggioranza, al momento della decisione, del voto? Infatti, in ultima analisi, sembra che la loro volontà sia esclusa da quella della maggioranza, cosicché la decisione presa dall'assemblea non potrebbe dirsi espressione della volontà generale ma solo di una parte.

Qui l'autore lancia uno dei messaggi più “inquietanti” della sua opera, come la storia successiva dimostrerà.

¹¹³ *Ibidem*, I, 7.

¹¹⁴ Concetto che andremo immediatamente a chiarire.

¹¹⁵ *Il contratto sociale*, II, 3.

Il ragionamento proposto è il seguente: i membri della minoranza dissenziente, che si discostano dal voto della maggioranza, sono in errore, sbagliano, si ingannano. Infatti, nella stipula del contratto sociale, approvato (per definizione) all'unanimità, ciascuno ha, *una tantum*, accettato che la volontà generale (ovvero della maggioranza) sia anche la sua.

Conseguentemente, e qui sta l'aspetto inquietante, se taluno della minoranza, a causa dell'errore in cui cade, non condividerà e non rispetterà la volontà generale¹¹⁶, “lo si costringerà ad essere libero”¹¹⁷.

Da ciò discende anche la dimostrazione della fondatezza dell'ultimo quesito che ci siamo posti, cioè se sia vero che la legge abbia un contenuto giusto, tale da soddisfare il bisogno per il quale il Rousseau erige la sua costruzione teorica, ovvero la libertà degli individui.

Infatti, se essi, liberamente, *una tantum*, addivenendo al

¹¹⁶ *Ibidem*, I, 7.

¹¹⁷ Inutile menzionare l'applicazione giacobina che di questa minaccia si diede, tanto nel corso della rivoluzione francese, quanto nello scenario dei regimi totalitari del primo Novecento, ove coloro i quali non rispettavano la legge andavano “rieducati”; in una prospettiva, perché non si rendevano conto che il comando del Capo interpretava genuinamente lo spirito del popolo; nell'altra, perché la legge era lo strumento per realizzare la libertà e l'uguaglianza dei popoli, con la costruzione dell'*homo novus*.

patto, hanno stabilito che la volontà generale sia la propria, allora essa, ancora una volta per definizione, è giusta e, dunque, è lo strumento (l'unico) attraverso il quale l'uomo soddisfa il suo anelito alla libertà.

E' su questo presupposto che l'Illuminismo e l'età della codificazione porteranno il pensiero giuridico a ritenere la necessità di superare il particolarismo e di giungere alla redazione di leggi (raggruppate in codici), che consentissero la regolamentazione ordinata della vita dei consociati e che fossero, oltre che eque, come, per definizione, è sempre la legge, anche poche, chiare, semplici, intellegibili e, pertanto conoscibili.

Qui le citazioni potrebbero sprecarsi, ed il più brillante a descrivere le caratteristiche che la legge dovrebbe avere per essere, oltre che l'espressione della volontà generale, anche lo strumento attraverso il quale è destinata ad organizzarsi ordinatamente la società, è senza dubbio il Voltaire¹¹⁸.

¹¹⁸ Esemplamente, si potrà vedere il suo *Lois civiles e ecclésiastiques*, in *Dizionario filosofico*, tradotto in italiano da M. Enoch, Roma, 1991, ma il testo originale è del 1764. Vi si ritrova (p. 199) il noto incitamento “che tutta la legge sia chiara, uniforme e precisa: interpretarla equivale a corromperla”, nonché, *ibidem*, alla stessa pagina, la curiosa e significativa notazione per cui (a differenza delle leggi, egli suggerisce) “la base del gioco degli scacchi è rimasta la stessa da cinquemila anni, ed è comune a tutti gli abitanti della terra”.

Ad ogni buon conto, le caratteristiche che la legge dovrà avere, secondo il *leit Motiv* dei pensatori illuministi, saranno, con diversi accenti, comunque la semplicità, la chiarezza, la generalità, la stabilità ed il numero limitato.

3. La crisi della legge e le sue cause

Guardando oggi ai presupposti teorici dello Stato e della democrazia, sinteticamente illustrati sinora, non sfuggerà che le attese salvifiche riposte nella Legge sono state in gran parte tradite.

Nonostante l'affermarsi sulla scena delle odierne democrazie postbelliche, la concezione di legge come atto attraverso il quale si realizza la volontà generale è andata via via attenuandosi.

La perdita di significato precettivo, la deformazione dello strumento legislativo (dovuta, per lo più, al suo utilizzo improprio), il caotico affastellarsi di leggi sempre più complesse nella disciplina dei minimi dettagli (con la perdita dell'ampia prospettiva dei principi), sono riscontrabili da ognuno e, comunque, sono stati oggetto di studio di molti¹¹⁹.

¹¹⁹ Si vedano, ad esempio, AA. VV., a cura di C. Mignone, *La crisi della legislazione -studiosi e politici a confronto-*, Padova, 1997, AA.VV., *La crisi del diritto*, Padova, 1953, il notissimo e spassoso M. Ainis, *La legge oscura –come e perché non funziona-*, Roma-Bari, 2002, R. Bettini, *Il circolo vizioso legislativo*, Milano, 1983, il celeberrimo F. Carnelutti, *La crisi della legge*, in *Rivista di diritto*

La chiarezza, certezza, semplicità, intelligibilità e, dunque, in definitiva, la conoscibilità della legge, caratteristiche intrinseche ed ipotizzate quali postulati¹²⁰ dai teorici illuministi, come ognuno vede, non sono seriamente affermabili.

Piuttosto, è oggi evidente a tutti che le leggi sono caratterizzate dai “tre peccati capitali”¹²¹ dell'ambiguità, dell'irrazionalità e dell'incoerenza.

pubblico, 1930, pp. 424 e ss., A. Celotto, *La “frammentazione dell'atomo” (dei decreti-legge che modificano atti regolamentari)*, in *Rassegna parlamentare*, 1997, pp. 461 e ss., N. Irti, nel citatissimo *L'età della decodificazione*, Milano, 1989, V. Italia, *La fabbrica delle leggi*, Milano, 1994, P. Noll, *Symbolische Gesetzgebung*, in *Zeitschrift fuer Schweizerisches Recht*, 1981, II, pp. 347 e ss., P. Petta, *La codificazione strisciante: il metodo delle novelle*, in AA.VV., *Codificazione del diritto e ordinamento costituzionale*, a cura di P. Costanzo, Napoli, 1999, pp. 46 e ss., G. Volpe, *L'ingiustizia delle leggi*, Milano, 1977, oltre al risalente e, ad onor del vero, non incentrato sulla crisi della (sola) legge, L.A. Muratori, *Dei difetti della giurisprudenza*, Milano, 1958 (ma il testo fu dato alle stampe nel 1742).

¹²⁰ Si richiama qui la prima nota del primo capitolo. Del resto, a parlare di “mitologia giuridica” tradotta in apparente verità da Rousseau, fu persino il Santi Romano, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, p. 66.

¹²¹ La citazione è di M. Ainis, *La legge oscura -come e perché non funziona-*, Roma-Bari, 2002, p. 142.

Troppo semplice rammentare la circostanza per cui, francamente, nessuno (e non solo in Italia) è oggi in grado di dire quante leggi siano in vigore, indicandone il numero in ordini di grandezza anche assai lontani da loro¹²².

Troppo semplice raccontare dei veri e propri *record* toccati dal nostro legislatore nell'ambito dell'approvazione delle leggi finanziarie, quando crea pazzesche leggi di tre articoli, il primo costituito da da 90 commi¹²³, il secondo da 59 commi ed il terzo da 244¹²⁴!

¹²² All'inizio degli anni '90, l'allora Ministro per la funzione pubblica S. Cassese ipotizzava l'esistenza di 150.000 leggi (circa, ovviamente...); prima del 2000, l'allora Ministro F. Bassanini, forse ottimisticamente, azzardava il numero di 40.000.

Ciò che conta, comunque, è che, a tutt'evidenza, sono decisamente troppe per essere conoscibili.

¹²³ Per chiarezza, molti di questi sono poi divisi in lettere o (ancora!) numeri.

¹²⁴ Ci si riferisce, ma solo per fare un esempio, alla legge 28 dicembre 1995, n. 549, “Misure di razionalizzazione (!!! *nda*) della finanza pubblica”. Ma la “finanziaria 1997” (legge 662 del 1996) non è stata da meno: il suo primo articolo consta di 267 commi!

Francamente, tutti gli studi universitari, finalizzati ad acquisire gli strumenti necessari per poter dar vita ad una interpretazione “sistematica” delle disposizioni, sono stati inutili, quando si prenda atto che il “sistema” o non è, o, peggio, è, in realtà, impazzito. E tutto ciò avviene (con lo “spargimento di sangue” che ne deriva)

Più utile, forse, evidenziare che il legislatore è incontinente, pervade con la sua attività ogni settore della vita di ciascuno, inonda con un profluvio di disposizioni il *quivis de populo* (ma, francamente, pure chi si ammanti di conoscenze del mondo del diritto, non potrà mai onestamente dire di conoscere l'oceano delle norme in cui, anche inconsapevolmente, nuotiamo), affastellando l'una sull'altra, senza alcun ordine e senza che sia possibile cogliere un'unità di sistema, una miriade di leggi, tutte sullo stesso piano formale, anche se talora lontanissime per peso, importanza, modalità di disciplina della materia, *etc. etc.*

L'ipertrofia legislativa è sotto gli occhi di tutti; la pretesa¹²⁵ di racchiudere in pochi, semplici e chiari testi normativi l'insieme delle leggi si è dimostrata manifestamente una chimera irraggiungibile, anche per l'irrefrenabile tentazione di adottare leggi differenziate, “*extra ordinem*”, per tutelare o garantire questo o quell'amico.

Troppo facile¹²⁶ richiamare il surreale¹²⁷ incontro tra

all'unico fine di sottrarsi ad una snervante approvazione parlamentare articolo per articolo: chiunque capisce che è molto più rapido (e meno ricco di insidie) approvare un unico articolo di 267 commi, che 200 articoli, ciascuno sotto schiaffo di possibili “imboscate” parlamentari dei “franchi tiratori”. Ma a che prezzo!

¹²⁵ Propria della c.d. “età della codificazione”.

¹²⁶ Ancor più per un avvocato.

Renzo Tramaglino e l'Azzeccagarbugli, in cui questi dimostra come, a saper ben maneggiar le gride, tutti son colpevoli, ma tutti innocenti, tanto che il buon Renzo, rinfrancato prima che si sveli l'equivoco, si sente tranquillizzato da quanto siano numerose queste gride, visto che una che faccia al caso suo l'Azzeccagarbugli riuscirà certamente a scovarla. Troppo facile, ma anche l'allora Ministro per la funzione pubblica, uno che di diritto pubblico se ne intendeva, M.S. Giannini, già nel 1979, nel rapporto sullo stato dell'amministrazione pubblica, non trovava immagine migliore, denunciando "l'abbondanza delle grida¹²⁸ in forma di legge".

Evidente, poi, che spesso la ragione dell'oscurità della legge risiede nel fatto che essa è frutto della snervante attività di compromesso tra i partiti, cosicché, talora, la mancanza di chiarezza e precisione è il risultato voluto dal legislatore che, non riuscendo a trovare un punto d'accordo su una disposizione chiara ed univoca¹²⁹, lo trova su un testo che, dando un colpo al cerchio ed uno alla botte, risulta, evidentemente, equivoco ed incerto, ma almeno riesce a raggiungere un consenso sufficientemente condiviso.

L'utilizzo dello strumento legislativo quale manifesto

¹²⁷ *Ante litteram.*

¹²⁸ *Sic* nello stenografico, reperito in www.tecnichenormative.it/RapportoGiannini.pdf, ed ivi a p. 9.

¹²⁹ Per quanto possibile, naturalmente.

politico o risultato da sventolare in sede elettorale è palese, quando si pensi a tutti quei casi¹³⁰ in cui una legge, magari perfettamente inutile, viene adottata per soddisfare le esigenze dell'una o dell'altra forza politica ma poi, per carenza dei regolamenti di attuazione, non trova, per molto tempo o, addirittura, per sempre, alcuna applicazione.

Non parliamo, poi, dell'utilizzo della decretazione d'urgenza¹³¹, che consente, notoriamente, di far passare provvedimenti del più disparato contenuto¹³², con emendamenti corsari a decreti *omnibus*¹³³.

Circa il paradosso del decreto-legge, poi, val la pena di

¹³⁰ E sono molti.

¹³¹ Utilizzo, grazie al cielo, in qualche modo limitato dalla notissima sentenza della Corte Costituzionale, n. 360 del 17 ottobre 1996.

¹³² In barba ai chiari disposti della l. 400 del 23 agosto 1988. Un esempio, piuttosto recente, è dato dalla c.d. Legge Bossi-Fini sugli stupefacenti. Il suo testo era inserito nel corpo di un decreto-legge (30 dicembre 2005, n. 272) che aveva come oggetto “misure straordinarie per le olimpiadi invernali di Torino 2006” e, dunque, nulla centrava certo con gli stupefacenti. Solo gli osservatori più arguti ravvisarono un elemento in comune tra le due normative, ovvero... la “neve”.

¹³³ La prassi, storicamente, si fa risalire al genio di Quintino Sella che utilizzava il sistema per intervenire in maniera organica sulla finanza pubblica e sulle imposte.

citare per esteso chi¹³⁴ ci ricorda che: “i decreti legge hanno carattere straordinario di necessità e urgenza. Bene, voi sapete che, finché non sono convertiti, l'amministrazione tende a non applicarli, sebbene vengano emanati perché sono urgenti.

Si crea pertanto il fenomeno per cui – ed è più grave quando i decreti sono in sequenza di reiterazione – nell'amministrazione nessuno si piglia la responsabilità di firmare un atto di spesa, perché, se per caso il decreto non venisse convertito, potrebbero nascere responsabilità di carattere contabile. Ma allora mi domando: la straordinarietà e urgenza non c'erano all'origine o, se c'erano in origine, che senso ha l'approvazione di un decreto che si ammanta di tale urgenza e poi l'urgenza non può esercitarla nel concreto, perché in realtà l'amministrazione non segue la volontà normativa? Questa è un'altra anomalia che dovrebbe per lo meno far riflettere sulla natura stessa del decreto legge. Per dirla in termini molto semplici, ormai il decreto legge è una procedura accelerata; in alcuni casi mantiene l'originaria funzione (ad esempio, quando c'è un decreto per l'alluvione), ma negli altri casi è semplicemente una procedura accelerata (*sic, nda*) per l'approvazione della legge, e qui credo non occorran

¹³⁴ G. Giugni, in AA.VV., *La crisi della legislazione -studiosi e politici a confronto-* (dove l'autore rientra, vien da dire, in entrambe le categorie), Padova, 1997, *Intervento*, pp. 13 e ss., qui, in particolare pp. 17 e 18.

conclusioni di carattere generale”.

Del resto, sui possibili ostacoli frapposti dalla burocrazia all'attuazione della legge, già molti avevano attirato l'attenzione, non semplicemente limitandosi a riscontrare che il “burocratese” invade le nostre leggi perché, per lo più, esse sono redatte da burocrati, ovvero dai Dirigenti dei Ministeri competenti.

Si pensi, ad esempio, a chi¹³⁵, in un discorso di ampio respiro, evidenziava che “secondo il modello tradizionale, il Parlamento, mediante le leggi e il Ministro, mediante la sua preposizione organica all'apparato pubblico, guidano l'amministrazione. [...] In realtà, la legge costituisce solo un elemento di riferimento, ed è anch'essa "manipolabile"”, e manipolabile proprio da quella amministrazione che, secondo l'astratto, teorico e (dunque) inesistente modello, dovrebbe limitarsi a darne una semplice attuazione.

Del resto, c'è chi¹³⁶ si è spinto ben oltre. Partendo, infatti, dalla constatazione per cui la burocrazia è, nello Stato moderno, essenziale ed imprescindibile, lo Jemolo giunge ad affermare che essa, già per natura destinata ad aumentare numericamente all'aumentare dei compiti dello Stato, crescerà anche per ragioni

¹³⁵ Ci si riferisce a S. Cassese, in AA.VV., a cura di S. Cassese, *L'amministrazione pubblica in Italia*, Bologna, 1974, *Introduzione*, qui, p. 32.

¹³⁶ A.C. Jemolo, *La crisi dello Stato moderno*, Bari, 1954, qui, in particolare, alle pp. 117-129.

“artificiose”, da essa stessa indotte. Infatti, i burocrati fanno valere il loro peso via via crescente per far lievitare le dimensioni della burocrazia medesima, ma anche le sue retribuzioni e le garanzie a tutela di chi lavora nei suoi ranghi, all'unico scopo, evidentemente, di accrescere il potere personale di coloro i quali vi sono posti a capo.

Ancor prima, poi, il Petrocchi¹³⁷ aveva parlato apertamente di “amministrazione legislativa”, lasciando chiaramente intendere come vi fossero dei settori della c.d. macchina pubblica che restano sottratti alla legge, per essere interamente disciplinati dalla Pubblica Amministrazione, con buona pace del principio di legalità e, in ultima analisi, del principio democratico.

A questo punto, allora, è necessario chiedersi: quali sono le cause che hanno portato all'attuale stato della legislazione? Ancora, ci si dovrà interrogare sulla effettiva possibilità che, essendo la situazione odierna quella sinora tratteggiata, la sovranità popolare trovi attuazione e, dunque, in definitiva, se il principio democratico, per come definito *supra*, sia, oggi, una realtà, quantomeno a portata di mano, od un'araba fenice.

Prendiamo in esame il secondo interrogativo: si può affermare che, oggi, la sovranità popolare trovi piena esplicazione nella nostra Repubblica costituzionale?

¹³⁷ C. Petrocchi, *Il problema della burocrazia*, Roma, 1944, qui a p. 44.

Esaminiamo nuovamente quei presupposti¹³⁸. Quanto alla limitazione in tempi ragionevolmente brevi e predeterminati delle cariche elettive, certamente potremmo dire che, in linea di principio, nel nostro Paese essa sia una realtà. Le legislature, come si sa, durano un quinquennio e si tratta di un arco di tempo più o meno coincidente con quanto avviene altrove e, mediamente, ritenuto ragionevole: non troppo corto da impedire la realizzazione di un programma di governo; non troppo lungo da impedire una sana alternanza democratica di forze al potere.

Se, però, dalla forma si cerca di passare alla sostanza, allora non si potrà non notare che la nostra classe politica sia composta, per lo più, sempre dai soliti noti, con uno scarsissimo ricambio generazionale.

Dopo lo *tsunami* del c.d. “periodo di tangentopoli”, che ha sensibilmente modificato lo scenario partitico italiano¹³⁹, i volti sono sempre gli stessi. Né si dica che tale constatazione è ingenua figlia del nuovismo e/o di una malcelata voglia di rinnovamento: francamente, dando uno sguardo a quanto è avvenuto in tutti gli altri Paesi occidentali, non sfuggirà che, lì, i personaggi politici di vertice si sono succeduti con molta

¹³⁸ Anticipati *supra*, pp. 35-37, seguendo quanto suggerito dagli autori citati lì alle note da 79 a 83.

¹³⁹ Anche se, ad onor del vero, molti dei suoi attuali protagonisti sono quelli che calcavano il palcoscenico anche prima del biennio 1992, 1993.

maggior frequenza che da noi¹⁴⁰.

Dunque, anche una volta realizzata l'alternanza tra maggioranza e minoranza politica in Italia, tuttavia rimane la questione di uno scarso rinnovamento della classe dirigente che comporta, in moltissimi casi, una sostanziale durata “a vita” delle cariche elettive.

Quanto alla possibilità di informare, di essere informati e di diffondere le proprie opinioni politiche, è certo che il disposto dell'articolo 21 della nostra Carta fondamentale è largamente rispettato in Italia, di talché non si può seriamente sostenere che vi siano vere e proprie censure o repressioni della libertà di manifestazione del pensiero.

Altrettanto vero, però, è che, in tutto il mondo occidentale, il problema dell'accesso ai mezzi di diffusione di massa è assai rilevante. Solo pochi ed assai facoltosi possono liberamente disporre dei *mass media*, mentre la grande

¹⁴⁰ Ed inoltre, la loro età media è sensibilmente più bassa di quella dei nostri politici. E' infatti noto che, in Italia, vi sia certamente un problema di “gerontocrazia”. Per condividere un tale assunto, è sufficiente dare uno sguardo ai dati anagrafici di chi riveste le più alte cariche dello Stato e confrontarli con gli omologhi del resto d'Europa e del Nord America. E ciò anche senza seguire supinamente vuoti *slogan*, secondo i quali, per definizione, “giovane è bello” o, comunque, “è meglio”.

moltitudine ne è esclusa¹⁴¹.

Nel nostro Paese poi, inutile nasconderselo, comunque la si pensi, non si potrà non notare che esiste una situazione assai peculiare e, per certi versi anomala, determinata dal fatto che il principale *leader* di uno schieramento politico è, sostanzialmente, a capo di un potentissimo “impero mediatico”.

Dunque, in Italia come anche altrove, l'effettiva libertà di manifestare ad un numero significativo di persone il proprio pensiero e, dunque, di concorrere alla formazione di una vigile opinione pubblica trova moltissimi ostacoli e/o restrizioni.

Ancora, circa la necessità che la partecipazione al voto non si riduca ad una mera designazione delle classi dirigenti, appare che la legge elettorale oggi vigente nel nostro Paese sia

¹⁴¹ Il riferimento è, principalmente alla televisione, posto che, invece, *internet* consente a tutti, anche dotati di pochi mezzi, di “esistere” tramite la creazione di un c.d. “sito”.

Tuttavia, sono proprio tv e carta stampata gli strumenti di comunicazione che, ancora oggi, raggiungono le masse. Infatti la rete informatica, da un lato, è appannaggio solo di una fetta di popolazione (quella tecnologicamente “alfabetizzata”); d'altro lato, essere sulla rete significa, il più delle volte, svanire nel “*jam effect*”, l’“effetto marmellata” determinato dalla infinita moltitudine di siti *web* che sono posti tutti sullo stesso piano, tutti apparendo uguali tra loro, rarissimi quelli che si differenziano. Ed è per ciò che, ancor oggi, nonostante lo sviluppo delle tecnologie digitali, ha ancora senso parlare di “videocrazia” e “videopolitica”.

tale che, propriamente, di elezione¹⁴² non si possa neanche parlare. E', infatti, evidente che l'individuazione dei singoli Deputati e Senatori avvenga ad opera delle segreterie dei partiti e, dunque, ad opera di poche persone, chiuse nelle segrete stanze, dilaniate da estenuanti lotte intestine fino all'ultimo secondo utile¹⁴³.

Da ultimo, come già anticipato, altro prerequisito per consentire la piena esplicazione della sovranità popolare è quello che riguarda la possibilità per i cittadini di partecipare ad associazioni¹⁴⁴, finalizzate ad incidere sulla determinazione degli orientamenti politici nazionali¹⁴⁵. Tanto in generale, quanto, particolarmente, nei partiti politici¹⁴⁶ e nei sindacati¹⁴⁷.

¹⁴² Almeno in senso strettamente etimologico.

¹⁴³ E, talora, sembrerebbe anche oltre questo termine, come pare di potersi ricavare dalle vicende di cronaca che hanno segnato la presentazione delle liste elettorali alle ultime elezioni politiche.

¹⁴⁴ Questo aspetto fu posto teoreticamente per la prima volta, almeno in senso moderno, da A. De Toqueville, *La democrazia in America*, Roma, 1987, II, IV, ma l'originale fu edito a Parigi nel 1848.

¹⁴⁵ Nuova linfa sembra potersi trarre dalla riformulazione dell'art. 118 Cost.

¹⁴⁶ “Il tratto d'unione tra il popolo e gli investiti del potere” ebbe a definirli con cristallina chiarezza l'Esposito nella parte ad essi riservata de *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, qui alla p. 228.

¹⁴⁷ Lo notò, tra gli altri, il, già citatissimo, Crisafulli di *Stato, popolo e*

Ora, dei partiti, già si è detto e, in seguito, brevemente, si dirà. D'altro canto, è manifesto che i sindacati abbiano perso grande parte del peso che avevano, fino all'inizio degli anni Ottanta, nell'indirizzare le politiche nazionali e, in ultima analisi, nel portare alla ribalta le esigenze dei lavoratori, in particolare di quelli che si trovano nelle più umili condizioni.

Il radicale mutamento del mondo del lavoro ha fatto sì che essi si arroccassero a difesa dei pensionati e dei “lavoratori garantiti”, faticando molto di più a sostenere le rivendicazioni dei “lavoratori precari”, senza diritti e sottopagati.

Le libere associazioni in genere, corpi intermedi importantissimi per consentire ai loro membri di incidere sensibilmente sul tessuto sociale del Paese, pur molto attive, soprattutto in certe Regioni, hanno tuttavia, nel complesso, un ruolo minore che in passato.

Il quadro che emerge da questa rapida analisi, non è certo dei più rassicuranti. Francamente, molti sono gli ostacoli che si frappongono al pieno realizzarsi dell'obiettivo della effettiva sovranità popolare.

Quanto poi all'altro interrogativo, quello che attiene alle cause dello sfacelo in cui si trova oggi, nel complesso, la nostra legislazione, le risposte sono diverse.

governo. Illusioni e delusioni costituzionali, Milano, 1985, qui alle pp. 128 e ss.

La prima, più classicamente individuata¹⁴⁸, consiste nel fatto che la legge ha perso i suoi caratteri tipici della generalità ed astrattezza a causa del passaggio da uno Stato monoclasse, tipica espressione del secolo XIX, ad uno Stato pluriclasse.

Questa trasformazione ha comportato, certamente, una frammentazione iperspecialistica della fonte regina del nostro ordinamento che è andata via via ad occuparsi di aspetti sempre più settoriali e marginali della realtà, perdendosi nei mille rivoli dei sempre più numerosi settori della tecnica.

La perdita del concetto di unica comunità politica e la nascita di una pluralità di comunità, tra loro antagoniste, ha portato all'adozione di leggi tanto particolari da sembrare inaccessibili per coloro i quali non fossero membri della categoria cui esse erano rivolte.

Tutto ciò, naturalmente, senza neppure menzionare le attività di pressione di questo o quel gruppo sociale che, ciascuno, spinge per l'adozione di una leggina *ad hoc*, per tutelare un interesse di nicchia od una rendita di posizione.

Non vi è più una società unitaria, con un unico sistema di valori, in cui abbia senso parlare del “buon padre di famiglia”, di “diligenza media”, *etc. etc.* Siamo di fronte ad una

¹⁴⁸ L'espressione è stata usata da M.S. Giannini. Si veda, al riguardo, S. Cassese, *Lo “Stato pluriclasse” in Massimo Severo Giannini*, in AA.VV., a cura di S. Cassese, G. Carcaterra, M. D'Alberti, A. Bixio, *L'unità del diritto*, Bologna, 1994, pp. 11-50

parcellizzazione, in definitiva, del concetto stesso di uomo.

Anzi, al riguardo, taluni tra i più attenti osservatori¹⁴⁹ evidenziano come, oramai, sia superato discorrere di società pluriclasse e si debba, invece, oggi parlare di società “pluri-categoriale, pluri-razziale, pluri-territoriale” e, financo, “pluri-sub-territoriale, in una crescente moltiplicazione di identità che è sempre più difficile ricondurre ad un superiore connotato comune”.

Ancora, secondo altri¹⁵⁰, una delle cause della situazione in cui si trova oggi la legislazione risiede nel passaggio dal modello di Stato liberale a quello di Stato assistenziale.

In altri termini, il passaggio da un'applicazione del principio di eguaglianza inteso in senso meramente formale, ad una che, invece, ne dà un'interpretazione sostanziale, per cui i cittadini¹⁵¹ non sono più destinatari di disposizioni *as equals*, ma vengono dalla legge trattati *equally*¹⁵², ha comportato, da un lato,

¹⁴⁹ Si veda, ad esempio, G. Amato, *Intervento*, in *La crisi della legislazione -studiosi e politici a confronto-*, Padova, 1997, qui citato a p. 5.

¹⁵⁰ Il riferimento è qui, ancora a M. Ainis, *La legge oscura – come e perché non funziona*, Roma-Bari, 2002, qui, in particolare, alle pp. 51 e ss.

¹⁵¹ *Recte*, tutti, non si può qui non citare, tra le tante, Corte costituzionale, sentenza 120 del 23 novembre 1967.

¹⁵² La citazione indiretta è qui a R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982, p. 297. Sul tema, comunque, la letteratura è

il necessario aumento di regolamentazione (e, dunque, del numero delle leggi) e, d'altro lato, la loro perdita di astrattezza e, ancor di più, di generalità.

Ciò, in particolare perché lo Stato è chiamato a disciplinare aspetti sempre più estesi della realtà, dovendosi

smisurata. Si può vedere, con stretta inerenza al tema, almeno AA.VV., *Corte costituzionale e principio di eguaglianza -Atti del convegno in ricordo di Livio Paladin-*, Padova, 2002, come grande classico, AA.VV., *Eguaglianza e egualitarismo*, Roma, 1978 ed in particolare, *ivi*, pp. 13 e ss., il quasi identico nel titolo, N. Bobbio, *Eguaglianza ed egualitarismo* (già in *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, 1976, pp. 321 e ss.), nonché, dello stesso, *Uguaglianza e libertà*, Torino, 1995; AA. VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici – Atti del seminario, Palazzo della Consulta, 13/14 ottobre 1992-*, Milano, 1994; AA. VV., *Principio di eguaglianza e principio di legalità nella pluralità degli ordinamenti giuridici –Atti del XIII Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti-*, Trieste 17/18 dicembre 1998, Padova, 1999; M. Ainis, *Azioni positive e principio di uguaglianza*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1992, pp. 582 e ss.; A. Celotto, *Art. 3, 1° co., Cost.*, in AA. VV., a cura di R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, pp. 65 e ss.; C. Esposito, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana. Saggi*. Padova, 1954, pp. 17 e ss.; A. Giorgis, *Art. 3, 2° co., Cost.*, in AA.

assumere compiti che, fino a prima del secondo conflitto mondiale, lasciava ai privati.

Si giunge così all'esito, apparentemente paradossale, per cui la legge, per definizione strumento attraverso il quale si realizza il principio democratico¹⁵³, perdendo la sua chiarezza, semplicità ed intelligibilità (caratteristiche, almeno in astratto, coesenziali ad essa), perde anche la propria vocazione a garantire la sovranità popolare.

L'apparente paradosso sta in ciò: che tale perdita delle sue caratteristiche tipiche avviene proprio quando essa è utilizzata per perseguire l'eguaglianza sostanziale e, dunque, in definitiva, per garantire la piena attuazione della democrazia.

Da ultimo, val la pena di evidenziare¹⁵⁴ come, per altri¹⁵⁵, una delle ragioni fondamentali dell'incapacità della legge di assolvere al compito di realizzare il principio democratico

VV., a cura di R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, pp. 88 e ss.; L. Paladin, *Il principio costituzionale di eguaglianza*, Milano, 1965, nonché, del medesimo autore, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto aggiornamento*, I, Milano, 1997, pp. 898 e ss.

¹⁵³ Perché, attraverso di essa, si realizza la volontà generale.

¹⁵⁴ Senza poter, per ovvie ragioni, dedicare in questa sede l'approfondimento che sarebbe opportuno.

¹⁵⁵ Un importante apporto ad un tema classico è dato da M. Fracanzani, *Il problema della rappresentanza nella dottrina dello Stato*, Padova, 2000.

contenuto al secondo comma del primo articolo della nostra Carta costituzionale è lo iato che, per il tramite della rappresentanza politica, si crea, appunto tra il popolo, detentore della sovranità, e i suoi rappresentanti eletti.

Ciò, si badi, per ragioni immanenti ai concetti medesimi. Infatti, coloro i quali sono di quest'opinione sottolineano come: “la rappresentanza si dimostrerà con una struttura, logica prima che giuridica, prettamente dualista, data, cioè, dalla necessaria presenza di un rappresentato e di un rappresentante e di un rapporto che li lega. Proprio per questo essa intimamente mal si concilia con la struttura dello Stato moderno, che è stato edificato sull'elemento della sovranità, categoria plasmata sull'unicità, cioè sull'impossibilità di riconoscere altro da sé”¹⁵⁶.

Del resto, lo si rammentava *supra*¹⁵⁷, era lo stesso padre dell'idea di legge come espressione della volontà generale che, pur con qualche incoerenza sul punto, riteneva che “la sovranità non può essere rappresentata, per la stessa ragione per cui per cui non può essere alienata; essa consiste essenzialmente nella volontà generale e la volontà non si rappresenta: o è quella stessa o è un'altra; non c'è via di mezzo”¹⁵⁸.

Ma allora, se questo è uno dei presupposti teorici su cui si basa la moderna idea di legge, non si può non sottolineare che,

¹⁵⁶ *Idem, ibidem*, p. 421

¹⁵⁷ Pp. 49 e ss.

¹⁵⁸ E' ancora *Il contratto sociale*, III, 15, già citato sopra.

ad eccezione forse di certe micro-realtà, l'ipotesi della democrazia diretta non trova alcuna reale applicazione.

Né in contrario potrà sostenersi che, ad esempio nel nostro ordinamento, vi siano istituti, quali il *referendum* di cui all'art. 75 Cost., di diretta partecipazione dell'intero popolo all'attività legislativa, pur “negativa”.

Anche tralasciando il fatto che si tratta della partecipazione dei soli aventi diritto al voto, infatti, bisognerà comunque evidenziare che tali istituti, per loro natura, mal si prestano ad un uso continuato e generalizzato, potendo, al più, trovare applicazione in alcune circostanze, magari particolarmente importanti¹⁵⁹, per consacrare il contenuto di una deliberazione.

Conferme in questo senso, del resto, vengono dal progressivo svilimento dello strumento referendario, che sta via via perdendo la sua capacità di chiamare i cittadini al voto, con il quasi sistematico mancato raggiungimento del *quorum* costitutivo o strutturale che dir si voglia.

Se le cause di ciò risiedano, poi, nel generale disamoramento dei cittadini verso la politica¹⁶⁰, ovvero nel ricorso troppo assillante al *referendum* da parte, in particolare, di

¹⁵⁹ La mente, al riguardo, va al *referendum* di cui all'art. 138 della Costituzione.

¹⁶⁰ Come i dati sul crescente astensionismo alle elezioni politiche sembrerebbero confermare.

alcune forze politiche¹⁶¹, o altrove, in questa sede non sembra necessario approfondirlo.

Piuttosto, tornando a quanto si andava dicendo, val la pena qui di rammentare che, in tema di rappresentanza politica, la nostra Costituzione, come noto, recependo la tradizione continentale, stabilisce al suo articolo 67 che “ogni membro del Parlamento rappresenta la Nazione ed esercita le sue funzioni senza vincolo di mandato”¹⁶².

Senza discostarci troppo dal tema della nostra indagine, dunque, appare qui opportuno semplicemente limitarsi a sottolineare che la rappresentanza degli eletti, oltre che per le già ricordate ragioni ontologiche, presta il fianco a critiche quanto

¹⁶¹ Ci si riferisce, evidentemente, al Partito Radicale che del *referendum* ha fatto la principale delle proprie armi politiche (assieme agli “scioperi” della fame e della sete ed alle “disobbedienze civili”), fors'anche perché, a lungo, non poteva vantare propri esponenti in Parlamento.

¹⁶² Si veda, sul punto, almeno, AA. VV., a cura di L. Carlassare, *Democrazia, rappresentanza, responsabilità*, Padova, 2001, L. Ciaurro, *Art. 67*, in AA. VV., a cura di R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, pp. 1287 e ss.; G. Marongiu, *Rappresentanza e mandato nelle nostre antiche assemblee costituzionali*, Urbino, 1948, T. Martines, *Lo status di parlamentare*, in AA.VV., *Diritto parlamentare*, Rimini, 1992, pp. 77 e ss.; C. Mortati, *Art. 67*, in *Comm. Cost. Branca*, Bologna-Roma, 1986, pp. 179 e ss.

alla sua possibilità di garantire l'effettiva sovranità popolare.

E' infatti lampante che, al momento dell'elezione, non si instaura, in senso tecnico, un rapporto di rappresentanza, ma, al più, di delega a decidere in nome e per conto dell'elettore¹⁶³. La sovranità, dunque, mal conciliandosi con la rappresentanza (appunto perché quest'ultima è un concetto duale, quella, invece, monolitico), non si fraziona tra rappresentante e rappresentato, ma si “trasferisce” dal secondo al primo.

¹⁶³ E' questo un tema ricorrente nella ricostruzione di G. Duso, che torna anche nel recente *Oltre il nesso sovranità-rappresentanza: un federalismo senza Stato?*, in AA. VV., a cura di M. Bertolissi, G. Duso e A. Scalone, *Ripensare la Costituzione -La questione della pluralità-*, Monza-Milano, 2008, p. 183 e ss. Trattasi di un aureo libretto che racchiude i contenuti di una serie di incontri, tenutisi alla facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Padova, tra giuristi, in particolare pubblicisti, e filosofi, in particolar modo studiosi di dottrina politica, cui anche lo scrivente (pur non rientrando in alcuna delle due categorie) ha avuto modo di partecipare.

Il fecondo scambio, pur con le difficoltà derivanti dalla non sempre perfetta coincidenza nel linguaggio, ha dato vita a questo testo, del quale, ai limitati fini di questo scritto, val la pena di citare anche M. Bertolissi, G. Duso, *Ripensare la costituzione? La questione della pluralità politica*, pp. 9 e ss.; H. Hoffman, *Il modello della costituzione statale e i suoi punti critici*, pp. 21 e ss., nonché A. Scalone, *Democrazia rappresentativa, partiti, organizzazioni di interesse*, pp. 127 e ss.

Da ciò, dunque, non può che discendere che il popolo non ha, almeno in via immediata e diretta, la facoltà di incidere sulle decisioni legislative dei suoi delegati.

Ora, concludendo le osservazioni che si sono andate conducendo in questo paragrafo, riassuntivamente si ribadisce che la legge, in ipotesi strumento principe se non esclusivo con cui si sarebbe dovuta realizzare la sovranità popolare, è in crisi.

Questa crisi è determinata da più cause che comunque, sinteticamente, possono rinvenirsi nel passaggio dallo Stato monoclasse a quello pluriclasse, nella perdita di astrattezza e generalità dell'atto legislativo, determinata dal suo sempre crescente tecnicismo, dal (pur certamente nobile) obiettivo di garantire l'eguaglianza sostanziale e, da ultimo, nella inidoneità dello strumento della rappresentanza politica nel far sì che la sovranità permanga in capo al popolo, pur delegando solo in capo a pochi rappresentanti il suo esercizio.

Quali siano gli effetti, per così dire esteriori, di questa crisi, abbiamo cercato di chiarirlo.

Quanto alle conseguenze ulteriori, qui sembra di poter ritenere che la crisi della legge e degli altri atti di natura normativa, come da più parti segnalata, non sia che la punta dell'*iceberg* di un fenomeno più ampio ed esteso che, sinteticamente, potremmo chiamare la crisi delle istituzioni¹⁶⁴.

¹⁶⁴ M. Bertolissi, *Identità e crisi dello stato costituzionale in Italia*, Padova, 2002, in particolare p. 307 e ss., insiste su questo concetto,

Ma è vero che la crisi della legge coincide con la crisi del diritto?

4. *L'identificazione lex/jus*

A dispetto di quanto siamo andati sinora segnalando, si rileva, tanto nella pratica che nella teoria, come, ancor oggi, il diritto sia pianamente identificato nella legge.

Si permetta la citazione di un piccolo aneddoto personale che dimostra tale assunto.

Nella delicata fase in cui ci si appresta a scegliere che fare della propria vita dopo la conclusione degli studi liceali, per ragioni che, per lo più, restano oscure, decisi di iscrivermi alla facoltà di Giurisprudenza.

Quando comunicavo la mia decisione a chi mi interrogava curioso, notavo spesso una certa perplessità nei suoi occhi. Solo i più intimi, confessando la propria ignoranza, osavano chiedere

ove afferma, proprio a proposito de “il problema del consenso”, che la sostanziale crisi dello Stato costituzionale deriva dalla crisi della norma giuridica, priva oramai “di una capacità organizzatrice della società” (così p. 310).

Tale passaggio ulteriore, dalla crisi della legge alla crisi dell'ordinamento, poi, è evidenziato anche in AA.VV. a cura di D. Castellano e G. Cordini, *L'incerta transizione –riforme istituzionali e teoria giuridica-*, Napoli, 2000 e F. Bilancia, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, Padova, 2000.

“cos'è Giurisprudenza?”.

Resomi conto del fatto che l'espressione non era immediatamente intellegibile ai più, iniziai a rispondere ai miei interlocutori, più direttamente, che mi sarei iscritto a “Legge”. Da quel momento, tutti, senza eccezione, compresero chiaramente quale fosse il percorso di studi che mi attendeva.

Questo fatto banale dà lo spunto per riflettere su quale sia, oggi, la concezione della legge, il suo rapporto col diritto e l'attualità dell'imponente armamentario concettuale che, nel corso degli (almeno) ultimi tre secoli, la filosofia del diritto e la scienza giuridica sono andati elaborando.

E' evidente, dal piccolo aneddoto dianzi riferito che, per chi non si occupi del diritto da tecnico, esso si identifichi perfettamente con la legge.

Tale identificazione, poi, a dire il vero, viene operata anche da quanti muovono i primi passi nel cammino della conoscenza giuridica.

Continuando a riferirsi all'esperienza del neoiscritto alla facoltà di Giurisprudenza, sarà sufficiente soffermarsi su alcuni passaggi del testo che, almeno allora, per primo e più importante veniva sottoposto alla *cupida legum juventus*, ovvero le *Istituzioni di diritto Civile* del Trabucchi.

Nello studio matto e disperatissimo del candidato all'esame di diritto privato, ci si imbatte in alcuni passaggi, allora assorbiti supinamente, ma, visti prospettiva, assai interessanti e

significativi.

Ci si riferisce proprio alle prime pagine di quel testo ove, sin da subito, si assiste alla piena equiparazione tra diritto e Stato: “primo: lo Stato crea, o riconosce, le norme obbligatorie, che devono essere generali, uguali per tutti, e le sue parole sono comandi; si dice che lo Stato parla il diritto.

Secondo: lo Stato garantisce l'osservanza dell'ordinamento giuridico. Senza l'intervento dello Stato [...] non ci sarebbe garanzia di ordine e non ci sarebbe una forza per la conservazione dell'ordine”¹⁶⁵.

Appare evidente, già da queste poche righe, come l'autore ponga l'entità statale quale unica fonte delle norme giuridiche (l'unica, minima concessione è alle consuetudini, significativamente ribattezzate “usi” dai civilisti, comunque efficaci solo in quanto lo Stato le riconosca) e quale unico strumento che possa garantire l'osservanza delle medesime.

Poco oltre, il principio di legalità è presentato come lo strumento che garantisce il “bene della **certezza del diritto**, che implica la conoscibilità *a priori* delle norme da seguire”¹⁶⁶.

Quanto all'esigenza dell'ordinamento giuridico, di evolversi al mutare dei tempi, essa si può soddisfare unicamente per il tramite di nuove leggi “diremo anche noi che è molto

¹⁶⁵ A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, XXXV ed., Padova, 1994, p. 5.

¹⁶⁶ *Idem, ibidem* p. 6. Il neretto è nell'originale.

importante l'*idem sentire de re publica* da parte dei consociati; il che si ha quando la legge sa rispondere alle loro esigenze, e il fine è garantito dall'adeguarsi dell'ordinamento con il suo rinnovarsi in un'intelligente **opera legislativa**¹⁶⁷. Nulla, insomma, all'infuori dello Stato, che opera esclusivamente per il tramite della legge.

Del resto, tale impostazione si riscontra nella concezione, dai nobili natali, come abbiamo visto, per cui l'ordinamento giuridico trova applicazione solo grazie alla forza dello Stato, sul presupposto dell'uomo lupo per l'altro uomo¹⁶⁸.

Ancora, dopo un generico richiamo ai principi di giustizia cui anche il Legislatore deve richiamarsi¹⁶⁹, si ribadisce come “però deve restare chiaro che il singolo, nell'applicazione del diritto, come privato o come giudice, deve limitarsi alla ricerca del diritto positivo (*jus in civitate positum*); né varrebbe da parte sua l'affermazione di un diverso principio di giustizia ideale: *non*

¹⁶⁷ *Idem, ibidem*. Anche qui il neretto è nell'originale.

¹⁶⁸ “L'importanza sociale dell'ordinamento giuridico ne impone l'applicazione con una serie di norme, il rispetto delle quali viene assicurato anche mediante il possibile ricorso alla forza. Questo è un mezzo per costringere gli egoismi e le passioni individuali”, ancora lì, p. 7, ma sembra proprio di rileggere Hobbes, anche quanto ai postulati di partenza.

¹⁶⁹ “Questa -naturalmente- vale come osservazione ideale e di massima. Ben diversa è poi la realtà concreta”, si affretta subito a precisare l'a., in nota n. 3, p. 11.

*de legibus, sed secundum leges iudicandum!*¹⁷⁰, con il che appare evidente che il giurista (intendendo il termine quanto più latamente possibile) null'altro sia che un ricercatore del diritto positivo (inteso, per lo più, come articolo di legge, ovvero fattispecie astratta) da applicarsi alla fattispecie concreta per il tramite della sussunzione.

Da tale visione, discende il concetto di legge, definita come “la norma consacrata in una precisa formula espressa da speciali organi sovrani. Il comando che essa contiene proviene dalla consapevole volontà di un legislatore ed è formulato in determinate parole.

La legge è, per sua essenza, espressione della volontà dello Stato¹⁷¹. Si badi, neppure della volontà del popolo o, com'era già stato autorevolmente detto, della volontà generale, ma dello Stato, *tout court*.

La ridda di citazioni potrebbe proseguire, sino a diventare stucchevole. Meglio arrestarsi qui; anche perché non si vuol certo addossare al Trabucchi la responsabilità di una concezione monoliticamente statuale (o statolatrica) del diritto, concezione di cui egli, almeno nel testo citato, si pone solo quale illustre divulgatore¹⁷².

¹⁷⁰ *Idem, ibidem* pp. 11 e 12.

¹⁷¹ *Idem, ibidem* p. 14.

¹⁷² Né si pensi che tale impostazione sia solo sua o, comunque, propria unicamente dei giusprivatisti. Anzi. Si vedano, ad esempio, le

Ciò che, invece, preme sottolineare è il panorama che ne emerge. Panorama, peraltro, rafforzato dagli studi di filosofia del diritto¹⁷³ che, per tradizione, si affiancavano a quelli del diritto privato al primo anno di corso universitario, seguendo la buona abitudine di preparare un esame “grosso” insieme ad uno “piccolo” (ove, si precisa a scanso di equivoci, piccolo sarebbe stato l'esame di filosofia del diritto, grosso quello di diritto privato).

Solo a titolo di esempio, può essere ricordata qui l'espressione di Austin che, da alcuni, è ritenuta la sintesi programmatica del giuspositivismo, per cui: “il diritto è un comando astratto posto da superiori a inferiori, per vincolarne l'agire”¹⁷⁴.

Come si vede, dunque, la tendenza a (con-)fondere *lex* e *jus*, riducendo questo a quella, viene instillata nelle menti degli aspiranti giuristi già dai loro primi studi.

Certamente questo è il frutto della corrente di pensiero formatasi nell'epoca dell'Illuminismo (e che, lo ricordavamo, ha avuto nel Rousseau il massimo ideologo del concetto di legge),

pagine introduttive del testo dedicato alle “nuove leve” del diritto, di M. Pedrazza Gorlero, *Elementi per una introduzione agli studi giuridici*, Padova, 1999.

¹⁷³ In qualche maniera richiamati *supra*.

¹⁷⁴ J. Austin, *Delimitazione del campo della giurisprudenza*, Bologna, 1995, p. 81.

consolidatasi nell'età della codificazione, ove è andata affermandosi la c.d. scuola interpretativa dell'esegesi, i cui presupposti teorici si sono cristallizzati nell'istituto giuridico del *referè legislatif*¹⁷⁵, introdotto in Francia nel 1790.

Il punto è che non è sempre stato così. Non sempre e non tutti hanno sostenuto l'identificazione tra legge e diritto.

Non è necessario andare a ripescare il lontano Gaio delle *Institutiones*¹⁷⁶, il quale, affermando che “*Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur*”, sottolinea come gli elementi costitutivi del diritto siano, appunto, due: le leggi ed, appunto, i *mores*.

Tantomeno, è necessario richiamarsi all'analogo concetto contenuto in quel vero e proprio trattato di diritto costituzionale *ante litteram* che è l'Antigone di Sofocle¹⁷⁷.

¹⁷⁵ L'esistenza della scuola dell'esegesi e dell'istituto del *referè legislatif* sono state scoperte, da chi scrive, grazie al testo di U. Vincenti, *Lezioni di metodologia della scienza giuridica*, Padova, 1997, qui in particolare alle p. 60 e ss. Si tratta di uno dei testi costituenti il programma d'esame, per l'anno accademico 1997/1998, di Storia del diritto romano, corso obbligatorio del primo anno.

¹⁷⁶ E lì, 1, 1.

¹⁷⁷ Come noto, il tema ha affascinato, tra gli altri, in particolare per quanto riguarda i giuristi, G. Zagrebelsky, il quale ne tratta, ad esempio, in *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, in particolare a p. 62 e ss., testo particolarmente caro, poiché ricevuto

Forse, ancora, è eccessivo richiamarsi a chi¹⁷⁸, contestando le ricostruzioni hobbesiane e, dunque, preferendo una concezione “convenzionale” della società, a quella “contrattualistica”, ci ricorda un'antica tradizione di pescatori, i quali usavano lasciare in una determinata posizione sulla spiaggia il proprio pescato, certi che i colleghi non se ne sarebbero appropriati.

A commento, osserva l'autore che “è nel mio interesse lasciare a un altro il possesso dei suoi beni purché egli agisca nello stesso modo nei miei confronti. Anche l'altro è consapevole di un analogo interesse a regolare la sua condotta. Quando si manifesta reciprocamente questa consapevolezza dell'interesse comune, così che essa risulti nota ad entrambi, allora essa produce una risoluzione e un comportamento adeguato. E questo, di certo, può chiamarsi abbastanza propriamente una convenzione o un accordo tra di noi, anche se manca qualsiasi promessa, dato che le azioni di ciascuno di noi sono in rapporto con quelle altrui e le compiamo in base alla supposizione che l'altro dovrà compierne certe altre”.

Ci si può limitare, per così dire, a letture più recenti¹⁷⁹ che

in regalo da un neolaureato.

¹⁷⁸ D. Hume, *Trattato sulla natura umana*, III, II, sez. II, testo dato alle stampe nel 1740.

¹⁷⁹ Partendo da quell'utilissimo affresco contenuto in A. Schiavone, *Jus. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005, in

ci rammentano come sia opportuno insinuare “dubbii sui luoghi comuni ricevuti senza una adeguata verifica culturale”¹⁸⁰.

Dall'approfondimento di queste riflessioni, sembra di potersi ricavare che l'identificazione tra legge e diritto sia quantomai indebita¹⁸¹ e frutto di “duecento anni di abilissima propaganda”¹⁸² di una civiltà “che ha la puntigliosa pretesa di proporsi come dissacratrice e demolitrice di miti, mostra al contrario di esserne una formidabile costruttrice. [...] il giurista che abbia occhi disincantati non può fare a meno di rilevarlo in quelle forti correnti del giusnaturalismo settecentesco così incisive nella modellatura del moderno, che siamo soliti qualificare come l'illuminismo giuridico dell'Europa continentale. Qui si può forse rinvenire la più intelligente, la più consapevole, la più abile fonderia di miti giuridici mai riscontrabile nella lunga storia giuridica occidentale; un complesso di miti organicamente immaginati e affiancati che

particolare alle pp. 93 e ss.

¹⁸⁰ Sono le parole di P. Grossi nel suo scritto, dall'eloquente titolo *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2005, qui p. 3.

¹⁸¹ Che il diritto stia prima delle regole poste dal legislatore, lo sostiene anche R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982, in particolare alle pp. 90 e ss.

¹⁸² Ancora P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2005, qui alla p. 4.

danno vita ad una vera e propria mitologia giuridica”¹⁸³.

La terminologia dell'autore, che continuamente si riferisce ai miti, alla propaganda, ai sacerdoti del diritto, alla “legolatria” e così via, non lascia spazio a dubbi nel ritenere che egli, contestualizzando l'esperienza della rivoluzione francese negli oltre due millenni di storia giuridica occidentale, respinga la assolutizzazione della legge come unico strumento regolativo dei rapporti tra i consociati, considerandola il frutto del “giacobinismo giuridico”.

Con tale espressione, si intende riferirsi a quell'ideologia che mette al centro il concetto di Stato onnipotente, con la svalutazione di ogni forma associativa e di ogni “comunità intermedia”, che ha come destinatario dei suoi comandi unicamente l'individuo, considerato in astratto.

La reazione, allora, non potendo certo pensare di cancellare, antistoricamente, l'importante ruolo avuto dallo strumento della legge, va, per alcuni, nel senso di limitare ad essa il compito di fissare “fondamentali linee portanti”¹⁸⁴, imponendosi per il resto un'ampia opera di delgificazione; per altri¹⁸⁵, ad una rivalutazione critica delle leggi, da parte

¹⁸³ *Idem, ibidem*, p. 44.

¹⁸⁴ Ancora P. Grossi, *ivi*, p. 123.

¹⁸⁵ Si veda, ad esempio, G. Zagrebelsky, *Intorno alla legge -il diritto come dimensione del vivere comune-*, Torino, 2009 e, in particolare le pagine dedicate (337 e ss.) al “giudice delle leggi, artefice del

dell'organo costituzionalmente chiamato al compito, ovvero la Corte costituzionale.

5. Osservazioni conclusive

Se si conviene con quanto sinora argomentato, ovvero che la legge, quale strumento principe dell'attuazione del principio democratico, per una molteplicità di ragioni, storiche ed ontologiche, non ha più (ammesso che mai l'abbia avuta) la capacità di individuare la volontà generale e, dunque, il bene comune, si dovrà convenire pure sul punto della inattuazione del principio democratico anche dal lato dell'amministrazione.

Nella perfetta costruzione teorica (ma falsificata dalla realtà), infatti, la legge individua l'interesse generale, l'atto amministrativo si limita (in questo simile alla sentenza) a dare attuazione ad essa per il caso particolare. E', dunque, la legge del caso.

Tale prospettiva (propria del modo di ragionare della dottrina ottocentesca) che ipotizza come perfetto l'agire amministrativo privo di discrezionalità, ha trovato insigni epigoni sino alla seconda metà del secolo scorso. Ancora circa cinquant'anni fa (ma la prospettiva non sembra essere molto diversa oggi), esemplarmente, si sosteneva che: “qualora [...] tutta l'attività amministrativa fosse per intero vincolata dalla

diritto”. Accenti per certi versi analoghi si ritrovano anche in M. Bertolissi, *“Rivolta fiscale” federalismo riforme istituzionali*, Padova, 1997, p. 199.

legge, si otterrebbe un'amministrazione ideale, poiché ogni suo atto, purché fosse conforme alla legge, sarebbe per ciò stesso pienamente conforme all'interesse pubblico"¹⁸⁶.

Lo scopo del prossimo capitolo è quello di cercare di dimostrare come, invece, oggi, sul presupposto della crisi della legge, non possa che essere in crisi anche l'atto amministrativo che su di essa poggia e che, comunque, non si può certo dire che di essa si limiti a dare attuazione nel caso concreto.

Tale tentativo di dimostrazione sarà condotto con l'analisi, approfondita, di alcuni casi pratici che si sono verificati recentemente nel nostro territorio.

¹⁸⁶Ad esprimersi così è E. Guicciardi, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1957, p. 14.

CAPITOLO II.

DAS FRUCHTBARE BATHLOS DER ERFHARUNG

Premessa

Come appena anticipato, dunque, lo scopo del presente capitolo è quello di cercare di dimostrare che la crisi della legge si riflette anche sulla crisi dell'agire dell'Amministrazione.

Il metodo attraverso il quale si tenterà di arrivare a questo risultato è, per dir così, sperimentale. Ciò, nel senso che, abbandonando l'incedere deduttivo sinora seguito, ci si prefigge di prendere le mosse da alcuni casi concreti e, partendo da questi, di giungere a provare, induttivamente, che l'attività provvedimentale risente del fragile presupposto su cui si basa, oltre che di vizi propri, e non centra il suo obiettivo, ovvero quello di realizzare l'interesse pubblico nella singola fattispecie reale.

Il campo di prova per compiere questa operazione, naturalmente, non poteva che essere quello rappresentato dai Tribunali (amministrativi), luoghi deputati a giudicare i provvedimenti della Pubblica Amministrazione e, dunque, teatro in cui emergono le contraddizioni e le imperfezioni di questi ultimi.

Come vedremo, i Giudici e le parti, quando si realizza in pieno il contraddittorio, mettono alla frusta il rapporto duale legge-atto amministrativo, venendo costretti a sopperire ai difetti dell'una e dell'altro, per consentire, in qualche modo, al sistema

di funzionare.

Tale operazione, però, risentendo delle opzioni di fondo delle parti del processo e, in particolare, del Giudice, cui, in ultima analisi, spetta di prendere posizione, non è indolore, anche in considerazione delle rilevanti ricadute che ne derivano.

L'idea di adottare il metodo proposto nasce, invero, dall'esperienza di pratico di chi scrive, il quale ha provato e prova, ogni giorno, un certo imbarazzo nel prendere atto della distanza che corre tra quanto ritrova nei testi accademici e quel che, molto diverso, si realizza nelle aule giudiziarie.

E' lecito dubitare dell'opportunità di utilizzare un tale *modus procedendi* in una sede come questa? Certamente sì. Tuttavia, dopo molti dubbi, si è ritenuto di seguire questa via, anche perché confortati da autorevolissimi consigli.

Ci si riferisce qui¹⁸⁷, a quelle pagine di chi¹⁸⁸, parlando

¹⁸⁷ Oltre che al grande aiuto in questo senso ricevuto dal *tutor* dello scrivente.

¹⁸⁸ Si tratta di G. Zagrebelsky, *Intorno alla legge, il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino, 2009, in particolare alle pp. 357 e ss., contenute nel saggio *Sul detto comune...*

Il titolo è un riferimento ad un *pamphlet* kantiano del 1793: *Ueber den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht fuer die Praxis*, ovvero: “sul detto comune: questo potrebbe essere giusto in teoria, ma non vale per la pratica”. Lì, il genio tedesco sosteneva l'erroneità di tale detto, applicato alle scienze naturali, perché, se ciò che è giusto in teoria non lo è in

della propria esperienza, di Professore e di Giudice, afferma che: “il primato attribuito, secondo il modo comune di vedere il diritto, alla dottrina rispetto alla giurisprudenza, alla scienza rispetto alla pratica, è totalmente ingiustificato. I professori di diritto, almeno nei Paesi dalla nostra tradizione giuridica, presso il grande pubblico godono di un certo maggior prestigio rispetto ai giudici [...]. Vale l'idea che il diritto dei professori sia il diritto puro, incontaminato, che non è piegato da compromessi pratici; e che, al contrario, il diritto dei giudici sia un diritto che viene a patti, che si snatura, a contatto con la "bassura dell'esperienza" ("*Das Bathlos der Erfahrung*", secondo una formula kantiana). Quest'idea è totalmente errata [...]. Il diritto in teoria ha bisogno del diritto in pratica. Quella "bassura dell'esperienza" è, per il diritto, una fruttuosa bassura ("*das fruchtbare Bathlos der Erfahrung*"), senza la quale il diritto [...] sarebbe totalmente sterile; di più: non avrebbe alcuna ragione d'esistere”.

Ecco allora che, rinfrancati dalle parole di chi si è, per lungo tempo, confrontato col diritto quasi esclusivamente dalla prospettiva teorica e poi, piacevolmente costretto, si è dovuto occupare della pratica¹⁸⁹, ci si è risolti di prendere in esame

pratica, allora è la teoria ad essere sbagliata e, dunque, da riformulare.

¹⁸⁹ Si intende, una pratica un po' particolare e forse anch'essa, a sua volta, lontana da quella che si sperimenta di giorno in giorno innanzi ai Giudici monocratici, ma, comunque, a questa

queste “fattispecie concrete”.

1. La vicenda della Valdastico Sud

Nel commentare la questione in oggetto, che ha sollevato molto clamore (anche¹⁹⁰) per l'importanza del suo oggetto, i lavori di completamento dell'autostrada “Valdastico sud”, è necessario innanzitutto porre delle premesse di carattere organizzativo.

La complessità soggettiva ed oggettiva nonché la pluralità dei temi da analizzare impongono infatti un ordine schematico per poter procedere con una certa chiarezza, anche se ciò potrà togliere in parte fluidità al discorso che verrà condotto.

E' dunque opportuno, innanzitutto, dare brevemente conto dei fatti per come si sono svolti, quindi esaminare distintamente i nuclei problematici.

1.1 Il fatto

L'autostrada A 31 Valdastico ha una storia piuttosto travagliata che inizia negli anni 70, quando nasce l'idea di collegare direttamente Trento a Rovigo, passando per Vicenza.

Le polemiche che seguirono, principalmente appuntate

intimamente legata, se non altro in virtù della modalità con cui, per lo più, si giunge innanzi alla Corte costituzionale.

¹⁹⁰ Oltre che, e soprattutto per la particolare tecnica motivatoria (su cui si veda *infra*) del giudice che ha suscitato plurime reazioni nell'opinione pubblica interessata, anche da parte di persone non esperte del diritto.

sulla inutilità¹⁹¹ dell'opera e sul notevole impatto ambientale di essa, anche a fronte dell'ingente spesa prevista, indussero i dirigenti politici dell'epoca¹⁹² a soprassedere, lasciando così compiuto solo un breve tratto¹⁹³.

L'idea venne, dunque, accantonata. Riemerse nel 2001 quando la Società autostrade Brescia- Padova decise, anche in virtù di un mutamento delle circostanze di fatto¹⁹⁴, di riprendere le procedure necessarie al completamento del tratto autostradale in direzione sud.

Numerose, però, si levarono le voci contrarie alla realizzazione di questa grande opera¹⁹⁵ e vi fu anche chi decise di intraprendere le iniziative processuali che hanno originato la

¹⁹¹ Il movimento d'opinione che si formò faceva leva anche sulla circostanza che le città che sarebbero state collegate da questa infrastruttura erano già servite da ben tre autostrade.

¹⁹² Com'è noto l'idea era stata sostenuta da Flaminio Piccoli, Mariano Rumor e Antonio Bisaglia, tanto che l'autostrada veniva da tutti chiamata Pi.Ru.Bi., dalle iniziali dei proponenti.

¹⁹³ Di poco più di 36 chilometri, tra Torri di Quartesolo e Piovene Rocchette in provincia di Vicenza.

¹⁹⁴ E' evidente che le condizioni del traffico di autoveicoli sono mutate in maniera assai rilevante nei trent'anni trascorsi dalla prima idea di autostrada Valdistico, tanto più considerando lo sviluppo avuto da quest'area del Vento nei decenni considerati.

¹⁹⁵ E nel dibattito pubblico che ne seguì era chiara l'eco delle battaglie condotte molto tempo prima, come se nulla fosse cambiato.

vicenda in commento¹⁹⁶, vicenda assai densa di profili di rilievo e che ha generato un notevole dibattito nell'opinione pubblica, sia per la vicinanza del suo oggetto alla gente, che per la particolare tecnica argomentativa seguita dal giudice.

I profili d'interesse sono diversi; questioni di carattere processuale e sostanziale. Un commento a parte merita, poi, l'*incipit* della motivazione della sentenza in cui il giudice pone degli argomenti singolari alla base della sua pronuncia, suscitando necessariamente delle riflessioni circa il ruolo del giudice in generale e di quello amministrativo in particolare. Ma andiamo con ordine.

1.2 I profili processuali

Gli aspetti originali che riguardano temi di procedura del processo amministrativo attengono particolarmente al profilo della legittimazione ad agire.

In particolare si tratta: a) della legittimazione ad agire di alcune associazioni ambientaliste, riconosciuta dalla legge n. 349 dell'otto luglio 1986; b) della legittimazione di un *trust* di diritto inglese il cui interesse a ricorrere, e comunque la cui titolarità di una situazione giuridica tutelata sono in discussione; c) della legittimazione di un comitato intercomunale composto da residenti nel territorio interessato e sorto all'unico fine di contrastare il sorgere dell'autostrada in questione.

¹⁹⁶ Decisa, in primo grado, dal TAR Veneto, con la sentenza 2234 del 12 maggio 2005.

Esaminiamo i tre aspetti separatamente, partendo dalla loro prospettazione data nel ricorso, proseguendo con l'analisi delle controdeduzioni espresse nella memoria di costituzione ed analizzando il pronunciamento del giudice comparandolo con le acquisizioni di dottrina e giurisprudenza.

1.2.a La legittimazione delle associazioni ambientaliste

La questione giuridica di rilievo è quella relativa all'ampiezza delle censure sollevabili dalle associazioni ambientaliste¹⁹⁷: vi sono dei limiti oppure esse, per il sol fatto di essere titolari di una legittimazione ad agire (per altro del tutto particolare essendo prevista specificamente da una legge) possono proporre qualunque motivo di doglianza avverso un provvedimento amministrativo?

Cerchiamo di chiarire: le associazioni di tutela ambientale che si costituirono nel giudizio, intendevano opporsi alla realizzazione dell'autostrada in questione.

Per perseguire questo (legittimo) obiettivo, però, non fecero valere¹⁹⁸ vizi della procedura che attenessero a profili di lesione dell'ambiente circostante all'opera pubblica.

Infatti, si limitarono a sottolineare, piuttosto, un generico pericolo per il paesaggio ed i beni architettonici di pregio¹⁹⁹ in

¹⁹⁷ Nel caso, Associazione Nazionale Italia Nostra o.n.l.u.s. e WWF – Associazione italiana per il *World Wide Fund for Nature* o.n.l.u.s..

¹⁹⁸ Almeno prevalentemente.

¹⁹⁹ In particolare ville venete.

esso inseriti.

Dunque, il punto processuale complesso atteneva alla legittimazione ad agire di queste associazioni quando in ballo non vi siano interessi direttamente ambientali ma, appunto, *lato sensu*, paesaggistici.

E' chiaro, evidentemente, che non è semplice scindere questi due aspetti, per molti versi due lati della stessa medaglia, posto che il paesaggio naturale e le realizzazioni architettoniche di pregio che vi si inseriscono, formano un tutt'uno inscindibile che, nel suo complesso, rende l'ambiente piacevole e dà il senso della cultura del popolo che lo abita.

Sotto il profilo della legittimazione, tuttavia, il ricorso si limita a fare menzione della legge 349/86 citando anche il decreto del ministro dell'ambiente che individua le suddette associazioni come legittimate (art. 18 quinto comma 5 della medesima legge) “*a proporre ricorso giurisdizionale amministrativo per l'annullamento di atti amministrativi illegittimi suscettibili di arrecare una compromissione dell'ambiente e del paesaggio*”.

I resistenti, dal canto loro, sottolineano come la legge che riconosce la legittimazione processuale delle associazioni ambientaliste consenta ad esse di muovere unicamente censure strettamente relative a lesioni di carattere ambientale, non anche censure di carattere puramente formale o strumentale o comunque verso vizi che non siano immediatamente lesivi di

interessi di carattere ambientale.

L'obiezione sembra, in questo caso, particolarmente rilevante, posto che, lo si ribadisce, i ricorsi di cui si tratta hanno il fine di tutelare, in maniera particolare, le ville venete interessate dal tracciato del tratto autostradale, ma risulta evidente che queste costituiscano beni tutelati per il loro interesse artistico²⁰⁰, non per una qualche valenza ambientale.

Il rischio paventato dai resistenti, dunque, è che nell'estendere eccessivamente la legittimazione prevista in via eccezionale per le associazioni ambientaliste, si finisca per considerare “ambientali” anche tutti quei procedimenti in qualche maniera e per qualunque motivo legati al territorio.

Del resto, esistono al riguardo variegata impostazioni dottrinali e giurisprudenziali.

Per quanto riguarda la maggior parte della dottrina²⁰¹, a

²⁰⁰ Dalla legge 1089 del primo giugno 1939.

²⁰¹ Sul tema della legittimazione in generale, nel processo civile, almeno A. Attardi, *Legittimazione ad agire*, in *Novissimo digesto italiano*, IX, Torino 1963, pp. 721 ss., E. Allorio, *Per la chiarezza delle idee in tema di legittimazione ad agire*, in *Problemi del diritto*, I, Milano 1957, pp. 157 ss., e G. Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, IV edizione, Napoli 1928.

Per il processo amministrativo, almeno F. Benevenuti, *Processo amministrativo (struttura)*, in *Enciclopedia del diritto* XXXVI, pp. 454 e ss., A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, XIII edizione, Napoli, 1982 e V. Caianiello, *Manuale di diritto*

dire il vero, non v'è stata una attentissima valutazione di questo specifico aspetto (salvo lodevoli eccezioni²⁰²). La letteratura ha sottolineato la natura multiforme o polisemica della materia “ambiente”²⁰³, ritenendo di dover quindi restringere il concetto di ambiente individuato dalla l. 349/86.

processuale amministrativo, III edizione, Torino, 2003.

Più in particolare, in relazione allo specifico problema, anche V. Domenichelli in, AA.VV., *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco e F.G. Scoca, III edizione, Bologna, 2001,

²⁰² In relazione al tema specifico della legittimazione delle associazioni ambientaliste, si veda, piuttosto risolutivamente, A. Mangia, *La legittimazione al ricorso giurisdizionale delle associazioni private aventi finalità di difesa dell'ambiente*, in *Studium iuris* 1996, pp. 212 ss., nonché F. Pugliese nel suo scritto, piuttosto eloquente già nel titolo, *La legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste: il limite è nella legge*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1994, pp. 527 e ss.

²⁰³ In particolare M. S. Giannini, *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici* in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1, 1973, pp. 15 ss., F. G. Scoca, *Giurisprudenza amministrativa e tutela dell'ambiente nella prospettiva di un orientamento omogeneo delle giurisdizioni*, in AA.VV. *Unità della giurisdizione e tutela dell'ambiente*, Milano, 1986, pp. 263 ss., AA.VV., a cura di P. Dell'Anno, *La valutazione di impatto ambientale: problemi di inserimento nell'ordinamento italiano* (particolarmente pp. 12 e

In termini assai generali, la tendenza è quella di riconoscere una legittimazione che sia la più ampia possibile.

Senza esaminare le singole impostazioni, è sufficiente notare che il tratto comune di questo filone scientifico poggia su riflessioni coinvolgenti la stessa struttura del processo e la sua singolare evoluzione nel corso degli anni. Attenta a tutelare i principi dello Stato di diritto, infatti, la dottrina esalta il ruolo del giudizio amministrativo, tentando di allentare sempre più le pastoie che lo caratterizzano fin dalla sua origine, avvenuta in un'epoca in cui il rapporto tra cittadino (o suddito) e amministrazione era caratterizzato in maniera assai differente da quella che si ritiene coerente con i canoni di un moderno Stato democratico²⁰⁴. Di qui l'accoglimento²⁰⁵ del concetto di interesse

13), nella collana *Energia e ambiente*, Rimini 1987. Del medesimo autore, *energia e assetto del territorio: profili istituzionali*, Padova 1983. Per alcuni aspetti processuali, G. Torregrossa, *Profili della tutela dell'ambiente*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 4, 1980, pp. 1384 ss.

²⁰⁴ Interessantemente F.G. Scoca, *Modello tradizionale e trasformazioni del processo amministrativo dopo il primo decennio di attività dei tribunali amm. reg.*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1985, p.g. 253 e ss., nonché S. Cassarino, *Il processo amministrativo nella giurisprudenza e nella legislazione*, I, *I presupposti*, Milano, 1984.

²⁰⁵ Anche a livello costituzionale, come si suole argomentare dal combinato disposto degli articoli 24 e 113 della Costituzione.

legittimo come situazione giuridica soggettiva a rilevanza sostanziale e, quindi, il progressivo ampliamento dell'accesso al giudizio²⁰⁶.

Ad onor del vero, però, le profonde riflessioni dottrinali citate ebbero un impatto piuttosto ridotto sullo specifico punto in esame. In effetti, nel caso concreto, non si discuteva della relazione tra interesse legittimo e legittimazione ad agire per il semplice motivo che non vi è alcun interesse legittimo da tutelare. Come è noto, infatti, l'espressa attribuzione per legge della possibilità di proporre un giudizio a difesa di interessi ambientali, rientra in quei casi che la dottrina individua come eccezionali possibilità di tutela di interessi innominati, adespoti, acefali o diffusi che dir si voglia. E' dunque conseguente che le valutazioni attinenti alla legittimazione, in questi casi, debbano far riferimento direttamente alla legge attributiva della

²⁰⁶ Nota che "...quando nell'ambito della giustizia amministrativa si parla di "legittimazione" si intenda riferirsi a problemi di diritto sostanziale – come quello della qualificazione giuridica di un determinato interesse con riferimento agli aspetti soggettivi della vicenda – sembra emergere dall'uso che di quel termine suole fare la dottrina", V. Caianiello nel suo già citato *Manuale di diritto processuale amministrativo*, dopo aver affermato che "La peculiare natura della situazione soggettiva dell'interesse legittimo tutelato nel processo amministrativo di legittimità, rende più complessa l'individuazione del concetto di legittimazione ad agire come situazione autonoma rispetto al primo", pp. 594 e ss.

medesima, che ne indicherà anche l'ampiezza. Nell'interpretazione, al più, ci si potrà far guidare proprio dalla eccezionalità della situazione che, come noto, implica il divieto di interpretazione analogica²⁰⁷.

D'altro canto, però, si sottolinea come non sia opportuno limitare eccessivamente l'ingresso al processo delle associazioni individuate, posto che altrimenti si correrebbe il rischio di lasciare senza tutela interessi, non personalizzati, ma certo non per questo meno degni e bisognosi di protezione, anche giurisdizionale. Tuttavia, è fuor di dubbio che la legge attributiva della legittimazione non intendeva affatto concedere una azione popolare a difesa "dell'ambiente"²⁰⁸.

Dal canto suo, la giurisprudenza si è maggiormente interessata al tema in oggetto, secondo criteri diversi e se vogliamo più strettamente tecnico-ermeneutici, talora ampliando, talora restringendo lo spiraglio d'ingresso nel processo. Tali differenze nell'interpretazione, per altro, non appaiono così

²⁰⁷ Potendo al più consentire un'interpretazione estensiva come risulta indiscutibilmente dall'art. 14 disp. prel. cod. civ.

²⁰⁸ Ciò risulta apertamente anche dall'esame dei lavori parlamentari, per quel che valgono. Infatti il testo che fu originariamente licenziato dalla Camera (cfr articolo 16, IV comma, come si ritrova negli Atti parlamentari della Camera dei Deputati del 19 luglio 1985, in <http://www.camera.it>) prefigurava un'azione popolare, ma nella legge come approvata non ve n'è traccia.

nettamente censurabili, posto che la giurisprudenza, a differenza della dottrina, non opera nel mondo delle pure idee, secondo categorie di carattere generale, ma deve occuparsi di casi concreti sempre diversi tra loro. Per di più, il tema della legittimazione è piuttosto sfuggivo, almeno nei suoi casi limite, l'individuazione della stessa risultando spesso determinata dalle diverse sensibilità del giudice, incline talora a ravvisarla talora a non ravvisarla sulla scorta di elementi giuridicamente piuttosto labili²⁰⁹.

La conseguenza è quella di diversi esiti comunque raggruppabili in due filoni principali; il primo²¹⁰ tende a

²⁰⁹ Sembra concorde V. Domenichelli in AA.VV., *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco e F.G. Scoca, III edizione, Bologna, 2001, quando afferma al riguardo, tomo II, p.g. 1914: “l'orientamento della giurisprudenza sembra ancora piuttosto empirico finendo per attribuire agli stessi giudici la determinazione sull'accesso degli interessi superindividuali (o di quali tra essi) alla tutela giurisdizionale, mediante l'utilizzo congiunto (o confuso) degli istituti della legittimazione o dell'interesse ad agire [su cui vedi anche *infra, nda*] (o meglio dell'interesse ad agire come fonte della legittimazione)”.

²¹⁰ In particolare lo rileva la sentenza 10 marzo 1998 n. 278 del Consiglio di Stato, sezione V (poi seguita dalla giurisprudenza di primo grado; per esempio TAR Marche, 19 novembre 1999, n. 1269) che stabilì la legittimazione delle associazioni

circoscrivere la legittimazione delle associazioni ambientaliste alla tutela di un concetto normativo di ambiente.

La corrente giurisprudenziale in questione afferma: “occorre [...] che il provvedimento che si intende impugnare leda in modo diretto e immediato l’interesse all’ambiente.”²¹¹, o ancora che la legittimazione attribuita dalla l. 349/86 “va per altro delimitata in relazione alla qualificazione dell’interesse sostanziale fornita dalle norme di legge”²¹² e che “l’interesse all’ambiente assume qualificazione normativa con riferimento e nei limiti tracciati positivamente dalla legge 349”²¹³, ovvero “Dalla rilevata stretta correlazione tra estensione oggettiva

ambientaliste solo per gli atti relativi alla tutela ambientale, non per quelli di natura solamente urbanistica. Ma si potrebbe continuare citando una copiosissima giurisprudenza, anteriore e successiva, di primo e di secondo grado, come, ad esempio: TAR Marche, 29 settembre 1999 n. 917; TAR Lombardia, I sezione, 21 marzo 1989 n. 124, 17 gennaio 1990 n. 15; TAR Lombardia, sezione distaccata di Brescia, 15 gennaio 1993 n. 10; e ancora, Consiglio di Stato, sezione quarta, 13 marzo 1991 n. 181, 28 febbraio 1992 n. 223, 29 settembre 1999 n. 223.

²¹¹ In questi termini la sentenza della IV sezione del Consiglio di Stato n. 8234 del 2003.

²¹² Così la già citata sentenza n. 223 del 28 febbraio 1992, Consiglio di Stato, IV sezione.

²¹³ *Ibidem*.

dell'interesse all'ambiente ed ambito di legittimazione discendono altresì i limiti di proponibilità delle censure; non è quindi configurabile la proposizione di motivi aventi una diretta valenza urbanistico-edilizia, e che solo in via strumentale [...] possano determinare un effetto utile (anche) ai fini della tutela dei valori ambientali”²¹⁴.

Le motivazioni che stanno alla base di queste affermazioni sono sostanzialmente due: da un lato sta l'eccezionalità della legittimazione così attribuita, dall'altro la natura organizzativa della legge attributiva²¹⁵

Il secondo²¹⁶ orientamento giurisprudenziale, invece, si esprime a favore di una concezione più ampia della legittimazione concessa dalla l. 349/86, ammettendo la proponibilità di motivi non attinenti all'interesse sostanziale (qui, l'interesse alla tutela ambientale) fatto valere, in ragione dell'utilità “strumentale” della rimozione del provvedimento lesivo.

Nella sentenza in oggetto, il TAR del Veneto ha seguito quest'ultima impostazione e, respingendo la visione che inquadra la l. 349/86 come disposizione eccezionale ed organizzativa, ha

²¹⁴ Consiglio di Stato, IV sezione, 9 novembre 2004, n. 7246.

²¹⁵ E particolarmente, per questo aspetto, vedasi la sentenza 223 del 28 febbraio 1992, Consiglio di Stato, IV sezione.

²¹⁶ Fondamentale è al riguardo la sentenza 181 del 13 marzo 1991, Consiglio di Stato, IV sezione.

ammesso la possibilità, per le associazioni ambientaliste, di agire in giudizio riferendosi alla lesione di interessi solo *lato sensu* ambientali.

L'argomentazione non colpirà per la raffinatezza ermeneutica²¹⁷ (in particolare il passaggio in cui il giudice afferma: “Ove, invece, si voglia sostenere che, una volta riconosciuta la legittimazione nel caso concreto, debba, poi, distinguersi tra i vari mezzi di impugnazione, dovendosi ritenere inammissibili le censure non connesse ad interessi ambientali, l'assunto –non foss'altro che per la problematicità dell'individuazione dei motivi ammissibili e di quelli che non lo sarebbero, nel contesto della stessa impugnativa – non può ritenersi corretto.”²¹⁸) ma sembra tuttavia caratterizzata da una attenzione ai profili di economia processuale nonché da un certo buon senso, dote che spesso ai giudici non viene riconosciuta, ed appare, in definitiva, da accogliere, se non altro per questi motivi.

Per quanto concerne i punti b) e c), meno gravidi di ricadute teoriche, in parte possono muoversi considerazioni analoghe (soprattutto relativamente all'opportunità o meno di

²¹⁷ E cioè, *rectius*, sembra disinteressarsi della raffinatezza ermeneutica in sintesi affermando che, una volta entrati nel processo, si è dentro e “tutto è concesso”, ovvero che non si possono porre restrizioni alle censure sollevabili.

²¹⁸ Così la sentenza al punto 3.1 del “diritto”.

restringere o ampliare la via d'ingresso al giudizio amministrativo), in parte sembra il caso di accennare brevemente ad alcuni aspetti specifici.

1.2.b La legittimazione del “Landmark Trust”

La questione ineriva alla legittimazione²¹⁹ di una fondazione di

²¹⁹ In questo caso il giudice fa riferimento all'interesse ad agire, anche se, su questo punto, si veda, tra l'altro, V. Domenichelli, in AA.VV. *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco e F.G. Scoca, III edizione, Bologna, 2001, quando sostiene, II, pp. 1921 e ss., che i confini tra questo concetto e la *legitimatatio ad processum* risultano spesso incerti nella pratica, ma che una distinzione vi sia e che la verifica della sussistenza dell'interesse ad agire debba seguire a quella della legittimazione: “una volta posto che il soggetto che propone il ricorso può fare legittimamente valere in giudizio un interesse legittimo [...] in quanto si afferma titolare di tale situazione (quindi legittimato alla causa [...]), va verificato dunque se la situazione giuridica soggettiva affermata possa avere subito una concreta e attuale lesione”. In effetti, nella sentenza in esame, il giudice afferma l'esistenza del primo, sembrando disconoscere quella del secondo, punto 3.3 del diritto: “agisca facendo valere interessi personali (di essa fondazione) e concreti, [...] debbono valutarsi alla stregua di interessi di carattere patrimoniale, oltre che personale [...]. Vero è che l'autostrada passerebbe a circa 800 metri da Villa Saraceno [...], a una distanza tale, cioè, da poter far escludere un *vulnus* all'ambiente [...]. Ma, se ciò è vero, bisogna

diritto inglese²²⁰.

Il ricorrente individua l'interesse della fondazione, nella vicinanza al percorso autostradale di una villa palladiana di sua proprietà, la quale verrebbe deprezzata dalla presenza dell'opera pubblica, che pregiudicherebbe irrimediabilmente l'amenità del paesaggio rurale, tanto amata dai turisti (soprattutto britannici) che sono soliti frequentare l'immobile di pregio.

I resistenti, dal canto loro, hanno sottolineato quanto fosse flebile, in definitiva l'interesse a ricorrere di tale fondazione, posto che il danno che ad essa potrebbe derivare è assai esiguo ed eventuale, argomentando invece, circa la *legitimatio ad processum*, che essa mancherebbe non contribuendo a differenziare la posizione del *trust* da quella del *quivis de populo* la mera attività di tutela del patrimonio culturale e paesaggistico, affermata dai ricorrenti.

convenire che il rilievo varrebbe non tanto sul versante della legittimazione ad agire, quanto piuttosto sotto il profilo dello spessore dell'interesse, vale a dire per profili attinenti all'esistenza, o meno, della lesione affermata, e della sua entità”.

²²⁰ La fondazione *no profit*, *The Landmark Trust*, presieduta a titolo onorario dal Principe di Galles, Carlo di Inghilterra, è proprietaria di alcuni immobili, tra cui la villa palladiana “Villa Saraceno”. La sua attività consiste principalmente nell'amministrazione di un patrimonio finalizzata al recupero edilizio di immobili di pregio storico e all'utilizzo dei medesimi per attività alberghiere i cui utili vengono reinvestiti nel mantenimento degli immobili stessi.

Anche qui, dunque, torna in gioco quella difficoltà, sopra rammentata, che si incontra ogni volta che si voglia individuare con precisione la sussistenza di un interesse, in capo ad un proprietario di un immobile, a che il paesaggio circostante non venga alterato da un'opera pubblica dell'impatto che, inevitabilmente, l'autostrada ha.

E' chiaro che, tanto maggiore è il prestigio di un immobile²²¹, collocato da un grande architetto all'interno di un territorio perché con quello si potesse sposare ed amalgamare, tanto più facile è riscontrare l'interesse ad agire, anche a fronte di un *vulnus* assai debole ed eventuale.

Il giudice ha accolto l'impostazione della fondazione secondo cui vi sarebbero interessi personali, concreti e di carattere patrimoniale a sostenere il ricorso. La questione, a dire il vero, è di carattere principalmente fattuale, concernendo la valutazione sulla distanza tra la Villa Saraceno e il percorso autostradale e soprattutto sull'impatto che da tale distanza (significativamente "poche centinaia di metri" per il ricorrente e "ben ottocento metri" per il resistente) possa derivare, e, per tanto, è rimessa alla valutazione del giudice.

1.2.c La legittimazione del comitato intercomunale

Tra i soggetti ricorrenti vi era anche un comitato sorto *ad hoc*, ovvero al precipuo fine di opporsi alla realizzazione

²²¹ Costituente, come nel caso di specie, un patrimonio artistico, tutelato dalla Soprintendenza alla belle arti.

dell'opera pubblica.

Tale ente, che coinvolgeva cittadini appartenenti a diversi Comuni interessati dal tracciato autostradale, si era contraddistinto per una notevole attività ²²² di informazione alla cittadinanza coinvolta e per il tentativo di ampliare quanto più il dibattito democratico sull'opportunità di dare vita all'opera medesima.

Sotto questo profilo, i ricorrenti sostenevano la legittimazione del “comitato intercomunale contro la realizzazione dell'autostrada A 31 Valdastico sud” o.n.l.u.s., sorto *ad hoc*, facendo leva principalmente sul suo statuto (che individua appunto come scopo il “contrastare la realizzazione dell'autostrada [...] A-31 Valdastico sud”) nonché sulla ricordata attività dallo stesso, svolta al fine di informare la cittadinanza indirettamente coinvolta dall'opera pubblica, degli effetti pretesamente negativi che la stessa avrebbe avuto sul territorio interessato; tale attività proverebbe la stabilità e localizzazione del gruppo associativo, caratteristiche indispensabili affinché sia riconosciuta la legittimazione.

I resistenti, invece, rilevavano la circostanza che il mero fatto di dar vita ad un comitato non può essere considerato una scappatoia per “personalizzare” un interesse che in realtà è adespota o, al più, collettivo. Nel nostro ordinamento, infatti, è necessario, in casi come questo, che i soggetti che costituiscono

²²² Obiettivamente ammirevole.

il comitato o alcuni di essi, siano, considerati singolarmente, titolari di un interesse giuridicamente tutelato.

La giurisprudenza, pur non granitica sul punto, sembra propendere per la tesi dei resistenti.

In effetti non mancano i precedenti, anche del medesimo TAR del Veneto²²³, in questo senso. Se già il Consiglio di Stato²²⁴ ha infatti escluso la legittimazione in casi analoghi, in cui tali comitati siano “caratterizzati dalla proiezione di fatto di interessi dei soggetti che ne sono parte, e quindi strumentali all’esercizio di una sorta di azione popolare, non ammessa dal vigente ordinamento, in quanto privi del carattere di enti esponenziali portatori in via continuativa di interessi diffusi radicati nel territorio”²²⁵, anche i tribunali di prima istanza hanno seguito tale impostazione²²⁶, negando, in termini del tutto simili, la legittimazione ad associazioni temporanee “caratterizzate dalla proiezione di fatto degli interessi dei soggetti che ne fanno parte, strumentali all’esercizio di una sorta di azione popolare, trattandosi di associazioni prive del carattere di enti esponenziali portatori in via continuativa di interessi diffusi radicati sul

²²³ Notevole al riguardo la sentenza n. 1256 del 2002, TAR Veneto, I sezione.

²²⁴ Si vedano in particolare le pronunce n. 358 e 5197 del 2001, V sezione, ma soprattutto n. 6657, 5 dicembre 2002, IV sezione.

²²⁵ Si tratta della succitata sentenza 358/01.

²²⁶ *Ex multis*, TAR Lazio, Latina, n. 836 del 17 settembre 2002.

territorio”.

Quella del giudice sembra sia una valutazione soprattutto relativa alla “serietà” (ovvero alla continuità dell’attività svolta) di tali enti collettivi, che non verrebbero considerati degni di legittimazione se costituiti con l’unico fine di entrare nel processo e che, invece, vengono apprezzati come meritevoli di attenzione se hanno svolto, prima dell’eventuale giudizio, una fattiva attività di informazione e contrasto in rapporto all’opera pubblica contestata.

Afferma, quindi la sentenza in commento²²⁷: “la giurisprudenza [...] ha a più riprese riconosciuto la legittimazione ad agire in giudizio di comitati similari, ogni volta che essi dimostrino di avere un criterio di collegamento con la situazione che intendono avversare”. Conseguentemente, il giudice, sul punto, si pronuncia nel senso di riconoscere la legittimazione al comitato intercomunale, da un lato richiamandosi alla sua stessa giurisprudenza²²⁸, dall’altro, e principalmente, ritenendo che, nel caso di specie, sia riscontrabile un collegamento tra l’associazione e la situazione che esso intende avversare, collegamento di notevole consistenza

²²⁷ Punto 3.2 c.i.d.

²²⁸ Citando in particolare la sentenza 1014 del 16 maggio 2000, TAR Veneto, III sezione.

²²⁹ A differenza di quanto sarebbe accaduto nel caso che originò la già citata pronuncia 1256/02.

, emergente dallo statuto e, soprattutto, dalla circostanza che i componenti il comitato siano “residenti nei comuni interessati dal tracciato”²³⁰.

1.2.d La tardività di alcuni ricorsi

L'altra questione processuale che emerge dalla sentenza in esame (e che sarà trattata rapidamente poiché non impegna particolarmente il giudice) è quello della tardività di un gruppo di ricorsi proposti da alcuni dei ricorrenti.

In particolare, alcuni dei ricorsi avevano per oggetto solamente il d.m. 277/04, ovvero l'atto che aveva l'unica finalità di localizzare l'opera pubblica, anche se, per ragioni di economia processuale veniva richiesta la riunione con il giudizio già instaurato avverso il d.p.c.m. del 16 maggio 2003. I ricorrenti, però, a differenza di altri (privati cittadini, associazioni ambientaliste, nonché il ricordato comitato intercomunale e la fondazione di diritto inglese) non avevano tempestivamente impugnato quest'ultimo atto, conclusivo della fase relativa alla compatibilità ambientale dell'opera.

I resistenti sottolineavano come esso fosse già caratterizzato da immediata lesività (come, tra l'altro, dimostrato proprio dalla tempestiva impugnazione operata dai suddetti soggetti), e dunque dovesse essere autonomamente impugnato, sul presupposto che si tratti di un atto conclusivo di un'autonoma fase procedimentale, relativa alla valutazione ambientale e non

²³⁰ Ancora punto 3.2 della sentenza.

alla localizzazione dell'opera. Altrimenti considerando, infatti, si giungerebbe ad eludere il rigoroso termine decadenziale cui sono sottoposte le impugnative di fronte al giudice amministrativo.

In effetti, tale prospettazione gode di supporti tanto normativi che giurisprudenziali. Da un lato, oltre ai principi generali delle impugnazioni²³¹, si fanno valere l'articolo 14-ter, comma 10 della legge 241 del 1990 (il quale, com'è noto fa espressamente riferimento alla pubblicazione del "provvedimento finale concernente opere sottoposte a V.I.A.", indicandola come momento iniziale di decorrenza dei termini per l'impugnazione) oltre alla circostanza di fatto che gli attuali ricorrenti presentarono memorie ed osservazioni relative a quel procedimento, dando così chiaramente mostra di conoscerne l'esistenza, nonché la lesività.

D'altro lato, è piuttosto chiara la giurisprudenza, di primo e di secondo grado, che impone la tempestiva impugnazione di atti di tal fatta. Esemplarmente possono citarsi tanto il Consiglio di Stato²³², il quale, con nettezza afferma: "è pacifico nella giurisprudenza amministrativa, che tali atti immediatamente lesivi ed autonomamente impugnabili, perché riferiti a concreti progetti, apprezzati autonomamente in diversi procedimenti a vari fini ordinati, vadano impugnati dai soggetti terzi, a decorrere

²³¹ Vedasi l'articolo 21 della legge 1034 del 6 dicembre 1971, come modificato dalla legge 205 del 21 luglio 2000.

²³² Sentenza numero 316 del 2004, VI sezione.

dai termini di volta in volta rilevanti, ad es. dal termine di pubblicazione quando prevista.”²³³, che il TAR Campania²³⁴, il quale, in un caso assolutamente analogo e relativo proprio ad una valutazione di impatto ambientale afferma che: “il loro contenuto informativo minimo era sufficiente per dare al cittadino interessato, che avesse usato della media diligenza esigibile, tutte le informazioni necessarie a indurlo ad acquisire visione degli atti e a proporre tempestivamente un ricorso [...] nei sessanta giorni dall’avvenuta pubblicazione”.

Il TAR Veneto, nella sentenza in commento, risolve la questione in poche righe; avendo già annullato l’atto presupposto (ovvero il d.p.c.m.) in virtù delle impugnative tempestivamente presentate, ritiene superfluo valutare se il secondo gruppo di ricorsi sia tardivo o meno.

In particolare, scrive il giudice²³⁵: “Si rivela [...] superfluo l’esame dell’eccezione di irricevibilità per tardività [...] nella precipua considerazione dell’appena avvenuto annullamento di questi ultimi atti. Infatti a nulla approderebbe una eventuale dichiarazione di irricevibilità *in parte qua* dei menzionati ricorsi, stante l’appena richiamato annullamento giudiziale degli

²³³ Pubblicazione che, naturalmente, è prevista per il d.p.c.m. in questione.

²³⁴ TAR Campania, I sezione, sentenza numero 8902 del 25 maggio 2004.

²³⁵ Punto 6.1 del “diritto”.

stessi”. Così, dunque, il giudice amministrativo, considerando che comunque già aveva pronunciato in relazione al d.p.c.m. *de quo*, in conseguenza delle impugnative senza dubbio tempestivamente presentate, ritiene (e sembra a ragione) superfluo esaminare il punto relativo alla tardività del secondo gruppo di ricorsi.

I profili procedurali della sentenza in esame, si concludono qui. Sono stati affrontati per amor di completezza e per l’interesse che presentano anche al di fuori dei, tutto sommato ridotti, limiti in cui entrano in gioco nel caso concreto.

Conclusivamente, sotto questo aspetto, si può ritenere che il giudice si sia ispirato a criteri di una certa larghezza nella valutazione relativa a tempestività e legittimazione. Le sue scelte non appaiono censurabili, risultando anzi, nella sostanza, per lo più condivisibili, anche in considerazione della delicatezza degli interessi coinvolti e della conseguente inopportunità di un’esclusione dal processo dei medesimi in ragione di (dubbe) questioni attinenti ad aspetti puramente processuali.

Certo è che, tenendo presente l’ambizioso obiettivo che ci si propone in questo scritto, val la pena di accennare ad un aspetto problematico.

Se è indubitabilmente vero che il principio democratico viene tutelato dando accesso nel processo ad associazioni e comitati, in qualche modo rappresentativi del popolo, tuttavia non può sfuggire che questi enti ben potrebbero fungere da

cavalli di Troia.

Si intende dire che, ampliando eccessivamente i confini della legittimazione ad agire, si corre il rischio di dare accesso al processo anche a dei soggetti che potrebbero essere creati *ad hoc*, senza alcuna effettiva legittimazione democratica, e finalizzati a perseguire interessi poco limpidi e nient'affatto nobili.

Pertanto, pur condividendo l'opportunità di tutelare situazioni giuridiche soggettive adespote, sembra utile predicare una certa prudenza nell'aprire indiscriminatamente le porte del processo a chiunque affermi di essere portatore di interessi diffusi, posto che ben potrebbe avvenire che così non sia e che, invece, gli interessi siano privati e non confessabili.

1.3. I profili sostanziali

1.3.a Sulla VIA

Prima di affrontare le specifiche censure mosse verso l'attività procedimentale e provvedimento svolta, le contestazioni delle controparti e la decisione del giudice al riguardo, è opportuno richiamare il complesso *iter* che ha portato ai provvedimenti annullati dal TAR, senza dimenticare quale fosse il quadro normativo che accompagnava il sorgere di un'opera pubblica di tale complessità quale la costruzione di un'autostrada²³⁶.

²³⁶ Tale quadro è, oggi, mutato, ma in maniera molto meno significativa di quanto non possa apparire ad una prima,

Questo metodo, pur togliendo un po' di fluidità all'esposizione, è necessario alla comprensione dei numerosi problemi posti dalla sentenza in esame.

In estrema sintesi, per la realizzazione in via ordinaria di opere rilevanti (indicate dall'articolo 1 del d.p.c.m. 377 del 10 agosto 1988), dopo la pubblicità prevista come obbligatoria, che consente ad ogni cittadino la presentazione di istanze, pareri e osservazioni scritte, è necessario che il progetto ed il relativo studio d'impatto ambientale siano sottoposti all'esame di una commissione tecnica la quale è chiamata a pronunciare una valutazione di impatto ambientale (d'ora in avanti, V.I.A.) dell'opera medesima.

Nel caso in cui essa sia positiva, il Ministro dell'ambiente, sentita la Regione interessata, di concerto con il Ministro per i beni e le attività culturali (d'ora in avanti BAC), ne dichiara la compatibilità ambientale.

Nell'ipotesi di dissenso tra amministrazioni, la questione è rimessa al Consiglio dei Ministri, affinché prenda una decisione che superi i contrasti. Così si conclude la prima fase, di compatibilità ambientale cui segue quella di localizzazione dell'opera pubblica (su cui, brevemente, *infra*).

Nel caso di specie, la prima fase di compatibilità ambientale, conclusasi con l'adozione del d.p.c.m. del 16 maggio 2003, aveva avuto un *iter* piuttosto complesso: la

superficiale analisi.

commissione statale V.I.A. ebbe a esprimere, in un primo momento, parere negativo.

Insediate una nuova commissione, in seguito all'intervenuto cambio di maggioranza parlamentare, essa, trovandosi, per altro, ad esaminare un progetto affatto diverso, poiché modificato secondo le indicazioni ricevute durante il primo esame, espresse parere favorevole alla realizzazione dell'opera pubblica. Ciò nonostante, il Ministro *p. t.* per i Beni e le Attività Culturali ebbe a pronunciarsi in maniera assai critica nei confronti della costruzione dell'autostrada in oggetto, rendendo quindi necessario il deferimento della questione al Consiglio dei Ministri. In questa sede, uditi i Ministri dell'Ambiente e dei Beni e delle Attività Culturali, il Consiglio propese per la prevalenza dell'interesse alla realizzazione dell'opera rispetto alle esigenze di carattere paesaggistico.

Avverso l'atto conclusivo di questo procedimento, i ricorrenti sollevarono numerose²³⁷ censure di diversa natura. Qui se ne esaminano quattro, che sono quelle accolte dal giudice di primo grado, il quale dichiara tutte le altre assorbite.

1.3.a.a Il difetto di motivazione del Dpcm 16 maggio 2005

Con la prima (terzo mezzo di impugnazione nel ricorso) il ricorrente sostiene che l'atto in questione sia affetto da eccesso di potere emergente in maniera sintomatica dal difetto di

²³⁷ Per la precisione, sedici.

motivazione²³⁸. Dal verbale della seduta del Consiglio dei Ministri, infatti, risulterebbe la mera enunciazione delle posizioni ministeriali contrastanti e la prevalenza accordata alla realizzazione del progetto, senza la presenza di alcuna motivazione.

I resistenti, dal canto loro, sottolinearono come i requisiti della motivazione siano stati ampiamente rispettati, quantomeno *per relationem*, rimandando sul punto ai copiosi allegati (parere della Commissione per la valutazione di impatto ambientale e della Giunta della Regione Veneto, prescrizioni e raccomandazioni...) del d.p.c.m. in questione, che costituiscono parte integrante del decreto medesimo. Del resto l'atto annullato, richiamando la delibera del Consiglio dei Ministri, ha preso in considerazione tanto il parere della Commissione V.I.A. istituita presso il Ministero dell'Ambiente che quello della Commissione regionale.

Inoltre è da considerarsi che la pronuncia del Consiglio dei Ministri rientra nel novero di quegli atti c.d. di alta amministrazione (nel caso della V.I.A. la ponderazione globale di interessi comporta “anche, e soprattutto, valutazioni e scelte di fini generali, politici nel senso più ampio”²³⁹) che, per loro

²³⁸ Richiamando la violazione di legge, in particolare dell'articolo 3 primo comma della legge 241 del 7 agosto 1990.

²³⁹ Così A. Predieri nella prefazione a *Diritto e ambiente*, di G. Di Giovine, Milano, 1983, pp. XI e ss.

natura, sono caratterizzati da un attenuato obbligo di motivazione, risultando finalizzati alla composizione di un dissidio tra amministrazioni.

Il giudice, accogliendo la censura dei ricorrenti, da un lato afferma che anche la documentazione allegata non motiva in maniera particolare circa le perplessità sollevate dal Ministro per i Beni e le Attività Culturali, violando l'obbligo di motivazione "non tanto in astratto, vale a dire con riguardo all'obbligo generale di motivazione sancito dall'articolo 3 della legge 241/90, quanto in concreto, alla luce delle menzionate osservazioni critiche del Ministro dei Beni culturali e delle opposizioni alla costruzione del tronco autostradale di cui lo stesso aveva riferito"²⁴⁰.

Sembra opportuno notare, almeno incidentalmente, che il Ministro dei Beni culturali, dopo aver effettivamente sollevato delle critiche sulla costruzione dell'opera pubblica in questione, aveva deciso di rimettersi alla votazione consiliare, astenendosi dal voto. E' quindi sostenibile, in maniera piuttosto agevole, che lo stesso Ministro abbia optato per superare il dissenso previamente espresso.

D'altro lato che, pur rientrando l'atto censurato tra quelli di alta amministrazione, tuttavia "non sembra sufficiente la mera affermazione della prevalenza dell'uno [interesse, *nda*] sull'altro, sembrando al contrario necessario sostenere la scelta per la

²⁴⁰ Così nella sentenza, punto 5.1 del considerato in diritto.

prevalenza del primo [quello alla realizzazione dell'autostrada, *nda*] con argomentazioni quanto meno esplicative”²⁴¹.

La dottrina²⁴², trattando degli atti di alta amministrazione, ne sottolinea la natura peculiare consistente nel porsi a mezzo tra la funzione di attività politica e amministrativa.

La loro caratteristica principale è quella di perseguire la pubblica utilità dopo aver contribuito ad individuarla, superando la nota dicotomia che definisce l'attività politica come quella (libera nei fini) di scelta delle finalità pubbliche da perseguire e l'attività amministrativa come quella il cui scopo è di tendere al raggiungimento degli obiettivi a monte decisi.

E' conseguente che la estrema discrezionalità sia una

²⁴¹ *Ibidem.*

²⁴² Sul punto si vedano: Mattarella, *L'attività*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Milano 2000, I, pp. 677 e ss., nonché E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano 2000, p. 35, il quale a riguardo, nota che gli atti di alta amministrazione siano: “caratterizzati da amplissima discrezionalità, considerati l'anello di collegamento tra indirizzo politico e attività amministrativa in senso stretto”.

Per la situazione precedente all'introduzione della l. 241/90, propendendo per la soluzione per cui gli atti da alta amministrazione, caratterizzati da discrezionalità piena, non abbisognassero di motivazione, esaustivamente, A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, XV ed., Napoli, 1989, pp. 294 e ss.

caratteristica tipica degli atti rientranti in questa categoria, così come è evidente che l'onere di motivazione di tali atti sia fortemente attenuato, mancando la necessità di individuare il nesso che collega normalmente l'atto amministrativo al raggiungimento del suo fine *aliunde* individuato.

Certamente, con l'introduzione del dovere generale di motivazione dei provvedimenti amministrativi, entrato nell'ordinamento con l'art. 3 l. 241/90, vi sono stati degli sviluppi nella riflessione a proposito della motivazione anche degli atti di alta amministrazione; tuttavia, tanto nel dibattito scientifico, quanto nella pratica giuridica, si è faticato molto a chiarire quale fosse la funzione e l'ampiezza che la motivazione dovesse rivestire in questi casi.

Sembra, in definitiva, da condividersi, l'opinione di chi²⁴³ afferma che, dopo l'entrata in vigore della l. 241/90, "in dottrina si è da più parti ritenuto che la disposizione ha fatto *tabula rasa* di tutte le precedenti distinzioni..[...]. La realtà sembra però muoversi su linee diverse..[...]. Nella sostanza, quindi, la norma in esame non sembra affatto aver stravolto l'assetto cui era pervenuta la giurisprudenza."

Si è finito così con l'ammettere e riconoscere che l'elemento motivo del provvedimento debba consentire uno

²⁴³ R. Villata in AA. VV. *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco e F.G. Scoca, III edizione, Bologna, 2001, pp.1478 e ss.

scrutinio che si limiti a valutare la non manifesta illogicità della scelta compiuta.

Sembra poi il caso di soggiungere che la censura accolta pare essere rivolta verso valutazioni che rientrano nella discrezionalità amministrativa pura.

Del resto, anche la giurisprudenza, pur in un variegato atteggiarsi²⁴⁴, individua, come elementi sufficienti alla validità degli atti rientranti in questa categoria, la completa attività istruttoria, con conseguente conoscenza dei fatti posti a base dell'atto in questione, e la ragionevolezza (categoria concettuale sempre difficile da dominare²⁴⁵) con cui si opera la valutazione discrezionale degli interessi pubblici, anche contrastanti, coinvolti nelle singole scelte.

Poiché tali caratteristiche non sembrano mancare all'atto in oggetto, l'accoglimento della censura appare quantomeno discutibile.

²⁴⁴ Sostengono l'obbligo di motivazione, pur in maniera attenuata, per esempio, Consiglio di Stato, IV sezione, 10 settembre 1991, n. 694, 22 dicembre 1993, n. 1137, 14 febbraio 1995, n. 562, 10 luglio 1996, n. 832.

²⁴⁵ Si veda al riguardo l'interessante ragionamento di G. Pericu, in AA. VV. *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco e F.G. Scoca, III edizione, Bologna, 2001, pp. 1250 e ss.

1.3.a.β Il difetto di istruttoria

A questo riguardo, val la pena premettere che le ragioni sottese a tale motivo d'impugnazione consistevano, fondamentalmente, nella circostanza che i deputati a valutare l'impatto ambientale dell'opera fossero all'oscuro di un parere, assai voluminoso, proveniente dal Ministero dei Beni culturali, di cui furono resi edotti solo *in extremis* e, dunque, troppo tardi per esaminarlo compiutamente.

La seconda censura accolta dal giudice, dunque (quinto motivo di impugnazione), ha per oggetto la violazione o falsa applicazione della normativa²⁴⁶ relativa alla valutazione di impatto ambientale, nonché l'eccesso di potere risultante dal difetto di istruttoria e violazione del procedimento.

I ricorrenti, come detto, sottolinearono che la Commissione V.I.A. non fosse stata in grado di esaminare il parere negativo del Ministero BAC, pervenuto il giorno precedente alla seduta ma non distribuito ai membri della Commissione medesima, informati dell'esistenza di tale atto solo a seguito di intervento di uno dei componenti.

Il giudice ha accolto questo motivo di censura, rilevando la mancata smentita dei resistenti sui fatti allegati dai ricorrenti e

²⁴⁶ Direttiva europea 85/337/CE del 27 giugno 1985, in particolare l'art. 3 come modificata dalla direttiva europea 97/11/CE del 3 marzo 1997, in particolare l'art. 1 punto 5; il DPR 12 aprile 1996, in particolare l'art. 2 primo comma, lettera b.

constatando quindi la violazione di legge risultante “*per tabulas*”²⁴⁷, posto che la normativa in materia impone che per ciascun progetto sia condotta una approfondita valutazione degli effetti sull’ambiente circostante²⁴⁸. Egli affermò quindi che “la commissione si è pronunciata non avendo presente detto parere”²⁴⁹.

Gli elementi che fanno dubitare dell’esattezza di questa affermazione del giudice sono più d’uno.

Anche a voler ammettere che la mancata contestazione dei ricorrenti circa un elemento di fatto possa far ritenere al giudice provate le affermazioni della controparte, è singolare che lo stesso giudice, in base al contenuto della documentazione prodotta (dagli stessi ricorrenti!), riconosca che “nel corso della riunione il presidente Agricola ha comunicato che il Ministero per i beni e le attività culturali ha trasmesso in data 18/12 il

²⁴⁷ Così nella sentenza, punto 5.2 del diritto.

²⁴⁸ Presupposto che, a ben guardare, appare alquanto inconferente: non è in discussione la rilevanza di un’istruttoria sugli “effetti ambientali”; piuttosto appare dubbio che, a questo fine, sia necessario acquisire il parere del ministero BAC. Non sembra infatti che la commissione V.I.A. debba farsi guidare, nella propria attività, dall’operato di un’altra amministrazione, tanto più quando quest’ultima abbia compiti di tutela di beni culturali e, quindi, non sia tenuta ad una precisa valutazione degli effetti più propriamente ambientali dell’opera pubblica.

²⁴⁹ Sempre così il giudice.

proprio parere negativo sull'opera in questione"²⁵⁰. Da ciò risulta chiaramente che i membri della commissione fossero a conoscenza dell'esistenza di tale parere negativo. Ma v'è ben di più: lo stesso documento prosegue (nella parte non citata dal giudice) affermando "Preso atto di tale comunicazione, dopo un attento esame dell'attività istruttoria svolta, la commissione ha ritenuto di esprimere un parere positivo"²⁵¹. Ciò che, dunque, risulta *per tabulas*, è proprio l'esatto contrario di quanto il giudice sembra scorgere, ovvero che vi fu, nei membri della commissione, la conoscenza del parere del Ministro per i Beni e le Attività Culturali, che ve ne fu una presa d'atto e che esso fu preso in considerazione, durante l'attento esame dell'attività istruttoria.

Ciò lascia obiettivamente assai perplessi.

1.3.a.γ Il travisamento dei fatti

La terza censura accolta dal giudice (nono motivo del ricorso) ha per oggetto l'eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione e il travisamento dei fatti della pronuncia di compatibilità ambientale, nonché la violazione della normativa in materia²⁵².

²⁵⁰ *Ibidem*, citando a sua volta la nota allegata al parere di compatibilità ambientale.

²⁵¹ Si tratta ancora della nota allegata al parere di compatibilità ambientale.

²⁵² D.p.c.m. 10 agosto 1988, n. 377, particolarmente articolo 2 primo

Val la pena di premettere, in punto di fatto, che, come già ricordato, l'originario progetto autostradale riguardava il tratto compreso tra Trento e Rovigo. Tale originario progetto, si ribadisce, era stato completamente abbandonato e fu ripreso solo trent'anni dopo, sulla base del mutamento delle circostanze di fatto, con riguardo al notevole aumento di traffico.

Tuttavia, la “nuova Valdastico” doveva essere solo quella del c.d. “tratto sud”, ovvero quello corrente tra Vicenza e Rovigo. Ovviamente, dunque, la procedura di V.I.A. si era svolta solo con riguardo a questo percorso, essendo stato il “tratto nord” sostanzialmente “passato nel dimenticatoio”.

I ricorrenti, ciononostante, con una interpretazione francamente capziosa, sul presupposto che l'oggetto dell'indagine della commissione di valutazione ambientale sia stato unicamente il tratto autostradale “Valdastico sud” e non l'intero percorso che, originariamente, era destinato ad unire Trento a Rovigo, rilevando che la pronuncia di compatibilità ambientale debba avere per oggetto l'intero tracciato e non un troncone dello stesso, sostengono il vizio del parere V.I.A. e la conseguente illegittimità derivata degli atti conseguenti.

Il giudice ha accolto tale censura richiamandosi proprio al d.p.c.m. del 10 agosto 1988, n. 377, il quale dispone che “per

comma, lettera e), l. 241/90, in particolare articolo 7, Circolare del Ministro dell'Ambiente del 7 ottobre 1996, n. 15208, d.p.c.m. 27 dicembre 1988.

progetti [...] si intendono quelli, riferiti all'intero tracciato, [...] concernenti il progetto di massima, ovvero [...] riferite a tronchi funzionali [...] purché siano comunque definite le ipotesi di massima concernenti l'intero tracciato". La conseguenza è che "come pare evidente [...] occorre quanto meno i dati concernenti le ipotesi di massima riferite all'intero tracciato"²⁵³.

L'affermazione, a prima vista corretta, può però risultare smentita da una serie di circostanze.

In effetti la normativa al riguardo è piuttosto complicata da ricostruire ed è stata, per altro, più volte innovata. La disposizione invocata dai ricorrenti²⁵⁴, si riferisce effettivamente all'"intero tracciato", quando individua l'oggetto su cui la Commissione V.I.A. è chiamata a pronunciarsi, e ciò non è avvenuto.

I resistenti avevano sostenuto la necessità di operare una lettura della norma in questione che apparisse coordinata con la modifica del medesimo d.p.c.m.²⁵⁵ introdotta dal d.P.R. 11 febbraio 1998²⁵⁶. Tale disposizione, individuando i progetti che debbono essere sottoposti a V.I.A., indica anche "*autostrade [...] o tratti di esse*", dunque, con ogni probabilità, un esame relativo solo a tratti di autostrada sarebbe ammissibile, se non anche

²⁵³ Così la sentenza, punto 5.3 del diritto.

²⁵⁴ Articolo 2 del d.p.c.m. 10 agosto 1988, n. 377.

²⁵⁵ In particolare al suo articolo 1, lett. g).

²⁵⁶ Partitamene, articolo 1, IV comma.

preferibile.

A ben guardare, infatti, se si accogliesse la lettura proposta dai resistenti, si potrebbero trarre conseguenze assai più logiche.

La valutazione ambientale sull'intero tracciato non avrebbe alcun senso. Infatti, quando, come nel caso, si tratti di considerare l'impatto di una parte di autostrada, non rilevano i futuri, eventuali e incerti sviluppi che la medesima potrà (o potrebbe) avere²⁵⁷.

Oltre tutto, la soluzione proposta dai resistenti si presenta più efficace anche dal punto di vista della tutela dell'ambiente; infatti, nell'ipotesi in cui anche il tratto "nord" dovesse venir realizzato, anch'esso dovrebbe sottostare a V.I.A. Ci sarebbero, infatti, due differenti studi sugli impatti ambientali, ciascuno particolarmente focalizzato sul tratto di interesse e le relative, particolari esigenze.

²⁵⁷ Per quale motivo mai sarebbe necessario prendere in considerazione anche il tratto autostradale "nord"? Oltre al fatto che esso, verosimilmente, non inciderebbe affatto nella valutazione di impatto ambientale relativa al tratto "sud", sembra il caso di rilevare che non è prevedibile che vedrà la luce.

Insomma, la circostanza asserita, per cui il progetto dell'autostrada Valdastico sarebbe unitario, è discutibile, parendo la realizzazione del suo tratto nord, del tutto eventuale e decisamente remota. Da ciò si traggono argomenti per criticare la tesi sposata dal giudice, potendosi piuttosto sostenere l'altra.

Accedendo invece alla ricostruzione proposta dai ricorrenti, si giungerebbe ad un esito irrazionale nonché contrastante col principio di economicità dell'azione amministrativa. Perché non operare un'analisi degli effetti ambientali del tratto nord solo quando, eventualmente, questo verrà ad esistenza? Perché svolgere una V.I.A. su un tratto autostradale di là da venire e comunque di incerta realizzazione e che quindi potrebbe risultare completamente inutile?

In conclusione, la prospettazione accolta dalla sentenza, pur potendo poggiare, almeno apparentemente, su un dato normativo, sembra connotata da un estremo formalismo che, per altro, conduce ad un esito irrazionale, apparendo, dunque, criticabile anche sotto questo aspetto.

1.3.a.δ La mancata menzione delle osservazioni dei privati

L'ultimo motivo di censura accolto dal giudice (sedicesimo mezzo di impugnazione) avverso il d.p.c.m. del 16 maggio 2005, ha per oggetto la violazione dell'articolo 7 secondo comma del d.p.c.m. 27 dicembre 1988. A mente di tale disposizione, la pronuncia di compatibilità ambientale, in ossequio al principio di trasparenza dell'azione amministrativa, deve esprimersi sulle osservazioni e proposte presentate dagli interessati.

Benché, sul punto, i ricorrenti si esprimano in maniera piuttosto generica, il giudice accoglie la censura, rilevando la mancata menzione delle osservazioni nel d.p.c.m. e, anche per

questo motivo, annullandolo²⁵⁸.

La censura, comunque, sottintendeva che il provvedimento conclusivo del procedimento non avesse argomentato su tutte le osservazioni dei privati, prendendo posizione su ciascuna di esse.

Ma, a ben guardare, proprio il riferimento normativo indicato dai ricorrenti prevede che l'atto di compatibilità ambientale "*considera*", non "menziona espressamente e sottopone a puntuale analisi", le osservazioni di parte privata, e del resto è evidente che la disposizione non richiede che il Consiglio dei Ministri si occupi partitamene, ad esempio, dello spostamento di pochi metri di un determinato casello autostradale, della costruzione di tombini e grondaie... L'effetto sarebbe palesemente abnorme²⁵⁹. Risulta chiaro che, avendo il d.p.c.m. in questione indicato come parte integrante del medesimo il parere della Commissione V.I.A. regionale e gli atti della Commissione V.I.A. statale, i quali riportano le osservazioni di parte privata, esso risulta averle "considerate". Oltre tutto, apertamente, il d.p.c.m. *de quo* fa proprie tutte le prescrizioni, raccomandazioni e controdeduzioni che le Commissioni statale e regionale avevano espresso in merito alle

²⁵⁸ Punto 5.4: "nessun riferimento alle osservazioni presentate dagli odierni ricorrenti [...] è contenuto nell'impugnato d.p.c.m."

²⁵⁹ Ed avrebbe riflessi grotteschi.

osservazioni private²⁶⁰; pertanto non può dirsi, neppure per questo aspetto, censurabile.

Il giudice, a questo riguardo, si esprime così: “Nemmeno [...] può essere preso in considerazione – ammesso che possa parlarsi di motivazione *ob relationem*²⁶¹ – quanto riportato, in merito alle osservazioni proposte, [...] nella relazione [...], data la palese sommarietà e sbrigatività delle deduzioni poste a confutazione delle osservazioni medesime”²⁶².

Ecco che dunque, anche sotto questo profilo, la sentenza in oggetto appare criticabile, non essendo, oltre tutto, immaginabile che un atto come quello censurato, adottato dall’ autorità amministrativa apicale, possa soffermarsi nella sua motivazione ad esaminare tutti gli elementi, anche di scarsissima rilevanza, emergenti dall’ istruttoria.

Ora è il momento di esaminare il secondo gruppo di ricorsi proposti contro il d.m. 277 del 5 aprile 2004 emesso dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, avente per oggetto la localizzazione dell’ opera in oggetto.

1.4 Sulla localizzazione

La localizzazione è la fase successiva all’ autorizzazione,

²⁶⁰ Cioè “scaturite dal recepimento di singole osservazioni”, come lo stesso giudice afferma.

²⁶¹ Ammissione che sembra potersi ricavare agevolmente dall’ art. 3 comma III della l. 241/90.

²⁶² Ancora punto 5.4. c.i.d.

finalizzata all'individuazione in concreto dei luoghi che saranno interessati dalla realizzazione dell'opera pubblica di interesse statale. A tal fine si segue un procedimento piuttosto articolato²⁶³. Viene condotto dallo Stato, d'intesa con la Regione interessata, l'accertamento della conformità dell'opera agli strumenti urbanistici e, quando esso dia esito negativo, viene indetta una conferenza di servizi cui partecipano le amministrazioni interessate.

La conclusione all'unanimità della conferenza sostituisce tutti gli atti (intese, pareri, autorizzazioni...) necessari alla localizzazione dell'opera²⁶⁴. La non raggiunta unanimità impone un diverso *iter*²⁶⁵ (proposta del ministro competente, acquisizione di pareri, delibera del Consiglio dei Ministri) che si conclude con l'emanazione di un d.P.R.

1.4.1. La non raggiunta unanimità nella conferenza di servizi

Sostenevano i ricorrenti che la conferenza di servizi non si fosse conclusa all'unanimità, con la conseguenza che si sarebbe dovuto seguire il procedimento regolato dal d.P.R. 616/77 e non, come avvenuto, da quello regolato dal d.P.R. 383/94. Il punto in questione è dunque quello relativo al raggiungimento o meno

²⁶³ Regolato dal d.P.R. 383 del 18 aprile 1994 e 616 del 7 luglio 1997, nonché dalla l. 241/90.

²⁶⁴ A mente dell'art. 3 comma IV del d.P.R. 383/94.

²⁶⁵ Previsto dall'art. 81 comma IV del d.P.R. 616/77.

dell'unanimità.

Le argomentazioni dei ricorrenti a questo riguardo sono più d'una. Quella accolta dal giudice, riguarda il parere negativo del Ministro BAC, espresso in sede di conferenza di servizi.

I resistenti, dal canto loro, contestavano il dato presupposto. Il parere del Ministro BAC, mera riproposizione di quello espresso in sede di V.I.A., infatti, viene considerato superfluo per due ordini di motivi.

Da un lato, esso risulta superato da quanto avvenuto nel corso della procedura V.I.A. (di cui ci si è *supra* occupati). Dall'altro si ritiene che, nell'ambito della conferenza di servizi, il parere del Ministro BAC non avrebbe dovuto aver luogo. A ben guardare, si sostiene, la conferenza di servizi è preordinata all'accertamento della conformità urbanistica dell'opera, non attenendo alla sua autorizzazione paesaggistica (già inserita nel procedimento di V.I.A.). A nulla, dunque, servirebbe acquisire il parere del Ministro che, anche se negativo, non è idoneo a viziare l'esito unanime della conferenza.

Il giudice²⁶⁶ non condivide questa prospettazione “per ragioni di ordine sia formale che sostanziale”²⁶⁷, ritenendo che il dissenso ministeriale non fosse superato dalle vicende relative alla V.I.A. E ciò perché, da un lato, non si potrebbe assimilare l'astensione del Ministro dal voto consiliare ad un parere

²⁶⁶ Punto 7.1 del considerato in diritto.

²⁶⁷ *Ibidem*.

positivo; dall'altro, gli atti del procedimento V.I.A. erano appena stati annullati dalla sentenza in esame²⁶⁸.

Così pronunciandosi, però, il giudice risponde solo in parte alle obiezioni sollevate dai resistenti, poiché nulla dice circa l'opportunità di acquisire il parere ministeriale nel corso della conferenza di servizi.

In effetti la dottrina²⁶⁹ sembra accogliere in pieno la prospettiva dei resistenti tanto in relazione alla circostanza che il parere ministeriale in questione sia superfluo, posto che interviene in seguito ad una V.I.A. positiva²⁷⁰, quanto

²⁶⁸ L'argomento è del tutto inconferente, quanto meno a questo riguardo. Evidentemente il giudice avrebbe potuto pronunciare l'illegittimità del d.m. *de quo*, argomentando unicamente dall'annullamento del d.p.c.m. del 16 maggio 2005, atto presupposto. Non lo fa, volendo esaminare le ulteriori censure sollevate dai ricorrenti, e quindi dovrebbe limitarsi ad una valutazione sulla fondatezza giuridica di queste.

²⁶⁹ Almeno Sticchi Damiani, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992, pp. 243 e ss., Agnes, *Commento agli artt. 14 e 21 legge 7 agosto 1990, n. 241*, in *Leggi civ. comm.*, 1995, pp. 80 e ss.

²⁷⁰ Così G. Morbidelli, in AA.VV. *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco e F. G. Scoca, III edizione, Bologna, 2001, quando (p. 1376) parlando della conferenza di servizi per le grandi opere pubbliche, afferma: "non operano le prescrizioni a tutela dei valori forti (artistici,

all'irrelevanza del medesimo, risultando la conferenza di servizi finalizzata, in questo caso, all'assunzione di determinazioni di carattere prettamente urbanistico²⁷¹. Mancherebbe, in questo caso, la competenza del Ministero in questione che non è tenuto ad adottare alcun atto (parere, nulla osta...) in relazione alla localizzazione dell'opera pubblica e, per tanto, neppure avrebbe dovuto partecipare alla conferenza *de qua*.

Del resto pure la giurisprudenza si è espressa in questi termini, sia in relazione al primo aspetto²⁷² che al secondo²⁷³, con il che risulta piuttosto arduo comprendere la sentenza di primo grado su questo punto.

1.4.2 La illogicità del parere regionale

Circa la seconda censura accolta dal giudice (terzo motivo del ricorso), essa ha per oggetto il difetto di motivazione, la paesaggistici, ambientali, ecc.) [...]. Ciò peraltro a una condizione, e cioè che vi sia stata una valutazione di impatto ambientale [...] la quale determina – si può dire – una presunzione di compatibilità ambientale.”, ed analogamente, seppur in termini meno netti, E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, V edizione, Giuffrè, Milano 2003, p. 448.

²⁷¹ Vedasi l'articolo 3 (localizzazione delle opere di interesse statale difformi dagli strumenti urbanistici) del DPR 383/94.

²⁷² E proprio il TAR del Veneto, I sezione, sentenza n. 1306 del 2001.

²⁷³ Tra le altre, Consiglio di Stato, VI sezione, sentenza 1443 del 18 marzo 2004; 1013 del 10 marzo 2005; TAR Emilia-Romagna, Bologna, I sezione, 29 marzo 2005, n. 595.

contraddittorietà ed illogicità del parere favorevole della commissione tecnica regionale, nonché la violazione dell'art. 3 primo comma della legge 241/90.

Infatti, nel corso della procedura, la Regione intervenne, prendendo atto delle fasi sino ad allora svolte ed adottando un parere favorevole alla costruzione dell'opera.

Esso, ad avviso dei ricorrenti, sarebbe del tutto apodittico limitandosi a rilevare, da un lato, la non conformità dell'opera rispetto agli strumenti urbanistici vigenti, d'altro lato che si può esprimere parere favorevole alla realizzazione dell'opera sotto il profilo della tutela paesaggistica.

Il giudice a riguardo afferma: “palese sembra, invero, la dedotta contraddittorietà e il difetto di motivazione del parere della CTR, in cui, [...] nelle conclusioni si legge: "Si riscontra la non conformità [...] tuttavia le opere previste risultano meritevoli di approvazione"”.

Certo, in relazione alla contraddittorietà essa, ben lungi dall'essere palese, non sembra proprio emergere da quanto il giudice sottolinea: la riscontrata non conformità dell'opera rispetto agli strumenti urbanistici, infatti, oltre a non costituire un elemento ostativo all'approvazione da parte della Commissione Tecnica Regionale, è piuttosto il presupposto necessario affinché si addivenga alla conferenza di servizi prevista.

In relazione, invece, al difetto di motivazione, non deve dimenticarsi quanto già affermato circa il concetto di atto

complesso, ritenendo quindi che il parere *de quo* va letto alla luce del percorso procedimentale in cui si inserisce. E ciò anche a voler prescindere dalla valutazione per cui, essendo tale parere caratterizzato, dal punto di vista del contenuto, da un amplissima discrezionalità esso dovrebbe intendersi, conseguentemente, sottoposto ad attenuati obblighi motivatori.

1.5 L'originalità della motivazione

1.5.1 Il ruolo del giudice amministrativo

“Preliminarmente il Collegio rileva la notevole delicatezza dei temi sottoposti al suo giudizio. Ciò si dice in primo luogo perchè sono in gioco interessi “forti” (per quanto su versanti diversi e contrapposti), pressoché *naturaliter* in antitesi tra loro. Qui si contrappongono, invero, da un lato la protezione dell’ambiente e del territorio nel suo assieme (e, in particolare, sotto i profili evidenziati negli scritti difensivi e, prima ancora, nelle osservazioni presentate nel corso del procedimento e nei pareri negativi resi dal Ministero dei BAC e da varie Soprintendenze), e dall’altro un presunto interesse connesso allo sviluppo economico, che nel caso di specie passa attraverso il miglioramento della viabilità e del traffico *condicio sine qua non* (sembra dirsi, specialmente da parte della Regione) perché possa mantenersi ed espandersi l’economia tipica del "modello veneto". In secondo luogo, la sottolineata delicatezza rileva addirittura sotto il profilo politico-costituzionale [...]. Pare al Collegio, sempre ad una valutazione di massima e in certo senso esterna

alla verifica di legittimità degli atti impugnati sotto il profilo della corretta applicazione della normativa concernente la VIA, che si imponga una riconsiderazione della scelta di realizzare il tronco autostradale in questione, nel contesto di una politica del territorio finora mancata, e di una valutazione critica di un modello economico di cui oggi emergono le connotazioni negative (legate essenzialmente allo spreco della risorsa territorio) alla luce – oltre che della fondatezza di talune censure su cui *infra* - della rinnovata opposizione, di varia provenienza, alla costruzione del medesimo²⁷⁴.

Così esordisce la sentenza di primo grado, prima di affrontare l'esame delle censure sollevate dai ricorrenti. Che giudizio dare a tale *incipit*? La vasta eco che subito ha avuto la pronuncia del giudice sugli organi di stampa²⁷⁵, giustificata certo

²⁷⁴ La lunga citazione è tratta dalla sentenza in commento, cui sono evidenziati alcuni passaggi, punto 4 del considerato in diritto.

²⁷⁵ Sono soprattutto giornali locali, come “Il giornale di Vicenza”, 1 giugno, p. 25, (“Il Tar ha bocciato la Valdastico sud. Subito ricorso al Consiglio di Stato”), “Il Gazzettino”, 1 giugno, p. I (“Il principe Carlo blocca la Valdastico Sud”), “Il Corriere del Veneto” 1 giugno p. 6 (“il Tar blocca la valdastico sud: procedura arbitraria”), “L’Arena”, 1 giugno, p. 16 (Valdastico sud bocciata: il Tar dà ragione a Carlo”), “Il mattino di Padova”, 1 giugno, pp. 13 e 39, (“Il Tar blocca i cantieri della A31 Valdastico Sud” e, significativamente: “Valdastico, sindaci inviperiti”), ma anche nazionali, particolarmente “Il Corriere della sera”, 1 giugno p. 24,

dall'importanza che il suo oggetto riveste per la zona interessata, si è appuntata principalmente proprio su questo brano.

L'impressione che subito si è avuta, anche²⁷⁶ da parte di commentatori atecnici, è che il giudice avesse travalicato l'ambito di sua competenza.

Alcune parole circa il ruolo del giudice amministrativo in particolare.

La peculiarità del giudice dell'amministrazione consiste proprio nella impossibilità²⁷⁷ di indagare il merito del

(“Fermati i lavori dell’A31”), “la Repubblica” 1 giugno, p. 26 (“Stop del Tar: l’autostrada non serve”), nonché una lunghissima serie di dichiarazioni e comunicati stampa che hanno invaso anche *internet*, tra cui le affermazioni di WWF, Italia Nostra, Verdi, Confcommercio vicentina, ANCI Veneto, presidente della Provincia di Vicenza, Presidente della Regione Veneto, Assessore regionale alle politiche del territorio, ASCOM-CIA-CNA-Confcooperative, Federazione Coltivatori diretti, Federterziario-CLAAI, Unindustria, UPA, interrogazione parlamentare dell’on. Piero Ruzzante e si potrebbe a lungo continuare. Da tutto ciò emerge, in modo chiaro, che l’opposizione del popolo all’opera pubblica non è sicuramente così monolitica come il giudice sembra ritenere. Anzi, tutt’altro, anche considerando i *referendum* indetti a livello comunale che hanno dato, tutti, esito favorevole alla realizzazione dell’autostrada A 31 Valdastico sud.

²⁷⁶ Sarebbe forse il caso di dire, soprattutto.

²⁷⁷ In via generale e salvo le eccezioni previste. Si vedano gli articoli

provvedimento sottoposto al suo esame. Egli, infatti, deve sempre ricordare che giudicare l'amministrazione non significa affatto amministrare, quanto piuttosto vegliare sulla legittimità dell'agire pubblico. Qualora invece la pronuncia giurisdizionale si spingesse nella valutazione della discrezionalità amministrativa si verificherebbe quel fenomeno noto in dottrina²⁷⁸ come difetto assoluto di giurisdizione per superamento del limite esterno del giudicato.

Il giudice amministrativo, nato come organo non terzo e imparziale nei confronti dell'amministrazione²⁷⁹, va via via assumendo una posizione distaccata rispetto ad essa e ne diventa

27 del t.u. Cons. Stato e 7 l. TAR.

²⁷⁸ In merito davvero copiosa. Basterà ricordare i testi istituzionali: E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, (in particolare pp. 690 e ss.), R. Villata, in AA.VV. *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco e F.G. Scoca, III edizione, Bologna, 2001, pp. 1431 e ss., Barone, *Discrezionalità (diritto amministrativo)*, in Enc. Giur., XI, Roma 1989, C. Mortati, *Discrezionalità*, in Noviss. Dig. It., V, Torino, 1960, pp. 1089 e ss., Amorth, *Il merito dell'atto amministrativo*, Milano, 1939, A. M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, pp. 590 e ss.

²⁷⁹ Vedasi per tutti l'introduzione storica al capitolo sulla Giustizia amministrativa di L. Mazzarolli, in AA.VV. *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco e F.G. Scoca, III edizione, Bologna, 2001, pp. 1771 e ss.

cosa altra, diversa. E del resto ciò risponde ad esigenze che sono prima logiche che giuridiche.

È il potere politico che, in virtù della propria legittimazione popolare, è deputato ad prendere le decisioni relative alla vita della collettività; è l'amministrazione che opera le scelte discrezionali sulle modalità di realizzazione delle decisioni prese dal potere politico; il giudice verifica che il tutto si svolga nel rispetto della legge, da parte degli organi competenti e senza che l'attività amministrativa sia esercitata con eccesso di potere.

Il rispetto di questo schema operativo non è imposto solo dal rispetto della divisione dei poteri, ma anche da esigenze di carattere pratico. In particolare, il giudice non ha la legittimazione popolare per sostituirsi alle scelte del legislatore, né ha le competenze tecniche dell'amministrazione, la quale, per altro, svolge una istruttoria che il giudice non ha le possibilità di compiere.

Nel caso di specie, emerge chiaramente che, prima di spingersi all'esame delle singole censure, la sentenza conduce un ragionamento chiaramente riguardante il merito della questione. Anzi, si giunge pure a valutare l'opportunità della costruzione o meno dell'autostrada Valdastico e ciò in conseguenza di valutazioni che sono eminentemente politiche. Il giudice, infatti, si spinge a criticare, addirittura, il modello di crescita economica sotteso al progetto di opera pubblica.

Allora, è difficile sostenere che la sentenza sia inficiata dal vizio così decisivo del difetto assoluto di giurisdizione, poiché le valutazioni inerenti al merito dell'attività amministrativa e particolarmente rivolte all'opportunità o meno di valutazioni attinenti addirittura la sfera politica, non si riscontrano nell'esame delle singole censure. Tuttavia appare piuttosto difficile sostenere che il citato brano della motivazione sia un puro e semplice *obiter dictum*, apparendo piuttosto come il vero fondamento della pronuncia.

Se le cose stessero davvero così, allora sembrerebbe arduo giustificare il *modus operandi* del TAR Veneto che, esorbitando dai limiti impostigli dal sistema, si spinge a valutare non solo il *quomodo* dell'agire amministrativo, anche per quello che riguarda la sua discrezionalità, ma addirittura l'*an*, sotto il profilo dell'opportunità di una scelta, politica, finalizzata alla realizzazione di un'opera pubblica.

1.5.2 Il giudice in generale

Sia che si acceda alla teoria²⁸⁰ secondo cui al giudice è consentita una libertà di manifestazione del pensiero in tutto assimilabile a quella del comune cittadino, sia che si ritenga, invece, che “il giudice parla soltanto per mezzo dei propri atti”, nel caso di specie bisogna riconoscere che l'ingresso nella

²⁸⁰ Sul tema, insuperabile per completezza, profondità di analisi ed attualità, S. De Nardi, *La libertà di espressione dei magistrati*, Napoli, 2008.

sentenza di affermazioni le quali lasciano trasparire quella che, per usare un termine abusato, sembra una chiarissima pregiudiziale ideologica, non può non mettere in discussione la posizione di terzietà del giudice.

Perché mai l'estensore della sentenza ha sentito la necessità di fondare l'intera pronuncia su questo fondamento? Quali conseguenze sorgono?

Il diritto del cittadino ad un processo che si svolga davanti ad un giudice terzo e imparziale, prima di essere sancito dalla Costituzione²⁸¹, è un presupposto logico del nostro²⁸² sistema giuridico. L'applicazione di questo presupposto qualifica l'essenza stessa della funzione giurisdizionale, essendo posto dalla Carta fondamentale a presidio dei diritti di libertà dei cittadini. La sua disapplicazione, specularmente, finirebbe col tradire l'essenza dell'alta funzione affidata all'organo decidente.

Del resto, la disciplina costituzionale che assoggetta il giudice soltanto alla legge²⁸³ ha la finalità di garantirne l'indipendenza, ma essa è strettamente collegata all'imparzialità, tanto che si può sostenere che l'ordinamento sancisce e tutela l'indipendenza proprio al fine di garantire l'imparzialità. Quest'ultima è giustificazione funzionale dell'indipendenza

²⁸¹ All'articolo 111, II comma.

²⁸² Non solo italiano, ma anche di ogni sistema giuridico di stampo occidentale.

²⁸³ 101 comma II.

tanto della magistratura come ordine che del magistrato come singolo.

D'altro canto, la sottoposizione del giudice alla legge è l'unico collegamento che egli può avere con la sovranità popolare. La legge ne è l'espressione²⁸⁴ e solo la sua applicazione consente che le sentenze siano pronunciate "in nome del popolo italiano". Anche per questo motivo il giudice deve astenersi dalla valutazione (e tanto più dall'individuazione) della volontà popolare, per dir così, "intuita" dalla conoscenza che egli ne abbia.

Il fondamentale principio di separazione dei poteri prevede che la traduzione in norme del volere del popolo spetti al potere politico. Se il potere giudiziario viola questi principi basilari, si pone al di fuori del sistema così come congegnato, avvalendosi di garanzie e privilegi che verrebbero a perdere la loro giustificazione.

Sia chiaro, con quanto precede non si vuole sostenere che il TAR Veneto abbia pronunciato una sentenza con effetti così dirompendi sul sistema. Certo, non si ritiene che il giudice abbia "utilizzato" la sentenza per fare attività politica in base alla propria visione del mondo, né può immaginarsi la figura del giudice come quella di ente sciolto dalla realtà e privo di ogni passione umana, compresa quella, *lato sensu*, politica. È noto

²⁸⁴ Almeno, secondo la ricostruzione tradizionale, su cui ci si è soffermati nel capitolo precedente.

che, come ogni uomo, anche il giudice riflette nella propria attività la sua sensibilità e la sua esperienza²⁸⁵.

Tuttavia, oltre alla effettiva terzietà del giudice, ciò che conta è anche l'impressione di terzietà che il medesimo offre alla pubblica opinione, l'imparzialità apparente o "fenomenica".

Ciò risulta dalle esigenze scaturenti dal sistema, come emerge anche dalla sentenza della Corte costituzionale n. 100 dell'8 giugno 1981 che così si esprime: "i magistrati, per dettato costituzionale (artt. 101, secondo comma, e 104, primo comma Cost.), debbono essere imparziali ed indipendenti e tali valori vanno tutelati non solo con specifico riferimento al concreto

²⁸⁵ Anche chi, autorevolmente, giunse a dire che la sentenza è mero frutto di un sillogismo giuridico, dove la norma costituisce la premessa maggiore, il fatto quella minore e la sentenza la conseguenza logicamente necessaria, ebbe a cambiare completamente opinione una volta conosciuto il processo dal di dentro (come si sa, solo gli stolti non cambiano idea).

Si veda ancora G. Zagrebelsky in "La domanda di giustizia", di G. Zagrebelsky e S. Em. C. M. Martini, Torino, 2003, p. 48, dove l'A. afferma: "Dunque perfino nel campo del diritto positivo [...] la pretesa di ridurre l'essere umano a un semplice osservante di norme, fallisce il suo scopo.

Il giudice che è *solo* scrupoloso osservante passivo della legge non è un buon giudice." Il giudice, dunque, non solo non può limitarsi ad essere semplicemente l'autore di un sillogismo, ma anche, se vuole essere un buon giudice, non deve.

esercizio delle funzioni giurisdizionali ma anche come regola deontologica da osservarsi in ogni comportamento, al fine di evitare che possa fondatamente dubitarsi della loro indipendenza ed imparzialità nell'adempimento del compito assegnato. I principi anzidetti sono, quindi, volti a tutelare anche la considerazione di cui il magistrato deve godere presso la pubblica opinione; assicurano, nel contempo, quella dignità dell'intero ordine giudiziario, che l'art 18 r. d. lgs. 31 maggio 1946, n. 511 qualifica prestigio e che si concreta nella fiducia dei cittadini verso la funzione giudiziaria e nella credibilità di essa", nonché dalle illuminanti parole di chi²⁸⁶ sostenne: "I giudici, per goder la fiducia del popolo, non basta che siano giusti, ma occorre anche che si comportino in modo da apparire tali [...].

L'opinione pubblica è convinta (e forse non a torto) che prender parte nella politica voglia dire, per i giudici, rinunciare alla imparzialità nella giustizia".

Che dire, dunque, in conclusione? Che la base motiva della sentenza in oggetto, al di là delle valutazioni circa l'effettiva imparzialità del giudice, risulta chiaramente inopportuna, minando la fiducia delle parti²⁸⁷ nonché dell'opinione pubblica nei confronti dell'autorità giudiziaria.

L'unica conseguenza che si profilerebbe come possibile,

²⁸⁶ P. Calamandrei, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Milano, 1999, p. 239.

²⁸⁷ In modo più evidente, della parte soccombente.

sembra la azione disciplinare, in applicazione dell'articolo 18 della legge sulle guarentigie della magistratura (r.d.lgs. 31 maggio 1946, n. 511) nel quale si prevede la sanzionabilità dei comportamenti del giudice che “tenga [...] una condotta tale che lo renda immeritevole della fiducia e della considerazione di cui deve godere o che comprometta il prestigio dell'Ordine giudiziario”, ma forse anche questa potrebbe apparire una misura eccessiva.

1.6 La conclusione della vicenda

Il 19 gennaio 2006, il Consiglio di Stato, in merito alla vicenda Valdastico, depositò la sentenza di appello, n. 129.

La pronuncia del TAR Veneto fu radicalmente capovolta.

Gli appellanti, resistenti in primo grado, avevano impostato le impugnazioni seguendo la falsa riga delle costituzioni di prime cure, aggiungendo (né diversamente sarebbe potuto essere) un aspetto di critica alla sentenza veneta, concretantesi nella affermazione per cui essa avrebbe superato i confini del sindacato proprio del giudice amministrativo, andando a impingere (come da lessico tralatizio) nel merito.

I giudici di Palazzo Spada, nella decisione in commento, da un lato, si occuparono di respingere le censure accolte dal TAR, nonché quelle dichiarate assorbite; dall'altro, ed è la parte più interessante, fecero alcune riflessioni di carattere generale che appaiono, obiettivamente, assai interessanti e di notevole attualità, poiché i sottesi problemi si ripropongono

continuamente nei giudizi riguardanti le opere pubbliche.

Si prenderanno ora in esame le ragioni puntuali che portarono il Consiglio di Stato a rovesciare la pronuncia di prime cure, soffermandoci solo poi sui ragionamenti di portata più ampia.

1.6.1 Le ragioni di accoglimento dell'appello

Non vale la pena, in questa sede, considerare le ragioni che hanno indotto il giudice d'appello a rigettare quelle censure, sollevate in primo grado e ritenute assorbite dal TAR Veneto. A tal riguardo, basti dire che le conclusioni cui era giunta la difesa sono state integralmente recepite.

Più interessante, invece, è valutare quali argomenti siano stati utilizzati per capovolgere le conclusioni dei giudici veneti.

1.6.1.a La legittimazione delle associazioni ambientaliste, del “Landmark Trust” e del Comitato Intercomunale

L'unico capo della sentenza di prime cure non stravolto dal Consiglio di Stato fu quello relativo alla legittimazione processuale di alcuni soggetti.

Negli atti di impugnazione, gli appellanti avevano riproposto l'eccezione di difetto di legittimazione dei succitati soggetti. Solo l'avvocatura generale dello Stato (che rappresentava, naturalmente, la Presidenza del Consiglio dei Ministri ed i singoli Ministri coinvolti nella vicenda), aveva rinunciato a tale argomento, in relazione alla posizione delle associazioni ambientaliste (ed in particolare Italia Nostra),

ritenendo che i motivi di ricorso accolti dal TAR Veneto fossero attinenti alla tutela ambientale e, dunque, non avesse ragione di riproporsi la questione più ampiamente indagata *supra*.

Il Consiglio di Stato dedica poche righe alla soluzione del problema. Per ciò che riguarda le associazioni ambientaliste, il collegio si limitò a far proprie le ragioni che avevano indotto l'avvocatura generale a non riproporre l'eccezione; per ciò che attiene, invece, alla fondazione di diritto inglese ed al comitato intercomunale, si limitò a sostenere che l'interesse fatto valere da questi fosse “patrimoniale-personale, risultando, i soggetti indicati, proprietari di fondi che, direttamente o indirettamente, risentivano degli effetti economici conseguenti alla realizzazione dell'opera”²⁸⁸.

Come si vede, dunque, senza lasciarsi trasportare da intenti didascalici, il giudice d'appello liquida sbrigativamente la vicenda, valutando, semplicemente, che i soggetti in parola sono “in qualche modo” coinvolti “direttamente o indirettamente”.

1.6.1.b Il difetto di motivazione

Circa tale vizio, il Consiglio di Stato, ripetuta largamente la motivazione del giudice veneziano, non limita le critiche all'impugnata sentenza.

Ritenuto sufficiente il richiamo *per relationem* al parere della commissione V.I.A n. 504 del 19 dicembre 2003 per assolvere agli obblighi di motivazione del provvedimento in

²⁸⁸ Così al punto 8 del considerato in diritto.

questione, parere “che le contrapposte soluzioni aveva comparativamente confrontato”²⁸⁹, il giudice d'appello dava conto della circostanza, sottaciuta in primo grado, per cui “tutte le istituzioni rappresentative delle amministrazioni locali si erano espresse favorevolmente all'esecuzione dell'opera [...]; e che il dissenso proveniva, oltre che da alcune associazioni ambientaliste, da privati proprietari che ritenevano lesi i propri interessi economici”²⁹⁰.

Inoltre, risolutivamente per questo profilo, rilevava come il Tribunale amministrativo regionale non avesse ritenuto sufficiente che il Ministro dell'ambiente avesse riconosciuto come gli interessi di matrice ambientale potessero recedere di fronte a quelli, di tipo economico, dal che si trae la conclusione per cui il TAR “estendeva, in tal modo, il sindacato al merito amministrativo”²⁹¹.

1.6.1.c Il difetto di istruttoria

Anche per quel che riguarda questa censura, il Consiglio di Stato è piuttosto rapido e severo nel criticare la sentenza di primo grado.

Infatti, il ragionamento del TAR Veneto viene bollato come “oggettivamente singolare”²⁹² poiché (come in effetti ci si

²⁸⁹ *Sic* al punto 16 del considerato in diritto.

²⁹⁰ *Ibidem*. Questa considerazione ci tornerà utile *infra*.

²⁹¹ Sempre *ivi*.

²⁹² Punto 17 del c.i.d.

era sommessamente permessi di far osservare *supra*) pretende che risulti *per tabulas* una mancata conoscenza di un atto procedimentale, il quale, invece, *per tabulas* emerge come conosciuto ai componenti della commissione V.I.A.

1.6.1.d Il travisamento dei fatti

Sotto questo aspetto, come si ricorderà, in primo grado si era affermato che “occorrevano quanto meno i dati concernenti le ipotesi di massima riferite all’intero tracciato”, poiché si era ritenuta imprescindibile una valutazione che considerasse pure il “troncone” nord dell'autostrada, troncone, peraltro, che, pur facendo parte dell'originario progetto, non necessariamente sarebbe stata realizzata (come, in effetti, ad oggi non è).

Il Consiglio di Stato si è semplicemente limitato a dare una corretta lettura del disposto dell'articolo 1, IV comma del d.P.R. 11 febbraio 1998, modificante il d.p.c.m. 377/88, in forza del quale la V.I.A. può riguardare anche autostrade e strade *e tratti di esse*²⁹³.

Conclusivamente, sotto questo profilo, i giudici di Palazzo Spada, una volta ricostruita nei termini più esatti la normativa applicabile, si sono limitati a darne l'interpretazione letterale proposta dagli appellanti, poiché *in claris non fit interpretatio*.

1.6.1.e La mancata menzione delle osservazioni dei privati

Il Consiglio di Stato, dopo aver esaminato il disposto

²⁹³ In senso analogo, del resto, anche Consiglio di Stato, VI sez., n. 4876 del 17 settembre 2001.

applicabile²⁹⁴, chiarisce che esso “nell'imporre la considerazione nell'atto definitivo delle osservazioni proposte e le allegazioni presentate nel corso del procedimento, non va interpretato- come sembrerebbe sottinteso alla decisione del Tribunale amministrativo regionale- nel senso che impone l'estrinsecazione nel decreto presidenziale di pronuncia della compatibilità ambientale delle ragioni che portano a disattendere le osservazioni e le allegazioni comunque prodotte nel corso del procedimento. La disposizione intende, invece, prescrivere che di tali osservazioni e produzioni si tenga conto nel corso della progressiva maturazione della scelta finale che, a sua volta, assorbe e riassume tutte le valutazioni dell'istruttoria compiuta e che, pertanto, con riferimento al caso di specie, è immune da censure perché ha tenuto anche conto delle risposte fornite dal gruppo istruttore”²⁹⁵.

Obiettivamente, come si era cercato di chiarire più modestamente *supra*, una tale prospettazione appare la più logica, anche alla luce di un elementare buon senso, in forza del quale non può pretendersi che il provvedimento emanato dall'organo di vertice del potere amministrativo prenda in considerazione, partitamente, ogni minima osservazione privata.

A tacer d'altro, infatti, se così facesse, rischierebbe di

²⁹⁴ Trattasi, come forse si ricorderà, del comma II dell'art. 7 d.P.C.M. 27 dicembre 1988.

²⁹⁵ Punto 18 del c.i.d.

assumere proporzioni inaccettabili.

1.6.1.f Sulla localizzazione

Come si ricorderà, il TAR Veneto aveva sostenuto che, nella necessaria conferenza di servizi, non si fosse raggiunta l'unanimità a causa del dissenso espresso dal Ministero dell'Ambiente, in modifica di quanto avvenuto in sede di Consiglio dei Ministri.

Deciso il Consiglio di Stato nell'affermare: “veramente pretestuosa- ad avviso del collegio- appare la tesi dei giudici di primo grado secondo cui la determinazione collegiale del Consiglio dei ministri, come in quella sede unanimemente adottata, potesse essere successivamente smentita e rimessa in discussione dal Ministro dell’ambiente o dai rappresentanti del suo Ministero”²⁹⁶.

Insomma, anche questo profilo di censura viene destituito di fondamento.

1.7 Le considerazioni di carattere generale

Al di là dei testé esaminati motivi puntuali che hanno portato al ribaltamento della pronuncia di primo grado, ciò che rende particolarmente degna di interesse la sentenza d'appello sono alcune riflessioni dei giudici di Palazzo Spada, di carattere più generale.

Esse si articolano, sostanzialmente, in due distinti piani. Vediamoli.

²⁹⁶ Così il punto 23 del considerato in diritto.

1.7.1 Quale dev'essere la prospettiva del Giudice?

I Consiglieri di Stato, in prima battuta, si pongono la domanda relativa alla prospettiva che il giudice deve adottare di fronte ad una normativa tanto complessa (come risulta pure dalla lunga, e un po' noiosa, riproposizione che si è cercato di darne), disciplinante opere di tale vastità e con il coinvolgimento di interessi così importanti e spesso tra loro contrapposti.

Quindi, dopo aver brevemente ripercorso le vicende storiche che hanno portato al progetto della “Valdastico sud”, affermano, a proposito degli atti impugnati: “si trattava [...] di provvedimenti assunti in esito a complessi ed articolati procedimenti, ampiamente partecipati, nel corso dei quali erano state acquisite, discusse e definite tutte le valutazioni connesse alla realizzazione dell’opera pubblica e conciliati tutti i dissensi manifestati al riguardo”²⁹⁷.

Tale notazione, apparentemente riguardante aspetti di mero fatto, produce, invece, notevoli conseguenze sotto il profilo giuridico. In particolare per ciò che riguarda il punto di vista del giudice che, prosegue la sentenza, avrebbe dovuto operare “una valutazione non limitata al solo accertamento dell’eventuale loro [dei provvedimenti impugnati, *nda*] specifica contrarietà alla legge, ma che giustificasse anche un’eventuale ricaduta della ritenuta illegittimità sull’intero procedimento, in modo da invalidare anche la scelta finale dell’organo decidente che era-

²⁹⁷ Punto 9 del c.i.d.

ripetesi- di alta amministrazione'²⁹⁸.

Le valutazioni appena riportate suggerisce una conclusione di notevole rilievo.

Ovvero che, nel giudizio di legittimità riguardante un'attività amministrativa così complessa, non ha alcun senso guardare esclusivamente alla correttezza formale del singolo atto endoprocedimentale, perdendo di vista l'insieme della procedura che si sta esaminando.

In altri termini, il sindacato del giudice, che sempre deve rimanere esterno all'amministrazione e, dunque, può censurare solo aspetti formali del provvedimento impugnato, tuttavia non può prescindere dal comportamento dei soggetti che quel provvedimento hanno posto in essere, quando, come nel caso di specie, essi abbiano svolto tutto quanto necessario per ottenere il consenso più ampio possibile all'opera da realizzare e l'attività istruttoria più completa possibile.

In caso contrario, si incapperebbe nell'errore di chi, per comprendere il funzionamento di un organismo grande e complesso, si limitasse ad osservare al microscopio singoli frammenti di esso, frutto di infinite parcellizzazioni al tavolo anatomico, senza mai guardare all'insieme dell'oggetto da studiare.

Ecco perché il giudice d'appello stigmatizza il fatto che il TAR abbia utilizzato argomenti talora pretestuosi, o,

²⁹⁸ *Ibidem.*

oggettivamente singolari, avendo perso di vista l'unitarietà del procedimento per soffermarsi in maniera iperanalitica su singole frazioni dell'*iter* necessario per giungere all'atto finale, senza cogliere le inevitabili interrelazioni tra esse.

1.7.2 Quale dev'essere la posizione del Giudice?

Ancora più interessante è l'altra valutazione di carattere generale operata dal Consiglio di Stato che, in qualche modo, risponde agli interrogativi che ci si era posti in merito agli effetti che quel “particolarissimo” *obiter dictum* del Giudice di prime cure avrebbe prodotto sulla sua sentenza.

Innanzitutto i giudici di Palazzo Spada chiariscono il notevole peso politico della decisione circa l'opportunità di costruire l'autostrada chiarendo come: “il procedimento di valutazione d’impatto ambientale [...] anche se finalizzato a migliorare la trasparenza della decisione finale [...] costituisce, tuttavia, mero strumento di supporto tecnico alla decisione finale, la quale, nel caso in esame, essendo stata assunta dalla collegialità del Governo, oltre ad essere di tipo tecnico-discrezionale, riguardando l’attuazione del programma del Governo, implicava marcati profili di valutazione politica che ne restringevano ulteriormente la sindacabilità del giudice amministrativo”²⁹⁹.

Dopo di che, circa gli oneri di motivazione da assolvere

²⁹⁹ Punto 10 c.i.d.

nel provvedimento, chiariscono come³⁰⁰ “ nella valutazione della giustificazione degli atti impugnati, i giudici di primo grado dovevano [...] tenere presente che l’adeguatezza della motivazione, occorrente anche per i provvedimenti discrezionali, non andava valutata in astratto, ma con diretto ed immediato riferimento alla natura dell’atto ed alla corrispondenza fra la determinazione adottata e le acquisizioni istruttorie compiute.

Occorreva considerare, quindi, che era anche consentita una motivazione *per relationem*”, e ancora, che³⁰¹ “in ogni caso, stante la natura discrezionale degli atti impugnati, non era richiesta una motivazione che convincesse dell’opportunità della scelta operata. In considerazione dei limiti imposti al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, era sufficiente una motivazione da cui risultasse un’adeguata completezza del procedimento, la non illogicità, arbitrarietà, contraddittorietà o iniquità della soluzione prescelta; senza pretendere che l’amministrazione desse contezza delle ragioni che, nel suo apprezzamento di merito, l’avevano indotta a preferire l’una o l’altra delle diverse ed opposte soluzioni valutate e nelle competenti sedi confrontate”.

Ma ciò che più colpisce è la considerazione relativa alla “opzione politica” espressa dal Giudice di prime cure. Afferma

³⁰⁰ Punto 11.

³⁰¹ *ibidem*.

infatti il Consiglio di Stato³⁰² che “agli indicati criteri d’interpretazione degli atti di causa- ad avviso del collegio- non si è attenuto il Tribunale amministrativo regionale, la cui decisione appare, anzi, scaturita da una aprioristica opzione (di merito) di dichiarata contrarietà all’esecuzione dell’opera pubblica”, concludendo dunque col dire che “le [...] considerazioni del Tribunale amministrativo regionale, in aggiunta all’evidente pretestuosità di alcune delle ragioni sulle quali è stato basato l’accoglimento dei propositi (in primo grado) ricorsi, inducono a ritenere fondata [...] la censura dedotta dalle parti appellanti di sconfinamento da parte dei giudici di prima istanza dai limiti del sindacato a loro consentito, avendo gli stessi inteso censurare, non già la conformità alla legge delle adottate determinazioni di alta amministrazione, ma il merito amministrativo delle stesse, quasi, poi, rivendicando il ruolo di tutore oggettivo del merito amministrativo cui competeva stabilire quali delle opere programmate dal Governo potessero (per la loro ritenuta *indispensabilità o utilità*) essere realizzate e quali, invece, non dovessero essere eseguite, perché prive di detti requisiti”³⁰³.

Si è reso necessario citare per ampi stralci il ragionamento del Giudice d'appello, affinché emergesse, da un lato, la sua opinione in merito ai doveri di motivazione dei c.d. “atti di alta

³⁰² Punto 12 c.i.d.

³⁰³ Punto 14 del diritto.

amministrazione” (sui quali, più diffusamente, *supra*); d'altro lato, ciò che qui più interessa, le conseguenze da attribuire ad una motivazione così originale della sentenza di primo grado.

Sotto quest'ultimo aspetto, è da notare come l'effetto della “aprioristica opzione (di merito) di dichiarata contrarietà all'esecuzione dell'opera pubblica” è, secondo il Consiglio di Stato (e come suggerito anche dagli appellanti), lo “sconfinamento da parte dei giudici di prima istanza dai limiti del sindacato a loro consentito”. Tuttavia non si giunge fino al punto (né, come sopra riportato, appaiono esservi i presupposti) di cassare la sentenza impugnata per quel difetto assoluto di giurisdizione per superamento del limite esterno del giudicato che, nel caso concreto, il TAR Veneto ha evitato, prendendo comunque in esame analiticamente le singole censure sollevate in primo grado dai ricorrenti.

2. La vicenda “Dal Molin”

Un'altra questione che ha riguardato, negli ultimi anni, il nostro territorio e che ha sollevato fiorenti dibattiti e polemiche, anche su scala nazionale, è quella relativa all'ampliamento della base aerea U.S.A. di Vicenza, conosciuta sotto il nome di “Dal Molin”.

Senza, naturalmente, prendere parte al dibattito politico, che qui non interessa affatto, preme invece esaminare alcuni aspetti che, si ritiene, potranno rivelarsi utili nel dipanarsi dei ragionamenti che si stanno cercando di condurre.

Seguendo il medesimo metodo di cui sopra, si cercherà, dunque, di riportare come si sono svolti i fatti, di valutarne le conseguenze giuridiche concretatesi in pronunciamenti del giudice amministrativo e, da ultimo, commentare alcuni tratti peculiari della vicenda concreta in esame ma che sono destinati a riproporsi in altri e diversi casi.

Andiamo con ordine.

2.1 Il fatto

Già a partire dal 2005, la popolazione residente a Vicenza cominciò a manifestare, in alcune sue componenti, una certa irrequietezza a causa delle voci (divenute sempre più insistenti negli anni a seguire) che volevano ormai prossimo l'ampliamento della base aerea statunitense che lì si trova, nota sotto il nome di “aeroporto Dal Molin”³⁰⁴.

Una delle ragioni fondamentali di tale irrequietezza consisteva nel fatto che, della vicenda, non fosse fornita alcuna informazione significativa, cosicché tutto appariva svolgersi non

³⁰⁴ La rassegna stampa in materia è praticamente illimitata. Qui ci si limita a rinviare ai siti internet www.sidalmolin.it e www.nodalmolin.it, non per dare il classico colpo al cerchio ed alla botte, ma perché, obiettivamente, vi si ritrovano pressoché tutti gli articoli di stampa pubblicati sull'argomento e, in pochi minuti, ci si può fare un'idea piuttosto precisa delle ragioni che stanno dalla parte, appunto, del “sì” e del “no” all'ampliamento della base aerea. Un breve cenno ai due comitati verrà dato subito *infra* nel testo.

alla luce del sole, ma, piuttosto, in gran segreto.

Il 14 giugno 2007, l'ambasciatore americano in Italia, Ronald Spogli, dava, a mezzo stampa, l'informazione che il Governo italiano in carica (allora presieduto da Romano Prodi) aveva confermato l'approvazione all'ampliamento della base aerea, già espressa dal precedente Governo (presidente Silvio Berlusconi).

Benché non del tutto inattesa, la notizia acuì profondamente le preoccupazioni dei cittadini di Vicenza e suscitò un movimento diffuso, anche a livello nazionale, di protesta, tanto per ragioni di tipo squisitamente politico³⁰⁵, quanto per una serie di fondati timori relativi all'equilibrio *lato sensu*, ambientale della zona interessata (come si chiarirà più approfonditamente *infra*).

Le forme di opposizione al progetto assunsero fondamentalmente due aspetti.

Da un lato, come è noto, sotto il profilo della protesta, nacque un comitato di cittadini con lo scopo di impedire la realizzazione dell'ampliamento, il “No Dal Molin” il quale, tra l'altro, ha dato vita ad un “presidio permanente” che staziona di

³⁰⁵ Le quali poggiavano su un convinto antimilitarismo che, a livello costituzionale, troverebbe conferma nell'art. 11, quando vi si afferma che “l'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali”.

fronte all'area coinvolta dal progetto³⁰⁶ e che è balzato agli onori delle cronache anche per alcune degenerazioni violente in cui sono sfociate talune manifestazioni organizzate dallo stesso.

D'altro lato, sotto il profilo più strettamente giuridico, il CODACONS, assieme all'Ecoistituto del Veneto “Alex Langer” e ad alcuni cittadini residenti nelle vicinanze della zona interessata all'ampliamento, proposero ricorso (*recte*, una serie di ricorsi, come si vedrà) al TAR Veneto.

Le ragioni, dunque, che stanno alla base della contrarietà di molti all'intervento sulla base aerea possono sostanzialmente riassumersi in: opposizione alla guerra e ad ogni attività di tipo militare e motivi di carattere ambientale³⁰⁷.

Esaminiamo questo secondo aspetto della vicenda, riservandoci in seguito di dire qualche parola anche sul primo.

³⁰⁶ Forse meno nota è l'esistenza di un comitato che si pone l'obiettivo opposto, chiamato “Sì Dal Molin”, che fonda le sue ragioni essenzialmente valorizzando le positive ricadute economiche che il progetto è destinato ad avere sulla città.

³⁰⁷ A questo riguardo, in seguito al recente alluvione che ha colpito pesantemente la città di Vicenza (ed ha travolto anche il “presidio permanente”), i contrari alla base U.S.A. hanno subito individuato, tra le ragioni del dissesto idro-geologico che ha portato a quei nefasti esiti, anche i lavori relativi alla zona “Dal Molin”. Le autorità, italiane ed americane, si sono affrettate a smentire la circostanza.

2.2 Il ricorso giurisdizionale nella fase precedente al merito

Innanzitutto, è necessario interrogarsi circa il tipo di ricorso proposto innanzi al TAR.

Infatti, come appena ricordato, tutto il procedimento era avvolto dal segreto, cosicché non vi era contezza neppure di quali fossero i provvedimenti da censurare per opporsi all'ampliamento della base aerea.

Dunque, i ricorrenti furono costretti a ricorrere avverso provvedimenti di cui ignoravano gli estremi ed il contenuto, impugnando il nulla osta di estremi ignoti, rilasciato dal Presidente del Consiglio dei Ministri per la realizzazione del progetto Dal Molin, volto all'ampliamento della base USA sita nel territorio di Vicenza, nonché tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti.

Per superare questo stato di ignoranza, proposero, quindi, istanza di accesso a tutta la documentazione in possesso dell'amministrazione italiana relativa al progetto per la realizzazione dell'ampliamento dell'insediamento militare statunitense sull'Aeroporto Dal Molin di Vicenza, in particolare nei confronti del Ministero della Difesa.

Quest'ultimo, dopo una lunga serie di tracheggiamenti, con una nota del 18 ottobre 2007, dava atto dell'ostensibilità dei documenti in questione ed invitava gli istanti a rivolgersi all'avvocatura distrettuale dello Stato di Venezia, onde procedere

alla consultazione, poiché lì si trovavano.

Dal canto suo, ciononostante, l'avvocatura dello Stato non consentiva ai ricorrenti di prendere visione della richiesta documentazione³⁰⁸, facendo valere comprensibili ragioni di riservatezza nell'esecuzione del mandato defensionale e dichiarando di non poter autonomamente decidere quali tra i documenti in suo possesso dovessero essere messi a disposizione dei ricorrenti e quali no³⁰⁹.

Gli istanti, sospettando che il rimpallo di responsabilità tra il Ministero e l'Avvocatura desse attuazione ad una tattica dilatoria, scientemente preparata a tavolino, non riuscendo ad ottenere le informazioni richieste, decisero di proporre il ricorso ai sensi degli artt. 22 e ss.³¹⁰ della l. 241/90, chiedendo al TAR Veneto di pronunciarsi sull'esistenza o meno del diritto di accesso agli atti e sulle modalità di esercizio del medesimo.

Il giudice, con ordinanza n. 70 del 22 aprile 2008, seguendo le indicazioni del legislatore³¹¹, stabilì che andasse

³⁰⁸ Che, come si vedrà, non possedeva.

³⁰⁹ Del resto è noto che uno dei tipici limiti del diritto di accesso sia costituito dal segreto professionale.

³¹⁰ E, in particolare, 25.

³¹¹ Ci si riferisce qui, in particolare, all'art. 2, II comma, del d.P.R. 184/06, *Regolamento di disciplina dell'accesso ai documenti amministrativi*, ove, espressamente, si precisa che la domanda di accesso agli atti va rivolta “*nei confronti dell'autorità competente a*

“disposta la ritrasmissione dei [...] documenti al Ministero [...] affinché si [desse] seguito all'istanza di accesso”.

Tutto ciò, sul presupposto che il Ministero stesso, con la già citata nota, avesse “irreversibilmente” consentito ai ricorrenti di visionare e prendere copia dei dei documenti in parola.

A tal fine, invitò l'avvocatura a restituire gli atti al Ministero entro dieci giorni (e, dunque, entro il 2 maggio 2008) ed ordinò al Ministero medesimo di far accedere i ricorrenti, entro il 25 maggio successivo, onde garantire un sufficiente termine a difesa, prima dell'udienza, fissata per la discussione dell'istanza di sospensiva dei provvedimenti impugnati, in data 18 giugno³¹².

Così si concluse la prima parentesi del giudizio. A questo punto, val la pena di sottolineare un momento come la vicenda che stiamo esaminando presenti aspetti estremamente peculiari.

Infatti, non è certo all'ordine del giorno che un TAR sia chiamato a pronunciarsi su un ricorso proposto avverso atti che

formare l'atto conclusivo del procedimento o a detenerlo stabilmente”.

³¹² Sembra utile dare conto in maniera precisa delle date e dei termini concessi, perché non sembra secondario rilevare come le difese, innanzi a procedimenti complessi e riguardanti interessi assai “sensibili”, si trovarono a poter esaminare i documenti solo per un ristretto lasso di tempo, prima di poter dispiegare le loro difese all'udienza.

sono ignoti a tutti e, dunque, anche ai ricorrenti.

L'altro elemento di peculiarità della fattispecie, in un certo senso connesso con l'impossibilità di conoscere i provvedimenti oggetto dell'impugnativa, consiste nel numero³¹³ dei soggetti implicati.

Le prime pagine delle pronunce intervenute sulla vicenda, infatti, altro non sono che un lungo elenco di parti. I ricorrenti, come già ricordato, sono il Codacons, nonché l'Ecoistituto del Veneto “Alex Langer” ed una mezza dozzina di privati.

Ciò che più stupisce è leggere l'elenco dei resistenti. Essi sono: il Comune di Vicenza, la Provincia, la Regione Veneto, il Ministero della Difesa, la stessa Repubblica italiana³¹⁴, il Consiglio dei Ministri³¹⁵, l'Agenzia militare italiana ed il Ministero degli Interni.

Lungo è, poi, anche l'elenco dei controinteressati: gli Stati Uniti d'America, il Commissario straordinario del Governo³¹⁶, nonché le cooperative “apparentemente” assegnatarie degli

³¹³ E nel livello.

³¹⁴ Com'è necessario in questi casi, in persona del Presidente del Consiglio dei Ministri *pro tempore*.

³¹⁵ *Idem*, come sopra.

³¹⁶ Ovvero l'ingegner, allora Onorevole, Paolo Costa, nominato dal Governo quale commissario straordinario per l'ampliamento della base aeroportuale.

appalti³¹⁷.

All'esito di quest'ordinanza, gli attori poterono, dunque, finalmente prendere in esame la documentazione relativa, prima di arrivare all'udienza fissata per l'esame dell'istanza di sospensiva, fissata, come già ricordato, per il 18 giugno 2008.

Ad onor del vero, l'ostensione documentale fu solo parziale, ma ciò non impedì agli (agguerriti) ricorrenti di depositare, il giorno prima di detta udienza, ulteriori motivi aggiunti che si riferivano proprio all'estrema esibizione di documenti.

Dunque, il 18 giugno, si tenne la camera di consiglio del TAR Veneto.

Il giorno stesso, il Collegio si pronunciò sulla sospensione.

Esaminando quell'ordinanza³¹⁸, emergono delle circostanze che lasciano, francamente, assai stupiti.

In primis, non si può non rilevare come, “in parziale ottemperanza all'ordinanza”³¹⁹ surriferita, i ricorrenti abbiano ottenuto copia di una determinazione del Direttore Generale del Ministero della Difesa - Direzione Generale dei lavori del

³¹⁷ Per la precisione si tratta della CMC, cooperativa muratori cementisti e della CMR, cooperativa muratori riuniti.

³¹⁸ E' la numero 435, appunto del 18 giugno 2008.

³¹⁹ Così lo stesso TAR, lettera a) del *considerato*.

demanio³²⁰, con cui questi autorizzava l'insediamento nell'area “Dal Molin” delle strutture dell'esercito statunitense.

Ciò che, ancor di più, colpisce, è che tale determina fu adottata³²¹ sulla base di un atto di assenso del Governo italiano “espresso verbalmente nelle forme e nelle sedi istituzionali”³²².

A questo punto, il giudice non può esimersi dal rilevare come l'atto di consenso, “espresso soltanto oralmente, appare estraneo ad ogni regola inerente all'attività amministrativa e

³²⁰ Si tratta di una determina del 17 luglio 2008.

³²¹ “Come si evince *per tabulas* dai documenti prodotti dalla stessa Avvocatura dello Stato all'odierna udienza camerale”, recita la lettera d) del *considerato*. Ora, obiettivamente, il concetto di contraddittorio scolpito, tra l'altro, dall'articolo 111 della Costituzione, non può non patire un serio *vulnus* dalla circostanza che, in un procedimento caratterizzato da un'evidente reticenza dell'Amministrazione a mettere a disposizione la documentazione relativa alla vicenda, l'Amministrazione stessa produca, “a sorpresa”, documenti prima ignoti, solo in sede d'udienza.

La prassi è diffusa ma da censurare. Nel caso di specie, tuttavia, sotto il profilo sostanziale, non è stata lesiva del diritto di difesa dei ricorrenti, posto che, come si vedrà immediatamente nel seguito, questi documenti sono stati utilizzati dal giudice per confermare la correttezza dei loro assunti.

³²² Così l'ordinanza, ancora alla lettera d) del *considerato*, riproponendo pedissequamente il contenuto della documentazione prodotta dall'avvocatura dello Stato.

assolutamente *extra ordinem*, tale da non essere assolutamente compatibile con l'importanza della materia trattata e con i principi tradizionali del diritto amministrativo³²³ e delle norme sul procedimento, in base ai quali ogni determinazione deve essere emanata con atto formale e comunque per iscritto³²⁴.

Francamente, appare singolare³²⁵ non tanto che vi siano

³²³ Sul punto sarà sufficiente rimandare a E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2009, in particolare alle pp. 524 e ss., dedicate alla forma degli atti amministrativi. Chi scrive condivide pienamente l'assunto del TAR, ma, solo per ragioni di completezza, varrà la pena di ricordare che la legge, in linea di principio, prevede la libertà delle forme nell'adozione dei provvedimenti amministrativi e, in genere, per l'attività della P.A. Anzi, sono molti i casi in cui i provvedimenti vengono adottati, per dir così, senza forma alcuna. Ci si riferisce alle ipotesi di c.d. "silenzio assenso", le quali pongono, evidentemente, notevoli problemi, se solo si voglia pensare al fatto che (art. 3 della legge sul procedimento amministrativo) "ogni provvedimento [...] deve essere motivato" e che, invece, necessariamente il provvedimento "silente" non lo è e non può esserlo. Si veda, per un'interessante ricostruzione al riguardo, T. Tasso, *Il silenzio della pubblica amministrazione. Il paradosso del silenzio come forma di comunicazione tra il privato e il pubblico*. Napoli, 2005.

³²⁴ Si tratta della lettera e) del *considerato*.

³²⁵ Eufemisticamente.

dei provvedimenti orali adottati dalla P.A.³²⁶, quanto che essi intervengano in procedimenti così complessi e riguardanti interessi assai rilevanti.

E' evidente, infatti, che la forma orale, per la precarietà che la contraddistingue, risulti sommamente inadatta a cristallizzare la volontà dell'Amministrazione, tanto più se si voglia considerare che l'elemento motivo del provvedimento così adottato, che dovrebbe sempre, in linea di principio, rappresentare la stella polare che guida il Giudice nella valutazione sulla correttezza dell'atto posto in essere, appare totalmente mancante.

Ma le ragioni di stupore non si arrestano qui. Infatti, il Collegio non può esimersi dal sottolineare anche come “l'assenso del Governo italiano risulta essere stato formulato, del tutto impropriamente, da un dirigente del Ministero della Difesa, al di fuori di qualsiasi possibile imputazione di competenze e di responsabilità ad esso ascrivibili in relazione all'altissimo rilievo della materia”³²⁷.

Insomma, il giudice rileva non solo l'assoluta

³²⁶ Torna utile l'esempio di scuola dell'ordine impartito dal Vigile urbano con fischietto e gestualità di transitare o di arrestarsi innanzi ad un semaforo non funzionante, per ribadire, come appena *supra* rammentato, che la Pubblica Amministrazione può adottare provvedimenti senza osservare particolari vincoli di forma.

³²⁷ Si tratta, ancora, del punto e) del *considerato*.

inadeguatezza della forma utilizzata, ma anche, *absit injuria verbis*, del soggetto che adottò il provvedimento orale di cui trattasi, il quale rivestiva un ruolo del tutto inadatto ad assumere l'atto in parola, il quale, va da sé, comporta una delicatissima scelta di valenza altamente politica e, per ciò stesso, dev'essere emanato da un organo dotato di una legittimazione di quel tipo, non potendo essere sufficiente una preparazione sotto il profilo tecnico-giuridico.

Per tali ragioni³²⁸, il Collegio, ravvisò la sussistenza del requisito del *fumus boni juris*. Quanto a quello del *periculum in mora*, forse in maniera un po' troppo stringata³²⁹, si limitò a far

³²⁸ In realtà le ragioni furono anche molte altre. Data però la loro natura meno “sorprendente”, sarà sufficiente menzionarle qui in nota senza appesantire (ulteriormente) il testo.

Infatti, il TAR rilevò ancora che: la fase istruttoria era stata irrispettosa delle regole che l'Amministrazione stessa si era data, tra l'altro non essendo stato adottato quel “progetto alternativo” posto come condizione dal Commissario straordinario e, in ogni modo, il procedimento di V.INC.A. non appariva, almeno *prima facie*, attentamente calibrato sul progetto esistente.

Inoltre, era stata violata totalmente la normativa in materia di gare relative a procedimenti ad evidenza pubblica e, in fine, non si era tenuta alcuna consultazione popolare, differentemente da quanto originariamente previsto nel *memorandum*, dimesso negli atti di causa, relativo ad un accordo tra i Governi dei due Paesi.

³²⁹ Ma, si badi, siamo pur sempre in sede cautelare ove l'istruttoria non

riferimento “all'impatto del consistente insediamento (e della connessa antropizzazione) sulla situazione ambientale, del traffico, dell'incremento di inquinamento e in ordine al rischio di danneggiamento ed alterazione delle falde acquifere”³³⁰.

Conseguentemente, accolse l'istanza di sospensiva.

A questo punto giunti, prima di passare oltre con l'esame del dipanarsi della vicenda giudiziaria in esame, val la pena di soffermarsi un momento su alcuni aspetti.

Obiettivamente, anche senza prendere posizione sul merito della vicenda, non si potrà negare che la condotta, processuale ed anche precedente, dell'amministrazione abbia legittimamente indotto il giudice, *ex* articolo 116 c.p.c. a desumere argomenti di prova dal contegno delle parti.

Non solo, ma è certo che il segreto di cui tutta la procedura è stata ammantata ha ingenerato, nella popolazione, prima, nel Collegio, poi, il fondato timore che l'ampliamento della base aerea potesse comportare potenziali pericoli per la salute e l'ambiente circostante.

Il Consiglio di Stato, in sede di appello dell'ordinanza cautelare, rileva questo dato, quando afferma che “la vicenda,

può che essere semplificata e così, vien da dire, pure la motivazione dell'ordinanza decisoria, tanto più considerando che quel che già era stato evidenziato poteva apparire sufficiente per l'accoglimento dell'istanza sospensiva.

³³⁰ E' sempre la lettera e) del *considerando*.

anche per la carenza di adeguate informazioni, ha assunto caratteristiche e dimensioni tali da ingenerare nella comunità locale preoccupazioni e proteste non prive di oggettive giustificazioni”³³¹.

Il Giudice d'appello, dunque, non può non rilevare come l'aura di segreto che ha circondato la vicenda sia stata, di per sé, elemento sufficiente a dare adito a legittime preoccupazioni; ma non si ferma qui.

Anch'egli, infatti, censura il comportamento della P.A., rilevando come esso non sia stato affatto collaborativo e giungendo a dire che “il parziale adempimento dell'Amministrazione della Difesa e le risposte non sempre adeguate e puntuali della stessa hanno, con ogni probabilità, contribuito a determinare il contenuto del provvedimento cautelare adottato dal giudice di I grado”³³²

Anzi, a proposito della produzione documentale intervenuta solo *in limine* del grado d'appello, il Consiglio di Stato rileva, addirittura, come essa non si sottragga “ad una valutazione critica in termini di lealtà processuale, a norma dell'art. 88 c.p.c.”³³³.

³³¹ Così nel *premesse in punto di fatto* dell'ordinanza n. 3992 del 29 luglio 2008.

³³² *Ibidem*.

³³³ Ancora lì. Il disposto del codice di rito, notoriamente, recita: “*Le parti e i loro difensori hanno il dovere di comportarsi in giudizio*”

Date queste premesse, sarebbe stato lecito attendersi che i giudici di Palazzo Spada avrebbero proceduto a confermare l'ordinanza del TAR Veneto, così mantenendo la sospensione degli atti impugnati ed impedendo la prosecuzione dei lavori di ampliamento della base aerea.

Invece, in estrema sintesi, il Consiglio di Stato rileva che, *in primis*, le opere autorizzate sono disciplinate da un accordo bilaterale di diritto internazionale³³⁴; inoltre, che le procedure fissate in tale accordo prevedono il totale finanziamento a carico degli Stati Uniti e l'assegnazione delle commesse sulla base della procedura speciale pattizia e non delle norme interne³³⁵; da ultimo, che la determinazione autorizzatoria impugnata è perfettamente legittima, poiché si basa sul consenso intervenuto tra i due Governi.

Tale consenso era stato “confermato in più occasioni dai diversi Governi succedutisi nel tempo e da ultimo formalizzato nella lettera del Presidente Prodi al Presidente Bush del 18/5/2007³³⁶ e ribadito nella nomina dell'on. Paolo Costa quale

con lealtà e probità”, ma, purtroppo, ciò non sempre avviene.

³³⁴ E, per la precisione, l'accordo Italia-Stati Uniti, adottato il 20 ottobre 1954.

³³⁵ Salvo che per le norme italiane di carattere generale regolanti le costruzioni.

³³⁶ Documento prodotto solo all'udienza d'appello della fase cautelare, si badi bene...

Commissario straordinario di Governo per lo svolgimento delle attività necessarie a favorire la realizzazione dell'ampliamento dell'insediamento militare americano all'interno dell'aeroporto "Dal Molin" di Vicenza³³⁷.

Lo stupore aumenta: francamente lascia perplessi che il dato dell'esistenza di un consenso governativo non si tragga da documenti ufficiali, adottati in esito a procedimenti amministrativi, ma da una non meglio precisata lettera del Presidente Prodi e, indirettamente, dalla nomina di un Commissario straordinario.

Giunti a questo punto, il Consiglio di Stato trae le conseguenze, utilizzando l'argomento³³⁸ dell'insindacabilità degli atti di carattere eminentemente politico.

Afferma, infatti, il Giudice che: “la natura del consenso prestato, quale atto promanante dal Governo nell'esercizio del potere politico e la sua riconducibilità alle attività di carattere internazionale fra Stati giustificano il regime delle forme proprio dell'ordinamento nel quale l'atto s'è formato;

che, pertanto, in ragione della sua natura il consenso appare sottratto al sindacato giurisdizionale di legittimità³³⁹.

Quindi, forse confondendo in parte due piani della vicenda, i magistrati di Palazzo Spada evidenziano come, da un

³³⁷ Così nel *considerato in diritto* della citata ordinanza.

³³⁸ In effetti qui assolutamente a proposito.

³³⁹ E' ancora il *considerato in diritto* dell'ordinanza in esame.

lato, l'atto in parola sia politico e, dunque, per natura sottratto dal sindacato del giudice amministrativo e, d'altro lato, la forma orale è giustificata dalle norme dell'ordinamento di diritto internazionale in cui il consenso s'è formato.

Secondo questo ragionamento, allora, non vi è alcun *fumus boni juris* che giustifichi l'adozione di ordinanze sospensive.

Da ultimo, peraltro, mancano, ad avviso del Consiglio di Stato, “comprovate ragioni di danno ambientale capaci di costituire ostacolo alle opere in questione”³⁴⁰, venendo così meno anche i profili di *periculum in mora* che avrebbero potuto giustificare il provvedimento interinale.

Pertanto, accogliendo il ricorso, annulla l'ordinanza del TAR Veneto e respinge l'istanza di sospensiva.

Tirando le somme, a questo punto, ciò che balza all'occhio è che la questione riguarda aspetti delicatissimi dell'esercizio della sovranità del Paese, attenendo agli obblighi pattizi contratti a livello internazionale.

Comprensibilmente, dunque, il Consiglio di Stato ha ritenuto di non interferire con il potere politico. Tuttavia, la sensazione che se ne trae è che i cittadini, in queste occasioni, siano piuttosto sudditi: completamente sforniti della possibilità non solo di deliberare circa le decisioni che, afferendo al territorio che li circonda, evidentemente li riguardano, ma anche

³⁴⁰ *Ibidem.*

di venire minimamente informati di tali scelte.

Ora, volendo continuare a percorrere la vicenda processuale, sarebbe, a questo punto, lecito attendersi che ci si occupasse della decisione della fase di merito che, ordinariamente, segue a quella della decisione dell'istanza cautelare.

Ma non è così: la vicenda è andata complicandosi con un ulteriore incidente in corso di giudizio³⁴¹. Infatti, cambiato il Sindaco di Vicenza e la maggioranza politica che lo sosteneva, l'otto luglio del 2008, il Consiglio comunale, con la delibera numero 37, indisse un *referendum* sul seguente quesito: “è lei favorevole all'adozione da parte del Consiglio comunale di Vicenza, nella sua funzione di organo di indirizzo politico amministrativo, di una deliberazione per l'avvio del procedimento di acquisizione al patrimonio comunale, previa sdemanializzazione, dell'area aeroportuale Dal Molin, ove è prevista la realizzazione di una base militare statunitense da destinare a usi di interesse collettivo, salvaguardando l'integrità ambientale del sito?”.

³⁴¹ Una vicenda per certi versi simile aveva riguardato la base dell'Isola della Maddalena, in Sardegna. Lì, la decisione statale fu avversata dalla Regione, la quale intendeva proporre dei *referendum* consultivi, per opporsi all'operazione.

La questione fu chiusa, in senso sfavorevole alla Sardegna, con la sentenza 256 del 16 maggio 1989.

In seguito a ciò, alcuni privati, esponenti del comitato “Sì Dal Molin”, impugnarono detta delibera, proponendo anche istanza di sospensiva.

Dunque, il 17 settembre 2008, si tenne, avanti al TAR Veneto, l'udienza in camera di consiglio per decidere sul provvedimento cautelare.

Con ordinanza del giorno stesso, il giudice respinse l'istanza per carenza di *periculum in mora*, rilevando come, da un lato, non apparissero sussistere pericoli di danno, “trattandosi di una consultazione a scopo esplorativo, al fine di svolgere un sondaggio tra la popolazione”³⁴²; d'altro lato, “comunque il quesito proposto verte su un'eventuale iniziativa da parte del Consiglio Comunale, sul cui esito non vi è alcuna certezza”.

La decisione, estremamente sintetica e puntuale, venne impugnata prontamente innanzi al Consiglio di Stato, il quale, com'era lecito attendersi, accolse l'appello e, riformando l'ordinanza di primo grado, accolse l'istanza, sospendendo la delibera consigliare.

Le ragioni di tale provvedimento giurisdizionale³⁴³, altrettanto se non più stringato, lasciano, ancora una volta, piuttosto perplessi.

Infatti, i giudici di Palazzo Spada precisano come non sia

³⁴² Si tratta dell'ordinanza del TAR Veneto, n. 717 del 17 settembre 2008, nel *considerando*.

³⁴³ Si tratta dell'ordinanza n. 5067 del primo ottobre 2008.

sufficiente una valutazione circa l'assenza del *periculum in mora*³⁴⁴, ma sia necessario valutare “la legittimità dell'atto impugnato [...], tale valutazione non può che avere, allo stato, esito negativo, atteso che la consultazione ha per oggetto un "auspicio" del Comune di Vicenza al momento irrealizzabile, quale è quello di acquisire un'area sulla cui sdemanializzazione si sono pronunciate in senso sfavorevole le autorità competenti, e che la consultazione stessa appare comunque inutile, ove si volesse assumere una sua connotazione "patrimoniale", giacché non occorrono sondaggi per accertare la volontà positiva di ogni cittadino di accrescere il patrimonio del Comune di appartenenza, al pari di quanto potrebbe verificarsi se si proponesse un quesito su un ipotetico vantaggio patrimoniale individuale e/o collettivo”³⁴⁵.

Pare a chi scrive che una motivazione non potrebbe essere più formalista, posto che, da un lato, nell'adottare la sospensiva del provvedimento impugnato, si disinteressa totalmente della sussistenza dell'elemento cautelare del *periculum in mora* e,

³⁴⁴ Con buona pace di tutto quanto appreso all'Università, di quanto, almeno apparentemente confermato da granitica giurisprudenza e, se ancora conta qualcosa, di quanto affermato dalla legge, per cui, onde adottare un'ordinanza di sospensiva è necessario il contemporaneo ricorso del *fumus boni juris* e del *periculum in mora*.

³⁴⁵ Così la scarna motivazione dell'ordinanza testé richiamata.

d'altro lato, enfatizza la presenza del *fumus boni juris*, al di là di quanto sarebbe lecito attendersi³⁴⁶.

Ma non è tutto: il Consiglio di Stato ha ritenuto di sottolineare³⁴⁷ che “l'esito incerto della consultazione popolare è proprio di questa, e non può essere assunto a motivo di irrilevanza del danno”³⁴⁸.

Chiusa anche questa parentesi, comprese le differenti posizioni dei giudici di primo e secondo grado, la questione giunse finalmente all'esame del merito da parte del TAR Veneto.

³⁴⁶ Con ciò non si vuole prender parte a favore dell'iniziativa del Comune di Vicenza, posto che, francamente, il testo del quesito referendario appare, *prima facie*, inutilmente verboso e complesso, con un riferimento alla “previa sdemanializzazione” che era del tutto evitabile.

Per chiarire: se il Comune avesse voluto, come verosimilmente lecito, acquisire un indicazione popolare circa la volontà di ampliare la base USA, ben avrebbe potuto chiedere alla popolazione un semplice indirizzo, senza prospettare nel quesito le finalità cui l'area, sottratta all'ampliamento, sarebbe stata destinata e quindi, in definitiva, evitando di prospettare una domanda, obiettivamente, poco neutra e che, in un certo senso, conteneva in sé una necessaria risposta affermativa.

³⁴⁷ In maniera poco condivisibile.

³⁴⁸ E' sempre l'ordinanza del Consiglio di Stato, numero 5067 del primo ottobre 2008.

2.3 La fase di merito

2.3. a I soggetti

In prima battuta, è necessario evidenziare come, innanzi al Giudice del merito, il numero³⁴⁹ delle parti del giudizio era mutato rispetto alla fase cautelare.

In particolare, si erano costituiti, con interventi *ad adjuvandum* Aeroporti vicentini s.p.a., il Comune di Padova e quello di Vicenza³⁵⁰.

2.3.b Le censure

La ricostruzione in fatto operata dal TAR Veneto, nella sentenza n. 3619 dell'otto ottobre 2008, ci consente di individuare le (numerose) censure avanzate nel ricorso e nei molti motivi aggiunti in corso di causa³⁵¹ e di ricostruire pienamente lo svolgersi fattuale della vicenda processuale.

³⁴⁹ Ed il ruolo.

³⁵⁰ Sì, proprio il Comune di Vicenza che, originariamente, rivestiva il ruolo di resistente, ma che, dopo l'elezione a Sindaco di Achille Variati, pur mantenendo tale veste formale, modificando radicalmente la sua posizione, ritenne di intervenire in soccorso dei ricorrenti. Per quanto qui di interesse, vale la pena di evidenziare come esso, nel suo intervento, depositando una approfondita perizia tecnica, sostenne l'alterazione irreversibile della situazione idrogeologica determinata dai lavori ampliativi.

³⁵¹ Né diversamente sarebbe potuto essere, vista la produzione documentale “col contagocce” operata dall'amministrazione.

Senza soffermarci eccessivamente sui singoli motivi di impugnazione, appare comunque utile riproporli per sommi capi, anche se, come vedremo, la sentenza in commento non si periterà di affrontarle partitamente, risolvendo la vicenda con un argomento *tranchant*.

La prima censura sollevata dai ricorrenti, quando ancora oggetto dell'impugnativa era l'atto d'assenso sconosciuto con cui la Presidenza del Consiglio dei Ministri avrebbe autorizzato l'ampliamento della base, era costituito dalla violazione dell'art. 11 della Costituzione³⁵².

Infatti, si assumeva, il principio per cui l'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali avrebbe un contenuto direttamente precettivo, imponendo vincoli all'attività del Paese in politica estera.

E' evidente, dunque, che l'ampliamento di una base aerea militare, destinata ad ospitare la 173^a brigata aviotrasportata dell'esercito degli Stati Uniti d'America, si sarebbe posta in violazione con tale precetto, tanto più se si consideri che, da lì, sono destinati a partire aerei da guerra per l'esecuzione di

³⁵² Al riguardo, è utile consultare M. Conz, *Note a margine della vicenda "Dal Molin". La cooperazione internazionale in materia militare ed i suoi limiti*, assai facilmente reperibile (anche grazie all'ottimo motore di ricerca interno) sul sito *internet* <http://www.costituzionalismo.it>.

missioni militari, anche di attacco.

Altra violazione costituzionale avrebbe riguardato il combinato disposto degli articoli 80 e 87 della Costituzione, posto che non vi sarebbe stata alcuna ratifica per il tramite della legge dell'accordo internazionale che avrebbe consentito il refutato ampliamento.

Altre censure riguardavano il rispetto delle normative comunitarie. In particolare, del trattato costitutivo dell'Unione Europea, dei trattati di Amsterdam e Nizza e dei principi comuni di politica estera e sicurezza. Infatti, sarebbe mancata l'acquisizione del parere del Consiglio europeo che, invece, appariva necessario, sul presupposto che la base "Dal Molin" sarebbe divenuta "il principale scalo europeo"³⁵³ di un esercito straniero³⁵⁴, in pieno territorio dell'Unione.

Si sarebbero poi violate le direttive comunitarie relative alla particolare estensione del diritto di accesso agli atti (ed anche ad ogni informazione) in materia ambientale³⁵⁵ ed alla procedura di V.I.A.³⁵⁶ che, nel caso di specie, si sarebbe dovuta applicare, non vertendo l'opera nell'ambito di quelle erette per la

³⁵³ Così la sentenza in parola, nel *Fatto*.

³⁵⁴ Nel senso di extracomunitario.

³⁵⁵ Si tratta della direttiva 90/313/CEE, che ha trovato attuazione all'interno del nostro ordinamento con il D.lgs n. 39 del 24 febbraio 1997.

³⁵⁶ Disciplinata dalla direttiva 337/85/CEE.

difesa nazionale e, comunque, essendo mancata la prevista informativa alla Commissione europea.

Questi, dunque, gli argomenti sollevati originariamente dai ricorrenti e “al buio”, ovvero in assenza di alcuna informazione sullo stato del procedimento.

Successivamente, delineandosi a poco a poco, in maniera un po' più chiara e completa, il quadro documentale, con proposizione di motivi aggiunti, di “motivi aggiunti ai motivi aggiunti”, di “ulteriori motivi aggiunti” ed altri due ricorsi per “ulteriori motivi aggiunti”, si ampliò il novero delle censure.

*In primis*³⁵⁷, i ricorrenti sostennero la violazione dell'articolo 97 della Costituzione, sotto il profilo del buon andamento della P.A., posto che il Consiglio comunale di Vicenza, con provvedimento del 26 ottobre 2006, aveva disatteso, ritenendolo ininfluyente, il parere negativo all'ampliamento reso dal responsabile dell'ufficio edilizia privata del Comune stesso, su richiesta del Ministero della Difesa.

Ancora, i ricorrenti lamentavano l'incompetenza, con riferimento all'articolo 3, comma 11 della legge 898 del 24 dicembre 1976³⁵⁸ e successive modificazioni³⁵⁹.

Il disposto in parola recita testualmente “*le definitive decisioni sui programmi di installazioni militari [...] sono*

³⁵⁷ Oltre ad altre censure di minore importanza.

³⁵⁸ *Nuova regolamentazione delle servitù militari.*

³⁵⁹ In particolare, intervenute con la legge n. 104 del 2 maggio 1990.

riservate al Ministro per la Difesa”. I ricorrenti evidenziarono come, invece, nel caso concreto, il nulla osta ministeriale fosse stato adottato da un Dirigente del dicastero e non dal Ministro.

Comunque, la citata disposizione sarebbe stata incostituzionale, posto che, volendo qualificare l'atto in commento come atto politico, allora esso sarebbe dovuto spettare ad un organo costituzionale, caratteristica soddisfatta solo dal Governo nel suo insieme e non dal singolo Ministro della Difesa.

A questo punto della ricostruzione in fatto, ecco apparire l'elemento sorpresa che si rivelerà decisivo per la decisione del TAR. L'avvocatura dello Stato, ancora una volta *in limine* all'udienza, aveva depositato un estratto del verbale della riunione del Consiglio dei Ministri, tenutasi l'undici settembre 2008 ed il conseguente decreto del Presidente della Repubblica del 25 settembre successivo, da cui emergeva, testualmente, che il Governo “riconosce, convalida e ratifica” tutti gli atti amministrativi emessi nel corso della procedura, dando atto della volontà politica di realizzare la base aerea “soggiungendo che, mancando tutt'ora il progetto definitivo con la relativa autorizzazione, gli atti impugnati hanno natura endoprocedimentale, e che non è richiesta la V.I.A. per le opere di difesa nazionale (art. 5 DPCM 10.08.88 n. 377), per le quali nemmeno è richiesta la conformità agli strumenti urbanistici”³⁶⁰.

³⁶⁰ Si tratta del quart'ultimo capoverso della ricostruzione in fatto del TAR Veneto nella sentenza 3619/08.

Colpo di scena.

2.3.c La sentenza

Il TAR Veneto, quindi, passa alla ricostruzione in diritto della vicenda, aprendola con una ricostruzione delle vicende che hanno riguardato la produzione documentale nel processo; vicende già in parte narrate, ma su cui val la pena di tornare brevemente, per fornire un quadro completo della condotta processuale dell'amministrazione.

Fino all'udienza camerale per la decisione dell'istanza di sospensiva innanzi al TAR Veneto, vi era una sostanziale ignoranza su quali fossero i provvedimenti da impugnare ed i relativi documenti, tanto da parte dei ricorrenti, quanto, cosa ancor più singolare, da parte dell'avvocatura dello Stato che, solo in vista di detta udienza, era entrata in possesso dell'atto autorizzatorio del dirigente del Ministero della Difesa. Tale atto, certamente di natura amministrativa, tanto sotto il profilo soggettivo che oggettivo, si riferiva genericamente ad un consenso governativo, apparentemente espresso in forma orale.

Solo in sede d'appello della pronuncia cautelare, la difesa erariale produceva un documento scritto³⁶¹, proveniente dal Presidente del Consiglio dei Ministri *pro tempore*³⁶², in cui si dava atto, anche qui genericamente, di un consenso governativo all'ampliamento. Comunque, il tono, “confidenziale e

³⁶¹ Si tratta della lettera di cui si è parlato poco sopra.

³⁶² Allora, il Professor Romano Prodi

colloquiale”³⁶³ non lasciava certamente deporre per la qualificazione di quel documento nel senso che si trattasse di un atto amministrativo³⁶⁴, né di un atto politico³⁶⁵.

Nelle more del giudizio di merito, fu prodotta un'altra determinazione del Direttore Generale del demanio militare, anch'essa impugnata con motivi aggiunti, riguardante la localizzazione della base.

Da ultimo, nei giorni immediatamente precedenti l'udienza pubblica di discussione del merito, il colpo di scena di cui appena sopra abbiamo parlato.

Appare a chi scrive, anche alla luce della sua modesta e limitata esperienza di giudizi, che ci troviamo di fronte ad una vicenda processuale francamente imbarazzante. Le parti³⁶⁶ “giocano a carte coperte” fino quasi al termine del processo, potendo esaminare i documenti decisivi solo *in limine*, con buona pace dei principi del giusto processo di cui all'articolo 111

³⁶³ Così ancora il TAR Veneto nella citata sentenza di merito, all'inizio della parte in diritto.

³⁶⁴ Mancandone i contenuti tipici.

³⁶⁵ Potendo questi provenire solo da organi costituzionali e, nella fattispecie, si ritiene, dall'intero Consiglio dei Ministri e non da un singolo Ministro o dal Presidente del Consiglio medesimo.

³⁶⁶ Entrambe, si noti, perché anche l'avvocatura dello Stato, fino a poco tempo prima dell'udienza di discussione del merito, ignorava la documentazione in parola e, dunque, era nell'oggettiva impossibilità di organizzare una qualsiasi linea difensiva.

della Costituzione.

A questo punto sì (ma solo a questo punto), il giudice amministrativo può prendere atto della natura politica degli atti impugnati (“idonei provvedimenti che qualificano l'operato governativo in chiave di atto di natura politica, finalmente imputabile alla autorità costituzionalmente competente”, dirà testualmente il TAR).

Conseguentemente, poiché essi si sottraggono al sindacato del giudice amministrativo, il Collegio prende atto, da un lato, della cessazione di interesse dei ricorrenti, i quali non avrebbero più potuto trarre alcun giovamento da qualunque esito il processo avesse avuto; d'altro lato, essendo risultato³⁶⁷ il progetto d'ampliamento un atto intermedio, esso, per definizione, non è autonomamente impugnabile, stante l'assenza di autonoma lesività e dunque, per questa parte dei ricorsi, il Giudice rileva l'inammissibilità.

Quindi, conclude il TAR “la complessa impugnativa di cui in epigrafe può [...] dichiararsi in parte inammissibile e in parte improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse, e per cessazione della materia del contendere”³⁶⁸.

Quantomeno, il Giudice ha compensato le spese...

³⁶⁷ Solo in questa sede.

³⁶⁸ E' la conclusione della parte motiva della sentenza in commento.

3. Conclusioni

Cosa si può dire a commento delle vicende concrete che siamo andati sinora esaminando? Quali sono le indicazioni che, da esse, possono trarsi a livello generale?

Pare a chi scrive che, quanto alla questione relativa alla prosecuzione dell'autostrada Valdastico sud, siano almeno due i elementi che balzano all'occhio. Da un lato, gli aspetti riguardanti la legittimazione attiva dei ricorrenti; d'altro lato, quelli afferenti la “iperparcellizzazione” della complessa procedura necessaria per giungere alla realizzazione dell'opera.

Sotto il primo profilo, la posizione di chi scrive è, in linea generale, che sia opportuno ampliare quanto più possibile la facoltà di ingresso nel processo (e prima ancora, nel procedimento) relativo all'impugnativa dei provvedimenti adottati per la costruzione di opere pubbliche.

Ciò, al fine di consentire un penetrante controllo dell'opinione pubblica, nell'ambito di procedure che, per loro natura, sono destinate a coinvolgere una pluralità assai estesa di interessi, non sempre facilmente individuabili *ex ante*.

E', tuttavia, necessario rimarcare anche qui che associazioni e comitati spontanei possono talora avere finalità molto meno nobili di quelle che professano, potendo costituire dei “cavalli di Troia” costituiti all'unico fine di dare ingresso nel processo a posizioni non sempre degne di tutela.

A questo riguardo, infatti, non è troppo difficile

immaginare che, soprattutto in quelle procedure che attengano a provvedimenti che conferiscono vantaggi a determinate società di diritto privato, escludendone delle altre, queste ultime possano ricavare un vantaggio, a livello di competizione sul mercato, dai rallentamenti giudiziari che la concorrente fosse costretta a patire in conseguenza del giudizio e delle sue tempistiche.

Dunque, conclusivamente sotto questo profilo, pur ribadendo un orientamento³⁶⁹ largheggiante e, quindi, di favore, nei confronti del riconoscimento della possibilità di entrare nel processo da parte di enti che tutelano interessi assai delicati ma, spesso, adespoti e/o diffusi, si ritiene altresì necessario richiamare ad un rigoroso rispetto delle disposizioni processuali, onde evitare un uso strumentale del giudizio, per nulla difficile da immaginare quando ci siano in gioco interessi di notevole valore monetario, in capo a soggetti privati caratterizzati da elevato potere economico.

Quanto al secondo aspetto, ovvero quello dell'abnorme specificazione analitica che talora contraddistingue il sindacato del giudice, sembra di potersi affermare che, nell'ambito di procedure estremamente complesse, caratterizzate da una pluralità di subprocedimenti, come quelle necessarie alla decisione sull'opera pubblica, è necessario uno sguardo d'insieme.

Insomma, si ritiene che il giudice debba valutare la

³⁶⁹ Che meglio verrà chiarito nel capitolo successivo.

correttezza dell'agire della Pubblica Amministrazione tenendo sempre presente l'obiettivo del procedimento e non, come talora sembra accadere, soffermandosi a valutare il rispetto di dati puntuali e decontestualizzati³⁷⁰.

E' evidente che tale osservazione di buon senso non sia sempre facile da attuare da parte del giudice, anche a causa dello stato francamente pietoso della nostra legislazione che impedisce una lettura piana delle sue disposizioni e favorisce al massimo grado il proliferare di svariate e contrastanti opinioni giurisprudenziali che, talora, lette al di fuori dei contesti in cui furono formulate, conducono ad esiti paradossali.

Per quanto attiene alla vicenda "Dal Molin", poi, mi pare che l'elemento caratterizzante sia dato dalla totale assenza di informazioni date alla popolazione interessata, sull'infrastruttura in parola.

Certamente gli interessi di politica diritto internazionali hanno rivestito un ruolo decisivo nella vicenda e, vien da dire, è

³⁷⁰ Non si vuole qui, naturalmente, affermare che l'amministrazione possa impunemente violare la legge e che il giudice non lo deve rilevare. Si vuole, piuttosto, affermare che, anche alla luce del nuovo articolo 21 *octies* della l. 241/90, appare eccessivo annullare un complesso procedimento sulla base del mancato rispetto di un dato puramente formale della legge, la cui osservanza non avrebbe portato ad alcuna differenza nel contenuto del provvedimento finale.

piuttosto logico che sia così. Tuttavia, è fuori discussione che il rilevante ampliamento di una base aerea militare coinvolga direttamente un'ampia fetta della popolazione residente nei pressi dell'opera, non solo per posizioni politiche di netto contrasto all'uso delle armi e dell'esercito, ma anche per le ricadute in tema ambientale che detta opera comporta.

La vicenda, a modesto avviso di chi scrive, dimostra, una volta di più, che la segretezza del procedimento ha l'effetto di ingenerare un forte moto di protesta dei cittadini, ormai non più disposti ad essere trattati come sudditi, ma desiderosi di essere, in qualche misura, parte in causa, o almeno considerata, nel processo che porta alle decisioni fondamentali che riguardano tutti.

Dall'esame complessivo dei due casi, da ultimo, si ricava che il sistema appare nelle mani dei giudici, i quali, messi in difficoltà dalla formulazione approssimativa e dalle interpretazioni mutevoli e contrastanti della legge, debbono assumersi in prima persona la responsabilità di scelte che non competerebbero loro, correndo il rischio di farsi guidare, più o meno consapevolmente, da inevitabili opzioni *lato sensu* politiche personali.

Se, però, le cause dello stato della legislazione attuale stanno in quanto si è cercato di illustrare nel primo capitolo e, in definitiva, appaiono di difficile soluzione, sembra che alcuni correttivi nel procedimento amministrativo possano portare ad

una diminuzione del contenzioso (giudiziale e stragiudiziale) e, quindi, ad un risparmio di tempo e danaro nel difficile percorso che porta alla realizzazione di un'opera pubblica. Di questo ultimo aspetto cercherà di occuparsi il prossimo capitolo.

CAPITOLO III.

E' POSSIBILE UNA SOLUZIONE?

Premessa

Se le conclusioni testé prospettate sono, ci si permette di dire, certamente condivisibili in relazione alle singole vicende concrete sinora esaminate, tuttavia ben si potrebbe ribattere che esse costituiscano dei casi limite, tali da non poter rappresentare in maniera significativa il normale svolgersi delle procedure per la realizzazione di un'opera pubblica.

L'obiezione, in effetti, sarebbe fondata: è certamente vero che non sempre la realizzazione o l'ampliamento di un'infrastruttura comporta aspetti così manifestamente problematici e contrastanti con le esigenze di celerità e informazione che i cittadini avvertono come necessarie.

Del resto, sarebbe sufficiente soffermare l'attenzione su altre opere pubbliche, anche realizzate di recente nel territorio veneto, per poter utilizzare tali esempi come supporto alla diversa tesi, in forza della quale la situazione non è tanto drammatica e, appunto, non basta evidenziare procedimenti dall'esito fallimentare per sostenere che il sistema, così come congegnato, non si può reggere.

La realizzazione del c.d. “passante di Mestre” e, lì vicino, del nuovo ospedale dell'Angelo, si potrebbe affermare, sono dimostrazioni lampanti di come due infrastrutture assai importanti siano state realizzate in tempi brevi e senza sollevare

proteste ed opposizioni da parte della popolazione coinvolta la quale, anzi, ha accolto con entusiasmo il nuovo percorso autostradale e la bellissima struttura ospedaliera.

Ora, si potrebbe replicare che, per quanto riguarda il passante di Mestre, esso non era più rinviabile, stante la condizione di assoluta paralisi che veniva determinata, su buona parte del sistema viario dell'intero Veneto orientale, dall'insufficienza della vecchia tangenziale della terraferma veneziana a far fronte ad una mole di traffico (soprattutto pesante) enormemente aumentata negli ultimi trent'anni.

La situazione era a tal punto grave e generatrice di disagi che tutti i residenti, per esperienza diretta o indiretta, avevano sofferto a causa “dell'imbuto del Nord-est”, che, tra l'altro, con lunghissimi serpentoni di auto incolonnate, scaricava sulle aree circostanti quantità elevatissime di gas inquinanti.

Anche gli ambientalisti, dunque, sostennero la necessità dell'opera.

Peraltro, l'ammontare degli indennizzi stabiliti per gli espropri era tale per cui i proprietari dei fondi espropriati per la costruzione del passante, non solo non hanno subito alcuna diminuzione patrimoniale, ma anche, in alcuni casi, si sono arricchiti.

Circa il nuovo Ospedale dell'Angelo, invece, se è innegabile la riuscita estetica della struttura, tuttavia i costi dell'opera, realizzata in *project financing*, sembrano, a qualche

anno di distanza dalla conclusione dei lavori, eccessivi rispetto a quel che la Regione si sarebbe potuto permettere.

Ma ancor prima, l'argomentazione più efficace per controbattere a chi evidenzi come alcuni casi eclatanti (e dunque l'adozione di un metodo induttivo) non possano costituire la prova del fatto che il sistema non funzioni in maniera efficace è la medesima: allo stesso modo non può sostenersi che alcune esperienze felici e fortunate, come quelle cui si è testé accennato, dimostrino che il procedimento di realizzazione dell'opera pubblica in Italia sia adeguato.

Per uscire da questo dibattito, val la pena di soffermarci ad esaminare i dati disponibili in materia di infrastrutture, per poter fare il punto in maniera più precisa sul tema.

Non sfugge a chi scrive che, certamente, i numeri, se non rettammente interpretati, possono condurre anche a prospettazioni erronee; quindi si cercherà di dar conto dei dati disponibili, incrociandoli quanto più possibile tra loro, onde cercare di ricavarne un quadro, per quanto possibile, univoco e che riproduca fedelmente la realtà

1. I dati del ritardo infrastrutturale italiano e le sue cause

Dunque, sarà utile fare menzione di quel che risulta da quelle ricerche che si sono più recentemente occupate di cercare una conferma e dare una dimensione numerica a quella sensazione di *gap* in materia di opere pubbliche che, epidermicamente, sembra un fatto indubbio.

Varrà dunque la pena, in questa sede, ricordare come, secondo la classifica del *World Economic Forum* relativa al biennio 2008-2009³⁷¹, l'Italia si colloca al cinquantaquattresimo posto quanto dotazione infrastrutturale, su 134 Paesi considerati e scende al settantatreesimo, se si prende in considerazione lo *standard* qualitativo delle opere.

Ciò significa essere ben al di sotto del livello cui si collocano i più importanti Stati europei, come Francia e Germania, ma anche assai lontani da realtà come Grecia, Irlanda e Spagna.

Quanto al raffronto con quest'ultima, poi, non si potrà non notare che essa, nell'ultimo decennio, ci ha ampiamente sopravanzati, grazie ad un massiccio intervento nel settore delle opere pubbliche, pur partendo, per le note ragioni storiche, da un livello ben inferiore al nostro.

Ciò che colpisce, ancora, andando a valutare altri dati presi in esame³⁷², è che l'Italia spende, per realizzazioni infrastrutturali, grosso modo tanto quanto Francia e Germania (le differenze si assestano sull'ordine del 15%) e meno della sola Spagna (che spende circa il 25% in più di noi), la quale, però, lo

³⁷¹ Reperibile al sito <http://www.weforum.org>.

³⁷² Il riferimento è, qui, l'elaborazione Cresme (Centro Ricerche Economiche, Sociologiche e di Mercato nell'edilizia) basata sui dati della sessantaseiesima conferenza di Euroconstruct. I dati si trovano al sito <http://www.cresme.it>.

si è appena rammentato, deve colmare un grosso divario in materia, che si è andato a cumulare negli anni.

Che considerazioni minime si possono trarre incrociando queste prime informazioni? Si può ricavare che il nostro Paese o spende male le proprie risorse, o acquista beni a prezzi più alti che altrove.

La prima delle due alternative è senz'altro esatta: andando a guardare, infatti, la destinazione dei circa 169 miliardi di euro spesi nel quadriennio 2005-2008 in Italia, si vedrà che oltre la metà di questa cifra è stata destinata alla manutenzione delle opere esistenti, mentre gli altri Paesi europei presi a riferimento, utilizzano a questo scopo “solo” una percentuale che va dal 40% della Germania al 18% della Spagna³⁷³.

Ciò significa, uscendo dalla mera logica numerica, che la maggior parte delle risorse da noi utilizzate in infrastrutture è dedicata ai lavori di manutenzione, contrariamente a quanto avviene negli altri Paesi, i quali, invece, destinano la fetta più consistente del *budget* a disposizione in interventi nuovi e, dunque, migliorativi dei parametri considerati.

La conseguenza, evidentemente, è che, pur a parità di denaro investito, l'Italia accumula un ritardo nella realizzazione

³⁷³ Questi dati, ed altri citati nel presente paragrafo, sono tratti da AA.VV., *Italiadecide, rapporto 2009 -infrastrutture e territorio-*, Bologna, 2010, nonché da AA.VV., *Rapporto sulle infrastrutture in Italia -le infrastrutture autostradali-*, Torino, 2010.

di nuove opere.

Purtroppo, però, è vera anche la seconda ipotesi che abbiamo sopra formulato per giustificare l'arretratezza infrastrutturale del Paese: l'Italia acquista beni a prezzi ben più alti di quanto non avvenga in realtà comparabili.

Per dimostrare questo assunto, prendiamo a riferimento i costi per la realizzazione della tratta ferroviaria ad alta velocità, che sta interessando contemporaneamente Spagna, Francia, Italia e Germania³⁷⁴.

A fronte di un quadro orografico grossomodo paragonabile, il costo di un chilometro di binario per l'alta velocità è, in Italia, il più alto d'Europa ed è pari ad una cifra che si attesta tra il doppio ed il quintuplo di quella spesa in Francia o in Spagna.

Ma quello delle ferrovie non è un caso isolato. Se si prende in esame il costo chilometrico delle autostrade, ad esempio, quello italiano è oltre il doppio di quello spagnolo³⁷⁵.

Se poi si vorrà dare uno sguardo alla situazione di Paesi a noi vicini³⁷⁶, si rileverà come l'Italia, rispetto all'Europa a 15,

³⁷⁴ Oltre ad altri Stati europei.

³⁷⁵ Dati, pubblicati nel 2008 e reperiti in *Reti infrastrutturali e territorio: stato dell'arte e strumenti attivabili*, a cura del Servizio Studi e Ricerche del gruppo Intesa San Paolo, consultabile al sito <http://www.group.intesasanpaolo.com>.

³⁷⁶ Ciò si è fatto prendendo a riferimento AA.VV., a cura di A.

abbia una dotazione infrastrutturale discretamente buona solo con riferimento ai trasporti marittimi. Quanto a quelli ferroviari si pone al di sotto della media, mentre “sprofonda” nel paragone con le opere stradali³⁷⁷ ed aeroportuali.

Questi dati sono conformi, tanto che si rapportino i chilometri di reti viarie alla superficie nazionale, quanto che si relazionino al numero di abitanti, ed anche se si prenda come riferimento la velocità media per chilometro.

Qualche altra valutazione va ancora condotta con riferimento alla distribuzione delle opere pubbliche in Italia e nel resto d'Europa, per trarre qualche informazione ulteriore.

Le aree più dotate di infrastrutture all'interno del nostro continente sono anche quelle più ricche e sviluppate³⁷⁸. Le

Macchiati e G. Napolitano, *E' possibile realizzare le infrastrutture in Italia?*, Bologna, 2008, e lì, in particolare, G. Messina, *Le infrastrutture di trasporto nelle regioni europee: due misure a confronto*, pp. 27 e ss.

³⁷⁷ Al riguardo, benché non più recentissimo, potrà essere utile *Dotazioni e fabbisogni regionali di infrastrutture*, Nota n. 3, 2003, elaborato dal Centro Studi di Confindustria (C.S.C.), agevolmente reperibile al sito <http://www.confindustria.it>.

³⁷⁸ Come notazione metodologica, tuttavia, non può dimenticarsi che sarebbe indebito tracciare un'equazione in forza della quale a maggiori dotazioni infrastrutturali corrisponde un aumento di ricchezza. Infatti, tra queste due variabili, non è dato stabilire con certezza quale sia la causa e quale l'effetto, potendosi, al più,

regioni italiane più penalizzate secondo il criterio della velocità di trasferimento per chilometro sono, nell'ordine, Sardegna, Veneto ed Umbria.

Il Veneto, poi³⁷⁹, nonostante, in rapporto alla superficie, abbia una notevole densità di opere destinate ai trasporti, si colloca tra le regioni maggiormente penalizzate se si tiene in considerazione la densità (ovvero il coefficiente di utilizzo) del parco circolante.

Sbalorditivo, infine, il raffronto tra opere pubbliche e P.I.L. prodotto sul territorio. Secondo questo indice, il Veneto si pone in coda alle macroaree regionali europee.

Estendendo il campo d'indagine, ancora, si noterà che nella parte settentrionale del Paese, anche a causa di un territorio sempre più vastamente urbanizzato, costituente quasi, almeno in certe zone, un'unica grande città, la domanda di mobilità a lungo e breve raggio aumenta esponenzialmente ed è debolmente soddisfatta.

Al Sud, poi³⁸⁰, il ritardo infrastrutturale assume proporzioni che rendono quella parte della nostra Nazione assolutamente incomparabile con il resto d'Europa.

immaginare che si influenzino reciprocamente.

³⁷⁹ E ciò spiega il dato subito sopra riferito.

³⁸⁰ Si veda, al riguardo, *Chek up Mezzogiorno*, ricerca recente, pubblicata nel 2009 sul sito di Confindustria, <http://www.confindustria.it>.

Il quadro che emerge da un esame delle cifre relative alla concentrazione ed al livello delle opere pubbliche italiane, anche considerando che esse, in proporzione, costano decisamente di più che negli altri Paesi comparabili con il nostro e che la spesa, da noi, è prevalentemente destinata alla manutenzione, invece che alla creazione di nuove reti viarie, ci impone, a questo punto, di cercare di comprendere quali siano (almeno alcune del-) le cause che hanno portato a questa situazione ormai non più sostenibile.

Secondo le posizioni più ricorrenti, le ragioni in forza delle quali l'Italia si trova nella situazione che siamo andati tratteggiando, attengono tanto alla fase autorizzativa dell'opera, quanto a quella della sua realizzazione.

E' indiscusso, sotto il primo profilo, che il nostro sistema, rispetto a quanto avviene in altre esperienze straniere, non tenga in adeguata considerazione la fase della consultazione della popolazione interessata direttamente dagli effetti negativi dell'infrastruttura³⁸¹. Inoltre, l'utilizzo di sistemi di c.d. compensazione territoriale (ovvero di sistemi di bilanciamento degli oneri che si producono su scala locale a fronte di opere che

³⁸¹ Si veda, al riguardo, S. Cassese, *Diagnosi: i conflitti e le loro cause*, in AA.VV., a cura di M. Spinedi, *La gestione dei conflitti locali nelle opere infrastrutturali: il caso trasporti*, Roma, 1999, pp. 101 e ss., nonché G. Vesperini, *Il diritto delle opere pubbliche: tendenze e problemi*, in *Economia italiana*, 2003, p. 607.

generano vantaggi su scala più ampia, al limite nazionale), anche a causa di alcune storture nella loro attuazione, non ha dato gli esiti sperati, riducendosi ad una sorta di mercanteggiamento nel corso del quale, molto spesso, taluni enti locali “ricattano” la stazione appaltante, pretendendo di ricevere benefici, anche non giustificati, per non esercitare quel “potere di veto” che le norme vigenti consentono loro.

Da ultimo, per quanto attiene alla fase preliminare alla realizzazione, ovvero quella che attiene all'*an* dell'opera ed alla sua localizzazione, l'inefficienza dell'amministrazione, tra l'altro costretta a dare applicazione ad un sistema normativo confuso, sedimentato e mutevole, rallenta enormemente i tempi.

Ma anche la fase successiva presenta molteplici ostacoli.

Se, da un lato, la Pubblica Amministrazione denota una progressiva perdita di capacità progettuale al proprio interno, d'altro lato, essa manifesta anche una notevole difficoltà a realizzare stringenti controlli³⁸² e ad imprimere un'accelerazione nella fase del rapporto con le imprese appaltatrici, salvo che in alcune fasi realizzative strettamente scadenzate dalla legge.

In questa sede, poi, si innestano tutti gli incidenti di carattere giudiziario che, nel capitolo precedente, abbiamo cercato di esemplificare.

³⁸² Come ampiamente dimostrato dalla patologica incidenza delle c.d. varianti in corso d'opera che rappresentano la regola, invece dell'eccezione, come dovrebbe essere.

2. Uno sguardo all'Italia e all'estero

Per comprendere in maniera un po' più compiuta le ragioni dei ritardi nella realizzazione delle infrastrutture in Italia, potrà essere utile soffermarsi ad analizzare alcuni dati relativi al relativo contenzioso innanzi ai giudici³⁸³.

Oggetto di impugnativa sono quasi il 50% degli appalti di valore più elevato (oltre i 15 milioni di euro), ovvero proprio quelli relativi alle grandi opere pubbliche, riducendosi drasticamente e, comunque, in maniera più che proporzionale, al diminuire degli importi.

Ciò comporta un impatto sensibile, tanto sotto il profilo dei costi che dei tempi di messa in opera³⁸⁴.

I ricorsi, naturalmente, sono proposti dalle Società partecipanti alle gare d'appalto, che non risultano aggiudicatarie, ma anche, in misura piuttosto elevata, da terzi "controinteressati": per lo più cittadini residenti nei pressi dell'infrastruttura o comitati ambientalisti o locali.

³⁸³ Utile al riguardo la visuale panoramica offerta da N. Zanon, F. Biondi e G. Arconzo, in *Infrastrutture e legalità : il contenzioso amministrativo e altri controlli giurisdizionali*, all'interno di AA.VV., *Italiadecide, rapporto 2009 -infrastrutture e territorio-*, Bologna, 2010, pp. 269 e ss.

³⁸⁴ Quantificati, rispettivamente, in aumenti del 30% e del 96% (!) da F. Patti, *Grandi opere a rischio contenzioso*, nel Sole 24 ore del 5 gennaio 2009.

In particolare, gli allungamenti delle tempistiche previste appare in notevole misura dovuto al fatto che i ricorsi possono presentarsi, più o meno, in ogni fase del procedimento e sono agevolati (come già ampiamente evidenziato nel capitolo precedente) da una legislazione quantomai oscura e che impone, se non interpretata in maniera “ragionevole”, oneri impossibili da soddisfare per l'amministrazione procedente.

Da ciò, poi, si genera una giurisprudenza piuttosto ondivaga, sicché, obiettivamente, spesso anche avvocati di grande esperienza non sono realmente in grado di prevedere, con soddisfacente grado di attendibilità, quale potrebbe essere l'esito di un giudizio instaurando, e ciò senza nemmeno considerare la complessità delle questioni relative alla giurisdizione.

Chiaro che tale incertezza, con la complicità dei valori assai elevati delle opere messe in gara e dell'esiguità degli importi del contributo unificato³⁸⁵, fa sì che, quantomeno le imprese escluse dalla gara, siano fortemente stimolate a proporre ricorso, anche se gli argomenti sembrano, *prima facie*, deboli, sperando in un mutamento di orientamento giurisprudenziale, o nell'accoglimento di motivi di impugnativa palesemente formalistici.

Né gli strumenti introdotti nel Codice appalti per ridurre il contenzioso³⁸⁶ hanno sortito apprezzabili effetti positivi nella

³⁸⁵ In relazione ai costi dell'opera, si intende.

³⁸⁶ Ci si riferisce, in particolare, all'arbitrato ed all'accordo bonario,

pratica, avendo offerto scarsi risultati deflattivi.

Se, in questo quadro, inseriamo le tempistiche necessarie per ottenere giustizia in Italia³⁸⁷, comprendiamo che i ritardi derivanti dal contenzioso sono la causa principale del segnalato aumento di costi e, in definitiva, dell'arretratezza infrastrutturale italiana.

Inoltre, paradossalmente, nella legislazione sulle grandi opere strategiche³⁸⁸, si detta una disciplina che tiene in ancora

disciplinati agli articoli 240 e seguenti del Codice dei contratti pubblici.

³⁸⁷ A dire il vero, per quanto riguarda le grandi opere, che godono di una “corsia riservata” all'interno dei ruoli della giustizia amministrativa, si può stimare una tempistica piuttosto ragionevole, di circa cinque mesi dal deposito del ricorso (dunque circa sette mesi) per giungere alla sentenza di primo grado. Quanto alla sentenza d'appello, passaggio quasi sempre obbligato, visti gli interessi in gioco, il tempo medio di attesa è di circa un anno.

Innanzitutto ai rinvii pluriennali del giudice civile, non ci si può lamentare eccessivamente.

³⁸⁸ Ci si riferisce alla legge n. 443 del 21 dicembre 2001 (la cosiddetta Legge obiettivo), più volte modificata e, da ultimo, inglobata nel Decreto legislativo 163 del 12 aprile 2006 (Codice dei contratti pubblici), agli articoli 162 e seguenti. Si può vedere sul punto B. Argiolais, *Gli ostacoli normativi alla realizzazione delle grandi opere pubbliche*, all'interno del rapporto Isae, *Priorità nazionali. Infrastrutture materiali e immateriali*, Roma, 2008, pp. 1 e ss., e,

minor conto la partecipazione popolare, rispetto a quanto non avvenga per le opere ordinarie, in particolare per quanto riguarda l'individuazione delle opere e la fase della progettazione preliminare, assai delicata, considerato che è in questa fase che si stabilisce la localizzazione.

Se le ragioni che hanno determinato il notevole ritardo italiano sono da rinvenirsi, principalmente, nell'opposizione alla realizzazione di nuove opere pubbliche da parte delle popolazioni coinvolte³⁸⁹ e se tale fenomeno³⁹⁰ si verifica oggi non solo in Italia³⁹¹ ma anche in altri Paesi, vicini e lontani, allora, forse, può essere opportuno dare uno sguardo al di fuori dei nostri confini nazionali, per comprendere se, altrove, ci si sia già

qui, in particolare 9 e ss.

³⁸⁹ Tanto nelle forme di “moti popolari” che, con manifestazioni, *sit in*, azioni dimostrative e simili, impediscono la costruzione e/o la prosecuzione di opere già autorizzate, progettate ed iniziate; quanto per il tramite di ricorsi giurisdizionali finalizzati all'annullamento dei provvedimenti amministrativi su cui si basa la realizzazione delle opere medesime.

³⁹⁰ Sintetizzato dalla sigla N.I.M.B.Y.: grossomodo, realizzate pure l'opera ma fuori da casa mia. Si veda, almeno, AA.VV., a cura di L. Bobbio, A. Zeppetella, *Perché proprio qui? Grandi opere e opposizioni locali*, Milano, 1999.

³⁹¹ Interessante è la consultazione del sito www.nimbyforum.net, ove si individuano le molte opere contestate dalla popolazione interessata.

misurati con questi problemi e si siano trovate delle soluzioni o, quantomeno, si sia provato ad utilizzare alcuni metodi utili a superare il conflitto.

Un particolare interesse, a livello internazionale, è suscitato dalla convenzione di Aarhus del 1998³⁹².

Tale accordo, intitolato “convenzione sull'accesso all'informazione, sulla partecipazione del pubblico al processo decisionale e sull'accesso alla giustizia in materia ambientale”³⁹³, si prefigge lo scopo di consentire ai cittadini di aver accesso alla documentazione e di partecipare al processo decisionale, onde, da un lato, diffondere la consapevolezza della popolazione circa i temi ambientali e, d'altro lato, “migliorare la qualità e l'applicazione delle decisioni”³⁹⁴, ampliando quanto più possibile l'accesso ai rimedi giurisdizionali.

Le linee essenziali della convenzione impongono agli Stati di consentire la partecipazione dei cittadini, anche per quel che riguarda “la fase di elaborazione da parte delle autorità pubbliche delle disposizioni regolamentari e di altre norme

³⁹² Si veda almeno, P. Chirulli, *La convenzione di Aarhus*, in AA.VV., *Rapporto 2009 -Infrastrutture e territorio-*, Bologna, 2010, p. 191 e ss.

³⁹³ Il testo in italiano si ritrova su sito del Ministero dell'Ambiente: www.minambiente.it.

³⁹⁴ Così il preambolo.

giuridicamente vincolanti di applicazione generale”³⁹⁵.

Inoltre³⁹⁶, si prevede che le informazioni al pubblico debbano essere date “a tempo debito”, ovvero nella fase precedente alla progettazione, all'ovvio scopo che la partecipazione possa esercitare un peso effettivo, cosa che, in un momento successivo del procedimento, non potrebbe avvenire.

Si prevede altresì che i cittadini possano godere di un termine ragionevole per informarsi e partecipare attivamente ed efficacemente alla decisione.

In particolare, sotto questo profilo, il paragrafo 7 dell'articolo 6 espressamente stabilisce che il pubblico debba avere la possibilità “di sottoporre per iscritto o, secondo quanto conviene, in occasione di un'udienza o di un'inchiesta pubblica

³⁹⁵ Così l'articolo 8 della convenzione. Val la pena di rammentare che, invece, in Italia, l'articolo 13 della legge 241 del 7 agosto 1990 esclude i previsti istituti partecipativi “nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta alla emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione”, così tradendo, almeno in parte, le conclusioni della Commissione Nigro, sui cui lavori la legge si è fondata.

Si può consultare utilmente, M. Nigro, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazione dell'amministrazione. A proposito di un recente disegno di legge*, all'interno del suo testo *Scritti giuridici*, Milano, 1996, in particolare pp. 2039 e ss.

³⁹⁶ All'articolo 6.

che implichi l'intervento del richiedente, tutte le osservazioni, le informazioni, le analisi o le opinioni che ritiene pertinenti in merito all'attività proposta”.

Tale convenzione è stata ratificata dall'Italia con la legge 108 del 16 marzo 2001.

Ma quale attuazione vi è stata data?

In occasione della conferenza tra le parti stipulanti, tenutasi nel 2005 in Kazakhstan, la relazione ministeriale italiana dava conto di come, nel nostro ordinamento, il mezzo attraverso il quale si concretizzavano gli impegni internazionali era costituito dalla procedura di V.I.A., la quale garantisce l'informazione della popolazione coinvolta nella fase iniziale del procedimento e consente a chiunque la presentazione di osservazioni. Inoltre, in Italia, la partecipazione è garantita dalle disposizioni contenute nella legge generale sul procedimento amministrativo³⁹⁷.

Quel che, però, non può sfuggire è che, da un lato, la

³⁹⁷ Sui limiti della 241/90 nel favorire la partecipazione, si può utilmente consultare G. Berti, *La responsabilità pubblica (Costituzione e Amministrazione)*, Padova, 1994, in particolare alle pp. 319 e ss. Una visione un po' più positiva, dopo le innovazioni introdotte dalla legge 15 del 14 febbraio 2005, in U. Allegretti, *Procedura, procedimento, processo. Un'ottica di democrazia partecipativa*, in *Rivista trimestrale di diritto amministrativo*, 4, 2007, pp. 779 e ss., in particolare p. 780.

presentazione di osservazioni scritte non consente che sorga un vero dibattito tra il proponente l'opera pubblica e i cittadini coinvolti. Inoltre, è da rimarcare come i tempi per la presentazione delle osservazioni (trenta giorni) appaiano quantomai ristretti.

Da ultimo, il dovere di tenere effettivamente in considerazione il contenuto di dette osservazioni è, francamente, assai facile da aggirare, posto che, in effetti, spesso accade che, in particolare al momento del rilascio del decreto di compatibilità ambientale, l'autorità procedente si limiti a dare conto dell'esistenza di tali osservazioni, senza valutarle, neppure in maniera sommaria.

Dunque, di fatto, il coinvolgimento delle popolazioni interessate da una nuova opera pubblica appare assai limitato all'interno del nostro ordinamento³⁹⁸.

Del resto, anche l'istituto del *referendum* locale, che ha avuto un utilizzo piuttosto frequente negli ultimi tempi, non ha consentito appieno che si realizzasse quella partecipazione popolare che potrebbe, in qualche misura, recuperare quanto perso dalla legge nella concretizzazione del principio democratico³⁹⁹.

³⁹⁸ Si veda S. Cassese, *Per una nuova disciplina dei diritti dei privati nei confronti delle pubbliche amministrazioni*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2007, pp. 5 e ss.

³⁹⁹ Per una visione anche sociologica, si può consultare M.C. Pitrone,

Oltre a quanto già visto in relazione al caso dell'aeroporto Dal Molin, ma anche dell'autostrada Valdastico, infatti, l'istituto partecipativo locale è stato utilizzato, tanto per fare dei noti esempi, pure a Firenze, per la realizzazione di una linea tramviaria, nonché a Padova, per decidere le sorti cui destinare uno spazio importante della città nel popoloso quartiere dell'Arcella.

Le ragioni per cui il *referendum* non è in grado di rendere effettiva la partecipazione popolare in tema di grandi opere sono diverse.

La prima è data dalla limitatezza del suo oggetto visto che, come recita l'articolo 8 del Testo Unico sugli Enti Locali, che lo prevede, le consultazioni “devono riguardare materie di esclusiva competenza locale”.

Peraltro, la giurisprudenza amministrativa⁴⁰⁰ ha dato al disposto un'interpretazione quantomai restrittiva.

Si pensi alla sentenza che hanno annullato gli atti preparatori alla consultazione indetta nel comune di Rosignano Marittimo, sulla realizzazione di un rigassificatore (TAR

L'opinione pubblica di fronte a referenda e sondaggi, dal sito <http://www.costituzionalismo.it>.

⁴⁰⁰ Ed anche quella costituzionale, come si è *supra* riferito, a proposito della consultazione relativa alla base militare della Maddalena, e come si può riscontrare in altri casi, riguardanti direttamente anche la regione Veneto.

Toscana, II sezione, n. 181 del 2008), in considerazione della estensione ultracomunale degli interessi coinvolti. In termini analoghi si era già espresso il TAR Puglia, Bari, I sezione, con la sentenza 171 del 2001 che, per le stesse ragioni, aveva annullato la procedura referendaria relativa alla edificazione di una centrale termoelettrica, mentre TAR Puglia, Lecce, I sezione, con la sentenza n. 350 del 2001 ha reso impossibile la celebrazione di una consultazione volta a richiedere la chiusura di un'altra centrale termoelettrica.

L'intervento dei giudici, poi, ha riguardato anche il peso dell'istituto, sottolineando come esso non produca alcun effetto diretto sull'azione amministrativa, la quale dovrà tenerne conto, ma non ne sarà vincolata⁴⁰¹; né il *referendum* può essere utilizzato quando la decisione è già stata presa dall'amministrazione⁴⁰².

E', infine, fin superfluo rammentare come, molto spesso, quando gli enti locali indicano una consultazione, si formano immediatamente opposte fazioni, animate prevalentemente da

⁴⁰¹ In questi termini TAR Puglia, II sezione, n. 1098 del 2003.

⁴⁰² Interessantissima al riguardo la sentenza 807 del 2007 della II sezione del TAR Veneto, proprio sull'edificazione delle c.d. "Torri Gregotti" nell'area dell'Arcella, confermata dal Consiglio di Stato, IV sezione, con la sentenza n. 3769 del 2008, in cui si afferma che "un momento partecipativo in funzione consultiva si giustifica solo se precede l'attività decisionale vera e propria".

interessi di carattere politico-partitico, di talché ben di rado l'istituto consente una partecipazione informata della cittadinanza.

Guardando a quanto avviene oltre confine, in via generale, val la pena di evidenziare come, in diverse realtà, si sia tentato di dar vita ad un maggiore coinvolgimento popolare nelle decisioni di carattere amministrativo.

Tra gli esempi più noti, può pensarsi ai c.d. bilanci partecipativi, ovvero a quelle decisioni sulla gestione economica di realtà locali, più o meno grandi.

Il caso più noto, ma non l'unico, è quello di Porto Alegre⁴⁰³ e di altre realtà dell'America Latina, ma si danno anche altre esperienze continentali⁴⁰⁴ in cui il coinvolgimento della

⁴⁰³ Si veda, a proposito, almeno J. Vasconez, M.A. Bossano, *I bilanci partecipativi in America Latina: dalla legittimazione sociale alla legalizzazione istituzionale*, in *Democrazia e diritto (democrazia partecipativa)* 3/2006, pp. 15 e ss. *Ibidem*, pp. 24 e ss., J.P. Vargas Cespedes, D.A. Zamuner, *Dalla retorica partecipativa alla realtà quotidiana: lo stato attuale della democrazia partecipativa in America Centrale*. Ancora, *ivi*, pp. 42 e ss., G. Allegretti, *Politiche di partecipazione in Venezuela: tra discorso costituzionale e pratiche sperimentali*. Ancora, del medesimo Autore, *Politiche di partecipazione in Venezuela: l'inizio di un percorso di statuizione normativa*, in *Democrazia e diritto (ancora di democrazia partecipativa)* 4/2006, pp. 27 e ss.

⁴⁰⁴ Ci si riferisce, qui, ad alcuni casi, partitamente esaminati in

popolazione interessata ha prodotto il risultato di una maggiore attenzione alle problematiche connesse alla redazione di un atto complesso e di una diminuzione dei conflitti sociali.

Ma rimanendo nell'ambito più specifico delle opere pubbliche, sembra qui il caso di rammentare l'esperienza francese relativa al dibattito pubblico⁴⁰⁵.

Democrazia e diritto (democrazia partecipativa) 3/2006, ad esempio da E.G. Fernandez, *Democrazia e partecipazione: i bilanci partecipativi in Spagna*, pp. 70 e ss.; A. Roeke, Y. Sintomer, *Estrazione a sorte e democrazia partecipativa: riflessioni sugli esiti delle giurie civiche berlinesi*; nonché, degli stessi Autori, in *Democrazia e diritto (ancora di democrazia partecipativa)* 4/2006, *Il bilancio partecipativo dei licei del Poitou-Charentes: verso una democrazia partecipativa?*, pp. 57 e ss.

⁴⁰⁵ Su cui L. Casini, *La partecipazione nelle procedure di localizzazione delle opere pubbliche. Esperienze di diritto comparato*, in AA.VV., a cura di A. Macchiati e G. Napolitano, *E' possibile realizzare le infrastrutture in Italia?*, Bologna 2009, pp. 139 e ss. e, dello stesso Autore, *L'inchiesta pubblica. Analisi comparata*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, 2007, n. 1, pp. 43 e ss.; nonché Y. Mansillon, *L'esperienza del "debat public" in Francia*, in *Democrazia e diritto (democrazia partecipativa)* 3/2006, pp. 101 e ss., e, ancora, in AA. VV., *Rapporto 2009 -Infrastrutture e territorio-*, Bologna, 2010, pp. 196 e ss., *La legge francese n. 2002-276 del 27 febbraio 2002 relativa alla "democratie de proximité"*, nonché la vasta bibliografia, in lingua

Per dare attuazione alla convenzione di Aarhus, in Francia, con la legge 2002-276 sulla c.d. *Democratie de proximité*, tra le varie novità introdotte nell'ordinamento transalpino, spicca per importanza, con particolare riferimento alle opere pubbliche, l'ampliamento sensibile di un istituto già esistente a far data dal 1995, ovvero, appunto, il dibattito pubblico.

Esso si differenzia da quell'altro istituto partecipativo, più risalente nel tempo, ovvero l'*enquête publique*, disciplinata per la prima volta da una legge del 1983⁴⁰⁶, che trova vasta applicazione⁴⁰⁷.

francese, ivi richiamata.

⁴⁰⁶ Potrà essere utile consultare, non solo in merito all'inchiesta pubblica, ma anche per una interessante lettura e sistematizzazione di tutti gli istituti di democrazia partecipativa di cui si parla in questo paragrafo, S. Cassese, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, 2007, n. 1, pp. 13 e ss. Qui, in particolare, pp. 18 e ss.

Circa l'inchiesta pubblica in Italia, si veda M. Spinozzi, *L'inchiesta pubblica (quanto e come le decisioni amministrative e le decisioni politiche di partecipazione in materia ambientale conducono all'emersione degli interessi "deboli" e da questi sono orientate)*, nel sito <http://www.federalismi.it>.

⁴⁰⁷ In *Rapporto 2009 -Infrastrutture e territorio-*, Bologna, 2010, pp. 200-201, si dà conto del fatto che le inchieste pubbliche si aggirino

In quest'esperienza⁴⁰⁸, il Prefetto dà avvio alla procedura, richiedendo al Tribunale amministrativo che proceda alla nomina di un Commissario o la Commissione d'inchiesta, contestualmente disciplinando minuziosamente tanto le modalità del procedimento, quanto i suoi tempi d'attuazione.

Di tutto ciò, almeno quindici giorni prima dell'apertura dell'inchiesta, si dà notizia alla popolazione con le più varie forme di pubblicità, consentendo il più ampio diritto di accesso alla documentazione relativa all'opera in realizzazione.

Nel periodo in cui si svolge l'*enquete*, il pubblico può presentare le proprie osservazioni, per iscritto, al Commissario nominato. Solo su richiesta di questi⁴⁰⁹, il Prefetto può indire una pubblica riunione.

Scaduto il termine previsto dal Prefetto, il Commissario, dopo aver eventualmente auditato determinati soggetti che non siano intervenuti nell'inchiesta, ma il cui parere sia reputato utile, redige una relazione dove sono prese in esame in maniera

sulle 10.000 all'anno, riguardando ogni tipo di infrastruttura, grande e piccola e, finanche, piccolissima.

⁴⁰⁸ Sul rapporto tra i vari procedimenti di democrazia partecipativa in Francia, utile, ancora Y. Mansillon (tra l'altro, già Presidente della Commissione nazionale del dibattito pubblico), *L'esperienza del "debat public" in Francia*, in *Democrazia e diritto (democrazia partecipativa)* 3/2006, qui, particolarmente, alle pp. 105 e ss.

⁴⁰⁹ Ma l'evento si verifica assai di rado.

approfondita le osservazioni private.

Ciò fatto, trasmette al Prefetto il *dossier* così redatto (che viene pubblicato). Tale relazione non vincola l'agire dell'amministrazione, nel senso che quest'ultima ben può disattenderne le conclusioni; tuttavia, se decida di far ciò, dovrà essere particolarmente rigorosa sotto il profilo motivatorio, a pena di illegittimità della decisione.

Tale strumento partecipativo ha riscosso dei buoni risultati, ma si espone a critiche sotto molteplici motivi⁴¹⁰. In prima battuta, perché si inserisce in una fase avanzata del procedimento realizzativo dell'opera e, dunque, mette, per così dire, i cittadini di fronte al “fatto compiuto”, ovvero ad un progetto già esistente; inoltre, ha uno svolgimento prevalentemente scritto e documentale, non consentendo (a differenza del dibattito, di cui poco sotto) la formazione di un contraddittorio

Tornando alle novità introdotte in tema di *debat publique*, in sintesi, va rammentato che è stata rafforzata la posizione della *Commission nationale du debat public* (CNDP) che è divenuta una vera e propria autorità amministrativa indipendente (a

⁴¹⁰ Ne dà conto L. Casini, *La partecipazione nelle procedure di localizzazione delle opere pubbliche. Esperienze di diritto comparato*, in AA.VV., a cura di A. Macchiati e G. Napolitano, *E' possibile realizzare le infrastrutture in Italia?*, Bologna 2009, in particolare, p. 149.

differenza del Commissario nominato per l'inchiesta pubblica), sul modello delle Autorità garanti dell'esperienza italiana, composta da ventuno membri, in parte nominati dal governo, in parte eletti dal Parlamento e dagli enti locali, nonché dalla magistratura, nel suo seno.

Tale organo, dunque collocato in posizione di terzietà, svolgerà le funzioni di garante e moderatore del dibattito tra il proponente l'infrastruttura e la popolazione interessata dalla stessa.

Le opere da realizzare sono suddivise in tre fasce, in ragione del loro valore.

Per quelle rientranti nella categoria più alta, il committente o proponente ha l'obbligo di sottoporsi alla valutazione della Commissione; per quelle rientranti nella fascia mediana, è necessaria l'efficace pubblicazione delle caratteristiche progettuali, con la conseguenza che, su richiesta di un determinato numero di soggetti o dello stesso proponente, potrà anche qui intervenire l'operato della Commissione.

In queste ipotesi, la CNDP, tenendo in debito conto le caratteristiche dell'opera ed il suo impatto sulla popolazione interessata, può decidere se dar vita o meno ad un dibattito pubblico, che sarà affidato, sempre a discrezione della CNDP, al medesimo proponente o ad un organo *ad hoc*: la *Commission particulière du débat public* (Cpdp).

Tale dibattito, previsto per legge alla fase preliminare di

studio di fattibilità, ovvero in quel momento in cui sono ancora possibili tutte le diverse opzioni, compresa quella “zero”, ovvero di non realizzare alcunché, è aperto a chiunque vi abbia interesse.

Il procedimento amministrativo previsto dalla legge concede al committente un termine perentorio di sei mesi dalla decisione di dar vita al dibattito, per predisporre l'integrale documentazione informativa, che resterà a disposizione di chiunque ne faccia richiesta.

Spirato detto termine, la CNDP fissa la calendarizzazione degli incontri pubblici (che si dovranno concludere, salvo proroghe, in quattro mesi) e fornisce altre indicazioni circa i criteri con cui il dibattito dovrà svolgersi.

A questo punto, il responsabile della procedura (lo si ribadisce, il committente o la Cpdb) stabilisce in concreto in quali modi avverrà lo scambio di opinioni sulla realizzazione dell'opera. Le concrete modalità (saggiamente) non sono tipizzate dalla legge, ma sono state via via affinate nel corso della (recente) esperienza⁴¹¹ e sono andate dalle assemblee e riunioni pubbliche⁴¹², all'invio a domicilio della popolazione residente di *pamphlet* informativi, a cura tanto del proponente

⁴¹¹ In *Rapporto 2009 -Infrastrutture e territorio-*, Bologna, 2010, p. 200-201, si dà conto del fatto che i dibattiti pubblici arrivino ad un decina all'anno.

⁴¹² Che, in effetti, non mancano mai.

che delle eventuali associazioni⁴¹³ che si volessero opporre all'opera. Ovviamente, poi, uno strumento di partecipazione è garantito da *internet*, attraverso il quale, non solo viene messa a disposizione anche *on line* tutta la documentazione, ma anche avviene uno scambio di idee, tramite *email* e *blog*. Naturalmente, anche la posta “tradizionale” viene utilizzata all'uopo.

Al termine del periodo dedicato alla discussione, la Commissione, entro due mesi, redige una relazione sul contenuto dell'attività svolta. Tale relazione viene diffusa con gli stessi mezzi con cui erano state pubblicate le informazioni relative all'opera pubblica.

Il testo non esprime alcun giudizio sull'infrastruttura da realizzare, ma si limita a riferire le modalità con cui si è dipanato il dibattito pubblico ed espone le principali o ricorrenti osservazioni espresse dalla popolazione intervenuta.

Dalla pubblicazione di questa relazione, inizia a decorrere il termine trimestrale entro il quale il proponente deve rendere noto se intenda ancora dar vita all'opera e, se sì, in quale misura intenda far proprie le osservazioni private, spiegando inoltre le ragioni per cui non voglia, invece, dividerne altre.

Questa procedura ha il merito, da un lato, di garantire ampia partecipazione e un efficace dibattito tra proponente e popolazione (garantendo, così, un'utile garanzia per la

⁴¹³ Ad esempio, ambientaliste, di tutela del paesaggio e delle tradizioni locali e simili.

democrazia); d'altro lato ha il pregio di collocarsi nella fase pre-progettuale dell'opera e, dunque, in un momento in cui tutte le possibilità sono ancora aperte.

Non solo: la terzietà della CNDP, per un verso, garantisce i cittadini sull'imparzialità con cui vengono svolti i lavori del dibattito pubblico e, per altro verso, snellisce e semplifica l'eventuale fase giudiziale, imponendo un rigoroso onere motivatorio al proponente, nell'ipotesi in cui voglia discostarsi da quanto emerso nel corso del dibattito e però, come rovescio della medaglia, impedendo l'impugnazione dei provvedimenti assunti in senso conforme all'esito della procedura, quantomeno con riferimento a quelle censure che si sarebbero potute far valere in sede di dibattito pubblico e che, invece, non siano state lì avanzate⁴¹⁴.

Modelli partecipativi si riscontrano anche in sistemi anglosassoni⁴¹⁵.

⁴¹⁴ L'insindacabilità di alcuni atti amministrativi, per vero, non sembrerebbe riproducibile in Italia, qualora si volesse mutuare l'istituto in commento, stante il limite, apparentemente insuperabile dei disposti degli articoli 24 e 113 della Costituzione.

⁴¹⁵ Ancora, L. Casini, *La partecipazione nelle procedure di localizzazione delle opere pubbliche. Esperienze di diritto comparato*, in AA.VV., a cura di A. Macchiati e G. Napolitano, *E' possibile realizzare le infrastrutture in Italia?*, Bologna, 2009, pp. 139 e ss., e S. Cassese, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Rivista Trimestrale di*

Ci si riferisce, qui, in particolare alle *public inquires* del Regno Unito e le *hearing* della tradizione statunitense.

Tuttavia, stante la notevole lontananza⁴¹⁶ dei sistemi di *common law*, rispetto a quelli, come il nostro, di tradizione continentale, non sembra qui opportuno procedere ad un esame puntuale.

Sarà sufficiente evidenziare, limitandosi all'esperienza europea, come, in Gran Bretagna, gli istituti partecipativi, di risalente tradizione, trovarono ampia attuazione nel secondo dopoguerra.

Per quanto riguarda la procedura di localizzazione delle opere pubbliche, si svolge una fase preliminare all'apertura dell'inchiesta, che consiste nell'informare per iscritto i soggetti portatori di interessi qualificati⁴¹⁷ degli elementi progettuali dell'infrastruttura, che entro un termine minimo (ma ampliabile di caso in caso) di quattro settimane possono produrre le loro osservazioni.

L'amministrazione competente, trascorso detto termine, deve prendere posizione su tutte le richieste e/o proposte pervenute.

Nel rispetto di rigide scadenze temporali, deve avere

diritto pubblico, 2007, n. 1, pp. 13 e ss.

⁴¹⁶ Almeno in via di prima approssimazione.

⁴¹⁷ Ovvero i proprietari, residenti, o utilizzatori di immobili siti nei pressi del tracciato previsto per l'infrastruttura.

inizio l'inchiesta (di cui dev'essere data ampia ed adeguata pubblicità), che si svolge con modalità determinate dall'ispettore (soggetto imparziale), comunque in maniera analoga a quanto avviene per il processo di tradizione anglosassone (in particolare, dunque, con l'ammissione della c.d. *cross examination*).

La procedura si conclude con una relazione che conterrà le osservazioni dell'ispettore, le sue eventuali prescrizioni o la menzione delle ragioni per cui non vi sono particolari raccomandazioni da seguire.

L'amministrazione competente può discostarsi dal contenuto del *report* dell'ispettore, ma, in tal caso, deve consentire facoltà di replica agli interessati che non abbiano viste recepite le proprie allegazioni.

Le caratteristiche essenziali di questo procedimento consistono nella rigida scansione temporale della procedura e nelle regole attraverso le quali si esaminano le distinte posizioni (regole assai simili a quelle del processo). Ciò determina, come conseguenza, una notevole efficacia dello strumento, consentendo che si formi una “verità processuale” che scaturisce dal contraddittorio tra le parti.

Il difetto di quest'esperienza, però, consiste nella limitatezza dei soggetti coinvolti, rispetto al dibattito pubblico francese. Inoltre, pensando all'importazione nel nostro Paese di un sistema simile, non sfugge che la tradizione italiana non sembra conformarsi adeguatamente ai sistemi di “processo

pubblico” che caratterizzano l'inchiesta britannica.

3. Osservazioni conclusive e proposte

Volendo qui tirare le fila del discorso che siamo andati sinora conducendo, varrà la pena di soffermarsi un momento a dare una valutazione più generale del concetto di democrazia partecipativa.

Infatti, se è vero, come si è tentato di dimostrare, che la legge è in crisi, quantomeno sotto il profilo della sua capacità di essere effettivamente lo strumento attraverso il quale si afferma la volontà generale (e, dunque, in definitiva, si realizza il principio democratico) e che per ragioni da ciò dipendenti, ma non solo, anche i procedimenti amministrativi non sono in grado di perseguire gli scopi loro propri (come risulta da una valutazione dei dati relativi alle opere pubbliche, che evidenziano impietosamente l'inefficienza del nostro sistema), allora è necessario sforzarsi di rinvenire una qualche possibile medicina che possa curare il sistema malato.

Ora, posto che una grossa parte dei mali che rallentano le procedure è da rinvenirsi nelle opposizioni alla realizzazione delle opere pubbliche, avanzate dalle popolazioni coinvolte, (tanto sul piano giudiziario, quanto con l'adozione di forme di protesta le più diverse, che, invero di frequente, centrano l'obiettivo di impedire la realizzazione dell'infrastruttura ovvero obbligano a modifiche in corso d'opera), che determinano aumenti di costi e allungamento dei termini, e che tali

opposizioni sono causate, anche, da una mancanza di democraticità nel percorso di scelta sull'*an* dell'opera e sulla sua realizzazione, ci si deve chiedere se la democrazia partecipativa possa essere un rimedio efficace.

Ciò, anche sulla scorta di quelle esperienze straniere che si sono andate illustrando (o, quantomeno, menzionando) nel presente capitolo e che dimostrano, quindi, che un coinvolgimento dei cittadini nelle scelte amministrative è non solo possibile, ma anche auspicabile, visto che, in molti casi, ha portato al risultato di ridurre il conflitto⁴¹⁸, nonché il contenzioso relativo alle nuove infrastrutture e lo ha reso più spedito e più penetrante.

Questo è, ad esempio, l'esito del *Debat public* della

⁴¹⁸ Ciò è avvenuto anche in Italia, ad esempio nel caso della TAV in Val di Susa, nonostante la tardività con cui la popolazione è stata coinvolta. Ne dà conto A. Tonetti, *La partecipazione nelle procedure di localizzazione di opere pubbliche: il caso italiano*, in AA.VV., a cura di A. Macchiati e G. Napolitano, *E' possibile realizzare le infrastrutture in Italia?*, Bologna, 2009, pp. 163 e ss., qui in particolare alle pp. 171 e ss.

Sulla vicenda della TAV, poi, per interessanti prospettive, potrà vedersi A. Algostino, *L'osservatorio per il collegamento ferroviario Torino-Lione come case-study sulla democrazia e sul dissenso*, dal sito <http://www.costituzionalismo.it>, nonché, della stessa autrice, nel medesimo sito, *Il movimento no Tav e le forme della democrazia*.

tradizione francese, nel quale, talora, il proponente dell'opera pubblica si è risolto ad accogliere, in tutto o in parte, le indicazioni emerse nel contraddittorio; talora, ha deciso di non realizzare alcunché; sempre, ha dovuto puntualmente motivare sulle ragioni per cui non ha deciso di recepire le istanze pubbliche nella progettazione dell'infrastruttura.

Del resto, temi di questo genere non sono propriamente nuovi neppure per la dottrina italiana⁴¹⁹, che se ne era interessata in particolare sull'onda degli auspici⁴²⁰ di un recupero dei valori di democraticità che avevano accompagnato la (tardiva) nascita delle regioni, all'inizio degli anni Settanta.

Anche più di recente, vi è stato chi⁴²¹ ha affermato che: “la risposta democratica va oggi impostata non tanto sulla partecipazione popolare alle strutture, sia pure mediante la intermediazione dei partiti, ma mediante il riconoscimento di poteri di intervento dei cittadini nell'ambito dell'esercizio delle

⁴¹⁹ Si vedano, per esempio, F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1952, pp. 118 e ss., G. Berti, *La parabola regionale dell'idea di partecipazione*, in *Le Regioni*, 1974, pp. 1 e ss., nonché, più di recente, M. Nigro, *Il nodo della partecipazione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1980, pp. 225 e ss.

⁴²⁰ Poi, almeno in parte, traditi.

⁴²¹ F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino -tra libertà garantita e libertà attiva-*, Venezia, 1994, qui a p. 23.

funzioni.

La rivoluzione [...] consiste nel capovolgimento della concezione del posto e della funzione che spetta ai cittadini nell'ambito di uno Stato che voglia essere ispirato non più ai principii di mono-crazia ma a principii di demo-crazia, i quali non possono ridursi al riconoscimento di posizioni giuridiche passive dei cittadini nei confronti dello Stato e quindi alla loro tutela, ma deve evolversi nel senso di riconoscimento di posizioni giuridiche attive nell'ambito delle funzioni, ciò che va sotto il nome di partecipazione”.

Ora, naturalmente, non si vuole qui sostenere che la partecipazione pubblica alle decisioni sia la panacea di ogni male, ovvero che possa portare alla soluzione di tutti quei problemi che, nel corso di questo lavoro, si sono illustrati, ma certo essa può dare un qualche contributo.

Certo appaiono condivisibili le perplessità di chi⁴²² rileva come, essa possa essere “partecipativa o deliberativa” e, in entrambi i casi, afferma: “il [...] dilemma [...] veramente importante e ineludibile si può riassumere così: partecipazione, d'accordo, ma di chi?”. La domanda ha ragion d'essere, posto che, anche nelle esperienze più ampie e oramai consolidate di

⁴²² Ci si riferisce qui a L. Bobbio, *Dilemmi della democrazia partecipativa*, in *Democrazia e diritto -ancora di democrazia partecipativa-*, 4, 2006, pp. 11 e ss., qui pp. 14 e ss.

partecipazione pubblica⁴²³, il coinvolgimento della cittadinanza che si fa parte attiva non supera il 5% dei soggetti interessati.

Facile, dunque, l'obiezione in forza della quale si può sostenere che, in realtà, forme di democrazia partecipativa sono artifici “per portare avanti le decisioni di una minoranza mascherate da decisioni allargate”⁴²⁴.

Per risolvere problemi di questo genere, potrebbe essere utile seguire metodi particolari di individuazione dei cittadini chiamati alla partecipazione, che possono andare dal sorteggio di tutti o di alcuni dei “decisori” (come avviene per l'ipotesi delle giurie civiche berlinesi ed in altre esperienze⁴²⁵), alla creazione di campioni rappresentativi delle diverse istanze.

Evidentemente, in mancanza di tali accorgimenti, si corre il rischio che una minoranza di cittadini particolarmente attivi possa assurgere al ruolo di maggioranza, ovvero di decisore, magari perché organizzata in associazioni o comitati.

⁴²³ E cioè quelle del bilancio partecipativo di Porto Alegre.

⁴²⁴ La citazione proviene da S. Ravazzi, *Quando i cittadini decidono*, in *Rivista italiana di politiche pubbliche*, 2, 2006, pp. 61 e ss., qui p. 66, il quale, a sua volta, riprende le parole di un consigliere di minoranza del Comune di Grottammare, Comune che per primo seguì la via del bilancio partecipativo in Italia.

⁴²⁵ Le richiama ancora L. Bobbio, *Dilemmi della democrazia partecipativa*, in *Democrazia e diritto -ancora di democrazia partecipativa-*, 4, 2006, pp. 18 e ss.

Circa questi ultimi, vale la pena di citare ancora chi⁴²⁶ sostenne come: “la questione in realtà consiste nel fatto che, in uno sviluppo demarchico, che tende quindi a superare gli stilemi di una democrazia tradizionale, è essenziale la presenza di questo parasistema dato dalle istituzioni spontanee che non potranno mai essere conglobate nell'amministrazione stante che non si può arrivare alla democrazia diretta, davvero impensabile nelle dimensioni della civiltà attuale.

Ora, se è vero che la causa di questa duplicità sta nell'incapacità dell'amministrazione tradizionale a esprimere non solo le esigenze genericamente sociali ma quelle delle varie comunità di settore, è certo che esisterà sempre un parasistema. Ciò che occorre cambiare è l'amministrazione tradizionale, cioè il suo modo di essere e la sua strutturazione appunto tradizionalmente generalizzatrice e gerarchica.”

Comunque, è evidente che la democrazia partecipativa possa portare con sé dei rischi, come, del resto, rileva uno dei più attenti studiosi del fenomeno, quando sottolinea “oltre i "benefici" anche i "rischi" della partecipazione: tra i quali la difficoltà di sfuggire alla retorica nella quale la partecipazione è sempre esposta a rimaner confinata senza pervenire a livelli realizzativi accettabili, e il pericolo di strumentalizzazione da

⁴²⁶ F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino -tra libertà garantita e libertà attiva-*, Venezia, 1994, qui a p. 37.

parte delle reti clientelari e di iniziative populiste”⁴²⁷.

Se rischi vi sono, tuttavia non si può esimersi dal sottolineare come, secondo alcuni osservatori⁴²⁸, ed in maniera che appare condivisibile, il coinvolgimento dei cittadini aiuta a realizzare non solo il principio democratico di cui all'articolo 1, II comma, della nostra Costituzione, ma anche quello di buon andamento dell'amministrazione, così come tratteggiato dall'articolo 97.

Del resto già taluno⁴²⁹ aveva acutamente osservato, parlando dell'amministrazione, nel confronto con gli altri poteri dello Stato, come non si potesse disconoscere “che, poiché essa è spesso connotata da momenti di discrezionalità politica, si ritenne impossibile la partecipazione del cittadino sia quanto al modo di essere strutturale dell'organizzazione, sia nell'ambito

⁴²⁷ U. Allegretti, *Verso una nuova forma di democrazia: la democrazia partecipativa*, in *Democrazia e diritto (democrazia partecipativa)* 3/2006, pp. 7 e ss., qui p. 10.

⁴²⁸ S. Cassese, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, 2007, n. 1, pp. 13 e ss., in particolare pp. 38 e ss., U. Allegretti, *Procedura, procedimento, processo. Un'ottica di democrazia partecipativa*, in *Rivista trimestrale di diritto amministrativo*, 4, 2007, pp. 779 e ss., qui, particolarmente, pp. 783 e ss.

⁴²⁹ Ancora F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino -tra libertà garantita e libertà attiva-*, Venezia, 1994, qui a p. 65.

dell'esercizio dei singoli poteri. [...].

La inidoneità [...] della disciplina giuridica, e quindi del sindacato giurisdizionale, a corrispondere alle esigenze di una amministrazione non soltanto esente da vizi di legittimità ma anche giusta nel rispetto dei diritti del cittadino, oltre che efficiente quanto al merito, rappresenta una delle ragioni principali delle carenze amministrative e quindi dell'insufficienza della risposta amministrativa alle esigenze dello stesso amministrare, concepito piuttosto come gestione formale della cosa pubblica anziché come gestione sostanziale della stessa”.

Alla luce di queste considerazioni ed anche dei possibili pericoli già evidenziati, da tenere sempre ben presenti, si proverà a dare sinteticamente in questa sede qualche breve e semplice suggerimento e/o indicazione circa le linee da seguire per far sì che elementi di partecipazione ulteriori possano essere introdotti nel nostro ordinamento.

In prima battuta, ci si deve chiedere se sarebbe più utile limitarsi a stabilire per legge e in via generale che la partecipazione dei privati debba essere garantita nelle procedure finalizzate alla decisione sulle opere pubbliche⁴³⁰, ovvero che, a

⁴³⁰ Sembra questa la posizione di U. Allegretti, *Procedura, procedimento, processo. Un'ottica di democrazia partecipativa*, in *Rivista trimestrale di diritto amministrativo*, 4, 2007, pp. 779 e ss., qui, particolarmente, p. 803, ove afferma: “Una soluzione di questo tipo [di democrazia partecipativa, *nda*] dovrebbe essere

fianco a tale principio, siano stabilite anche regole più o meno stringenti, circa le procedure da adottare ed i vincoli che ne discendono⁴³¹.

In prima battuta, questo secondo modello, per certi versi simile a quello francese, sembra il più condivisibile. Del resto, la nostra tradizione nel diritto amministrativo è assai vicina a quella transalpina, sicché non sembra troppo difficile adattare un modello di quel genere allo scenario italiano.

In quest'ottica, l'istituzione di un organo analogo alla Commissione nazionale sul dibattito pubblico, con poteri analoghi a quelli dell'omologa francese, oltre ad essere piuttosto semplice da introdurre, sembrerebbe quantomai utile nella fase preliminare alla scelta sulla realizzazione di opere pubbliche di particolare rilevanza.

Inoltre, potrebbe produrre positivi effetti nella maturazione di un consapevolezza del ruolo dei cittadini attivi e

convincente, e agevolata dall'essere le fonti regolative della democrazia partecipativa affidate a forme di *soft law* che accondiscendono a un presidio giudiziale dei principi ma a una discrezionalità della procedura”.

⁴³¹ A favore di questa seconda prospettiva A. Tonetti, *La partecipazione nelle procedure di localizzazione di opere pubbliche: il caso italiano*, in AA.VV., a cura di A. Macchiati e G. Napolitano, *E' possibile realizzare le infrastrutture in Italia?*, Bologna, 2009, pp. 199 e ss.

di un'abitudine alla partecipazione, obiettivamente piuttosto carenti in Italia.

Per quanto riguarda, invece, decisioni più puntuali e di portata meno estesa, forse il ricorso a metodi che comportano un dibattito “ad accesso limitato”, per intenderci simile a quello che caratterizza le giurie berlinesi, sembra più adatto e funzionale ad impedire la strumentalizzazione da parte di gruppi politici anche di questioni meno rilevanti.

Da ultimo, sotto il profilo dell'accesso alla giustizia, appare condivisibile la posizione di chi⁴³², rilevato che “laddove vi è stato il coinvolgimento degli Enti locali e delle popolazioni interessate [...] il contenzioso si riduce numericamente e, dunque, non è in grado di incidere in modo sostanziale sulla realizzazione dell'opera”, individua quali misure deflattive e acceleratorie della fase giudiziale, da un lato, il porre “come condizione di ammissibilità del ricorso l'aver partecipato al procedimento (onere di partecipazione preventiva)”, nonché, d'altro lato, l'escludere “i ricorsi che lamentino la mancata considerazione di elementi che al ricorrente sarebbe stato possibile chiedere di acquisire nella fase istruttoria del

⁴³² Ci si riferisce, ancora, a N. Zanon, F. Biondi e G. Arconzo, in *Infrastrutture e legalità : il contenzioso amministrativo e altri controlli giurisdizionali*, all'interno di AA. VV., *Italiadecide, rapporto 2009 -infrastrutture e territorio-*, Bologna, 2010, pp. 269 e ss., qui, in particolare, pp. 298 e ss.

procedimento”⁴³³.

Dunque, l'altro lato della medaglia rappresentata dalla possibilità di partecipazione al procedimento, potrebbe rinvenirsi in una limitazione nel sollevare censure in sede giudiziale.

⁴³³ Prosegue la citazione: “questa è anche la proposta del gruppo coordinato dal prof. Luciani, che si condivide pienamente”.

CONCLUSIONI

Giunti al termine di questo percorso, è necessario, come di prassi, cercare di tirare le fila del discorso, ricordando da dove si erano prese le mosse e sintetizzando a quali conclusioni si è giunti.

Il lavoro si era proposto, “come obiettivo, quello di comprendere se, nel complesso procedimento amministrativo che porta alla decisione sulla realizzazione di un'infrastruttura e sulla sua localizzazione, sia garantito il principio democratico, introdotto nel nostro ordinamento dall'articolo 1 della Costituzione”⁴³⁴.

La sconsolata risposta che ci si sente di dare è, per lo più, no.

Tale conclusione emerge dalla considerazione relativa al fatto che, da un lato, la legge ha perduto la propria capacità precettiva, trasformandosi progressivamente, per una pluralità di ragioni, in uno strumento di lotta (e, talora, di propaganda) politica ed andando sempre più caratterizzandosi per la perdita di chiarezza e di comprensibilità.

Alcuni esempi paradossali, ma anche l'esperienza quotidiana degli operatori del diritto ad ogni livello, ci portano ad affermare che il dato legislativo (avvolto dal groviglio delle mille interpretazioni, dottrinali e giurisprudenziali, spesso tra loro contrastanti) è ormai difficilmente intellegibile e costituisce,

⁴³⁴ Sono le iniziali parole dell'*abstract*.

oggi, al più, uno degli argomenti presi in considerazione dal giudice per decidere le controversie, e neppure sempre l'argomento più importante.

Inoltre, anche qui per una pluralità di ragioni, l'effettiva possibilità del *demos* di partecipare, anche indirettamente, all'attività legislativa, sembra costantemente affievolirsi.

Da tali constatazioni, non può che discendere l'enorme difficoltà per i pratici a dare attuazione al disposto normativo, con la conseguenza che le decisioni prese sulla base di esso (ed in particolare gli atti e provvedimenti amministrativi adottati sulla base della legge) sono affette dagli stessi vizi della legge medesima.

Inoltre, tenuto conto che il *deficit* di democrazia della legge ridonda nel provvedimento amministrativo, in ispecie per quanto riguarda le opere pubbliche, la cronaca ci dimostra come i cittadini non siano più disposti a subire decisioni “prese sopra le loro teste”, ed infatti reagiscono alle scelte che non condividono, tanto con azioni giudiziali, quanto con opposizioni stragiudiziali.

Ciò comporta un aumento dei costi e dei tempi di realizzazione delle opere che pone l'Italia (assieme ad una nutrita serie di concause) agli ultimi posti delle graduatorie internazionali in materia infrastrutturale.

Partendo da questi dati, ci si è chiesti se, al di fuori dei confini nazionali, vi fossero alcuni possibili rimedi a questo stato

di cose che ha portato ad ipotesi disastrose circa i “costi del non fare” che, secondo alcune ricerche⁴³⁵, potrebbero ammontare, in Italia a 384 miliardi di euro nel periodo 2009-2024.

Alcune esperienze straniere, illustrate da recente dottrina, hanno suggerito che un possibile rimedio ai rallentamenti che affliggono i procedimenti necessari per giungere ad un'opera pubblica possono essere dati dagli istituti di democrazia partecipativa.

Essi, infatti, sembrano consentire una partecipazione diretta della popolazione coinvolta, producendo, come tangibile effetto, una diminuzione del contenzioso giudiziale e delle forme alternative di protesta, con ovvie conseguenze sotto il profilo, da un lato, del risparmio di tempo e denaro e, dall'altro, di maggiore soddisfazione da parte degli amministrati, che vedono rivalutato il loro ruolo di cittadino.

La partecipazione popolare alle decisioni amministrative, tuttavia, se può, almeno in parte, restituire al procedimento, diciamo così nella sua fase discensionale, quel tanto di democrazia che si è perso nella “fase ascensionale” della decisione legislativa, porta anche dei rischi che si traducono, sostanzialmente, nella possibilità di strumentalizzazione da parte dei gruppi più organizzati.

⁴³⁵ Si tratta del rapporto Agici, *I costi del non fare 2009*, riportato in AA.VV., *Rapporto sulle infrastrutture in Italia -le infrastrutture autostradali-*, Torino, 2010, qui p. 10, in nota.

Ciò nonostante, essa può contribuire a concorrere alla realizzazione degli obiettivi costituzionalmente imposti, tanto dell'attuazione del principio democratico, quanto del buon andamento della Pubblica Amministrazione.

Per concludere, vale la pena di citare ancora chi⁴³⁶ sottolinea ancora che “non va [...] dimenticato un limite intrinseco della democrazia procedurale, quello che deriva dalla sua frammentazione. Solo alcuni privati possono partecipare ai processi di decisione e questi non riguardano tutta l'amministrazione, ma solo alcune procedure. Per tale motivo [...], può garantire che alcuni interessi vengano tenuti in conto e che alcune decisioni siano meglio accettate, [ma] non può sostituire la democrazia rappresentativa, e neppure integrarla, considerata la sua limitata portata”.

Insomma, verrebbe da dire, citando il noto aforisma riferito a Churchill, secondo il quale “la democrazia [rappresentativa] è la peggior formula di governo possibile, eccezion fatta per tutte quelle altre che si sono sinora sperimentate”⁴³⁷.

⁴³⁶ S. Cassese, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, 2007, n. 1, pp. 13 e ss., in particolare pp. 40 e 41.

⁴³⁷ A dire il vero, ve ne sarebbero molti altri, dello stesso autore, tra cui: “la democrazia funziona quando a decidere sono in due, e uno è malato”; “la democrazia funziona quando le idee di pochi

Concludendo, dunque, non si può non dare atto che la democrazia rappresentativa, pur con tutti i suoi difetti, prossimi e remoti, sintetizzati nell'atto legislativo che ne rappresenta lo strumento principe, non appaia certamente oggi superabile.

Non di meno, si può ritenere che un coinvolgimento democratico nella fase attuativa della legge, in particolare quando in gioco ci siano interessi diffusi tra la popolazione, possa essere uno strumento che consente, da un lato, una maggiore condivisione delle decisioni e, dall'altro, una scelta amministrativa più efficace, perché indirizzata dall'apporto della collettività e, al limite, più efficiente, perché meno soggetta a forme di opposizione popolare.

riescono a soddisfare i pochi che contano”. Si sa che lo statista britannico era noto per il suo *sense of humor*.

BIBLIOGRAFIA

Di seguito, le notazioni bibliografiche, divise per argomento, relative a ciascun capitolo.

Quanto al primo, per ciò che riguarda il concetto generale di democrazia:

N. BOBBIO, *Quale socialismo?*, Torino, 1976, p. 123.

N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino, 1984.

H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, in *Democrazia e cultura*, Bologna, 1979.

E. MALFATTI, P. PASSAGLIA, *Il principio democratico*, in AA.VV., a cura di J. Luther, E. Malfatti, E. Rossi, *I principi fondamentali della Costituzione italiana. Lezioni*, Pisa, 2002.

R. ROMBOLI, *Problemi interpretativi della questione giuridica di popolo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1984, pp. 159 e ss.

Circa la sovranità e, in particolare, la sovranità popolare, nonché i suoi risvolti nella Costituzione italiana:

R. ALESSI, *L'affermazione costituzionale della sovranità popolare e i suoi riflessi amministrativistici*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1959.

G. AMATO, *La sovranità popolare nell'ordinamento italiano*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1962.

G. AMORTH, *La Costituzione italiana. Commento sistematico*, Milano, 1948.

G. BALLADORE PALIERI, *Diritto costituzionale*, Milano,

1977.

R. BIN, *Art. 1*, in *Commentario Crisafulli-Paladin*, Padova, 1990.

E. BUSIA, L. ELIA, *Stato democratico*, in *Digesto pubblico*, XV, Torino, 1994.

M. CARTABIA, *The Legacy of Sovereignty in the Italian Constitutionale debate*, in AA.VV., *Sovereignty in transition*, a cura di J. Wacker, Portland, 2003.

V. CRISAFULLI, *La continuità dello Stato*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1964.

V. CRISAFULLI, *Problematica della "libertà di informazione"*, in *Il politico*, 1964.

V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1970.

V. CRISAFULLI, *Stato, popolo e governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985.

E. CROSA, *Miti e realtà costituzionali: sovranità del popolo, sovranità dello Stato*, in *Studi De Francesco*, II, Milano, 1957.

A. D'ATENA, *Il principio democratico nel sistema dei principi costituzionali*, in *Bollettino di informazioni parlamentari e costituzionali*, 1995.

A. D'ATENA, *Lezioni di diritto costituzionale*, Torino, 2001.

A. D'ATENA, *La produzione normativa tra rappresentanza e consenso nella riflessione di Esposito, Crisafulli e Paladin*, in AA.VV., a cura di L. Carlassare, *La sovranità popolare nel pensiero di Carlo Esposito, Vezio Crisafulli e Livio Paladin*,

Padova, 2004.

C. ESPOSITO, *Commento all'articolo 1 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954.

C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, 1957.

S.E. FINER, *Comparative Government*, Londra, 1970.

H. KELSEN, *Die Bundesverfassung vom 1.10.1920*, Vienna, 1922.

C. LAVAGNA, *Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella Costituzione italiana*, in *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, 1984.

A. LEVI, *La repubblica democratica ed il suo fondamento sociale*, in *Commentario Calamandrei-Levi*, I, Firenze, 1950.

F. MODUGNO, *La dicotomia "Stato ordinamento"- "Stato soggetto" nel pensiero dei tre maestri*, in AA.VV., a cura di L. Carlassare, *La sovranità popolare nel pensiero di Carlo Esposito, Vezio Crisafulli e Livio Paladin*, Padova, 2004.

R. CARRE' DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale del Etat*, II, Parigi, 1922.

C. MORTATI, *Note introduttive ad uno studio sui partiti politici nell'ordinamento italiano*, in *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, II, Padova, 1957.

C. MORTATI, *Articolo 1*, in *Commentario della Costituzione*, AA.VV., a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1975.

C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1975.

M. OLIVETTI, *Art. 1*, in AA. VV., a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006.

L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1998.

A. PIZZORUSSO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Napoli, 1997.

F. SORRENTINO, *Brevi riflessioni su sovranità popolare e pubblica amministrazione*, in AA.VV., a cura di L. Carlassare, *La sovranità popolare nel pensiero di Carlo Esposito, Vezio Crisafulli e Livio Paladin*, Padova, 2004.

G.U. RESCIGNO, *Democrazia e principio maggioritario*, in *Quaderni costituzionali*, 1994.

G.U. RESCIGNO, *Sovranità del popolo e fonti del diritto nel pensiero di Carlo Esposito, Vezio Crisafulli, Livio Paladin*, in AA.VV., a cura di L. Carlassare, *La sovranità popolare nel pensiero di Carlo Esposito, Vezio Crisafulli e Livio Paladin*, Padova, 2004.

G. SARTORI, *Partiti e sistemi di partito*, Firenze, 1968.

G. SARTORI, *Videopolitica (video-politics)*, in *Rivista italiana di scienza politica*, 19, 1989.

E. TOSATO, *Sovranità del popolo e sovranità dello Stato*, in *Studi De Francesco*, Milano, 1957.

Poi, circa il contesto storico e filosofico in cui inquadrare gli illustri pensatori del passato di cui ci si è occupati:

A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa-le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, 1982.

M. GALIZIA, *La teoria della sovranità dal Medio Evo alla rivoluzione francese*, Milano, 1951.

F. GENTILE, *Intelligenza politica e ragion di Stato*, Milano, 1984.

F. GENTILE, *Filosofia del diritto -le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi-*, Padova, 2006.

P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 1997.

E. OPOCHER, *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova, 1993.

A. SCHIAVONE, *Jus. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005.

Con riguardo ai singoli pensatori, circa Montesquieu:

L. ALTHUSSER, *Montesquieu, la politica e la storia*, Roma, 1995.

M. BARBERIS, *Costant e Montesquieu, o liberalismo e costituzionalismo*, in *Annales Benjamin Constant*, II, 1990.

C.L. DE MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, Torino, 2005.

Con riferimento a Bodin:

J. BODIN, *I sei libri dello Stato*, Torino, 1996.

V.I. COMPARATO, *Jean Bodin, antologia di scritti politici*, Bologna, 1981.

J.H. FRANKLIN, *Jean Bodin and the rise of absolutist theory*, Cambridge, 1973.

L. GAMBINO, *I Politiques e l'idea di sovranità (1573-1593)*, Milano, 1951.

V. PIANO MORTARI, *Il potere sovrano nella dottrina giuridica*

del XVIesimo secolo, Milano, 1962.

D. QUAGLIONI, *I limiti della sovranità: il pensiero di Jean Bodin nella cultura politica e giuridica dell'età moderna*, Padova, 1992.

C. VASOLI, *Brevi riflessioni su Jean Bodin*, Milano, 2000.

Con riferimento a Marsilio da Padova:

C. DOLCINI, *Introduzione a Marsilio da Padova*, Roma-Bari, 1995.

F. GENTILE, *Marsilio e l'origine dell'ideologia*, in *Medioevo. Rivista di storia della filosofia medievale*, 5, 1979.

MARSILIO, *Il difensore della pace*, Torino, 1975.

C. PINCIN, *Marsilio*, Torino, 1977.

Su Machiavelli:

AA. VV., *Introduzione a Machiavelli*, Roma, 2003.

Per quanto riguarda Grozio:

G. DEL VECCHIO, *Grozio e la fondazione del diritto internazionale*, in *Contributi alla storia del pensiero giuridico e filosofico*, Milano, 1963.

U. GROZIO, *Il diritto della pace e della guerra. Prolegomeni e libro primo*, Padova, 2010.

Circa Hobbes:

N. BOBBIO, *Thomas Hobbes*, Torino, 1989.

D. FISICHELLA, *Alla ricerca della sovranità. Sicurezza e libertà in Thomas Hobbes*, Roma, 2008.

T. HOBBS, *Leviatano*, Milano, 2001.

F. IZZO, *Forme della modernità. Antropologia, politica e teologia in Thomas Hobbes*, Bari, 2005.

A. PACCHI, *Convenzioni e ipotesi nella formazione della filosofia naturale di Thomas Hobbes*, Firenze, 1965.

R. TUCK, *Hobbes*, Bologna, 2001.

H. WARREND, *Il pensiero politico di Hobbes*, Bari, 1974.

Circa Locke:

J.LOCKE, *Due trattati sul governo*, Torino, 2010.

M. SELIGER, *The liberal politics of John Locke*, Londra, 1968.

A proposito di Rousseau:

C. BLUM , *Rousseau and the Republic of Virtue : the Language of Politics in the French Revolution*, Londra 1986.

A. BURGIO, *Eguaglianza interesse unanimità. La politica di Rousseau*, Napoli 1989.

A. BURGIO, *Rousseau: la politica e la storia*, Milano 1996.

P. CASINI, *Il pensiero politico di Rousseau*, Roma-Bari 1999.

D. FELICE, *Jean-Jacques Rousseau in Italia. Bibliografia (1816-1986)*, Bologna 1987. G. FORNI, *Alienazione e storia. Saggio su Rousseau*, Bologna 1976.

J.J. ROUSSEAU, *Considerazioni sul governo della Polonia*, in *Scritti politici*, Torino, 1970.

J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, Milano, 2005.

J.J. ROUSSEAU, *Emilio*, Roma-Bari, 2006.

Di Voltaire:

VOLTAIRE, *Lois civiles e ecclesiastique*, in *Dizionario*

filosofico, Roma, 1991.

Poi, in relazione alla crisi della legge:

AA. VV., a cura di C. Mignone, *La crisi della legislazione -studiosi e politici a confronto-*, Padova, 1997.

AA.VV., *La crisi del diritto*, Padova, 1953.

AA.VV. a cura di D. Castellano e G. Cordini, *L'incerta transizione -riforme istituzionali e teoria giuridica-*, Napoli, 2000.

M. AINIS, *La legge oscura -come e perché non funziona-*, Roma-Bari, 2002.

G. AMATO, *Intervento*, in *La crisi della legislazione -studiosi e politici a confronto-*, Padova, 1997.

M. BERTOLISSI, “*Rivolta fiscale*” *federalismo riforme istituzionali*, Padova, 1997.

M. BERTOLISSI, *Identità e crisi dello stato costituzionale in Italia*, Padova, 2002.

M. BERTOLISSI, G. DUSO, *Ripensare la costituzione? La questione della pluralità politica*, in AA. VV., a cura di M. Bertolissi, G. Duso e A. Scalone, *Ripensare la Costituzione -La questione della pluralità-*, Monza-Milano, 2008.

R. BETTINI, *Il circolo vizioso legislativo*, Milano, 1983.

F. BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, Padova, 2000.

F. CARNELUTTI, *La crisi della legge*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1930.

- S. CASSESE, *Lo "Stato pluriclasse" in Massimo Severo Giannini*, in AA.VV., a cura di S. Cassese, G. Carcaterra, M. D'Alberti, A. Bixio, *L'unità del diritto*, Bologna, 1994.
- A. CELOTTO, *La "frammentazione dell'atomo" (dei decreti-legge che modificano atti regolamentari)*, in *Rassegna parlamentare*, 1997.
- A. De Toqueville, *La democrazia in America*, Roma, 1987.
- M.S. GIANNINI, *Rapporto sullo stato dell'amministrazione pubblica*, in www.tecnichenormative.it/RapportoGiannini.pdf.
- G. GIUGNI, *Intervento*, in AA.VV., *La crisi della legislazione -studiosi e politici a confronto-* Padova, 1997.
- H. HOFFMANN, *Il modello della costituzione statale e i suoi punti critici*, in AA. VV., a cura di M. Bertolissi, G. Duso e A. Scalone, *Ripensare la Costituzione -La questione della pluralità-*, Monza-Milano, 2008.
- N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1989.
- V. ITALIA, *La fabbrica delle leggi*, Milano, 1994.
- L.A. MURATORI, *Dei difetti della giurisprudenza*, Milano, 1958
- P. NOLL, *Symbolische Gesetzgebung*, in *Zeitschrift fuer Schweizerisches Recht*, 1981.
- P. PETTA, *La codificazione strisciante: il metodo delle novelle*, in AA.VV., *Codificazione del diritto e ordinamento costituzionale*, a cura di P. Costanzo, Napoli, 1999.
- S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano,

1983.

G. VOLPE, *L'ingiustizia delle legge*, Milano, 1977.

Sui risvolti che riguardano la crisi dell'amministrazione:

S. CASSESE, *Introduzione*, in AA.VV., a cura di S. Cassese, *L'amministrazione pubblica in Italia*, Bologna, 1974.

A.C. JEMOLO, *La crisi dello Stato moderno*, Bari, 1954.

C. PETROCCHI, *Il problema della burocrazia*, Roma, 1944.

Sulla rappresentanza:

AA. VV., a cura di L. Carlassare, *Democrazia, rappresentanza, responsabilità*, Padova, 2001.

L. CIAURRO, *Art. 67*, in AA. VV., a cura di R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006.

G. DUSO, *Oltre il nesso sovranità-rappresentanza: un federalismo senza Stato?*, in AA. VV., a cura di M. Bertolissi, G. Duso e A. Scalone, *Ripensare la Costituzione -La questione della pluralità-*, Monza-Milano, 2008.

M. FRACANZANI, *Il problema della rappresentanza nella dottrina dello Stato*, Padova, 2000.

G. MARONGIU, *Rappresentanza e mandato nelle nostre antiche assemblee costituzionali*, Urbino, 1948.

T. MARTINES, *Lo status di parlamentare*, in AA.VV., *Diritto parlamentare*, Rimini, 1992.

C. MORTATI, *Art. 67*, in *Comm. Cost. Branca*, Bologna-Roma, 1986.

A. SCALONE, *Democrazia rappresentativa, partiti, organizzazioni di interesse*, in AA. VV., a cura di M. Bertolissi, G. Duso e A. Scalone, *Ripensare la Costituzione -La questione della pluralità-*, Monza-Milano, 2008.

Sul principio d'uguaglianza:

AA.VV., *Eguaglianza e egualitarismo*, Roma, 1978.

AA. VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici – Atti del seminario, Palazzo della Consulta, 13/14 ottobre 1992-*, Milano, 1994.

AA. VV., *Principio di eguaglianza e principio di legalità nella pluralità degli ordinamenti giuridici –Atti del XIII Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti-*, Trieste 17/18 dicembre 1998, Padova, 1999.

AA.VV., *Corte costituzionale e principio di eguaglianza -Atti del convegno in ricordo di Livio Paladin-*, Padova, 2002.

M. AINIS, *Azioni positive e principio di uguaglianza*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1992.

N. BOBBIO, *Eguaglianza ed egualitarismo*, in *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, 1976.

N. BOBBIO, *Uguaglianza e libertà*, Torino, 1995.

A. CELOTTO, *Art. 3, 1° co., Cost.*, in AA. VV., a cura di R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006.

R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982.

C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana. Saggi*. Padova, 1954.

A. GIORGIS, *Art. 3, 2° co., Cost.*, in AA. VV., a cura di R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006.

L. PALADIN, *Il principio costituzionale di eguaglianza*, Milano, 1965.

L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto aggiornamento*, I, Milano, 1997.

Per un approccio non esclusivamente legalistico al diritto:

J. AUSTIN, *Delimitazione del campo della giurisprudenza*, Bologna, 1995.

P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2005.

D. HUME, *Trattato sulla natura umana*, Roma-Bari, 1975.

U. VINCENTI, *Lezioni di metodologia della scienza giuridica*, Padova, 1997.

G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008.

G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge -il diritto come dimensione del vivere comune-*, Torino, 2009.

Poi, ad altri fini, particolari o generali, si sono consultati anche:

AA.VV., *Il vocabolario della lingua italiana*, Treccani, Roma 2005.

P. DE IOANNA, *L'autonomia finanziaria: una ipotesi di ricostruzione interpretativa tra diritti di cittadinanza e*

federalismo possibile, dal forum “osservatorio sul federalismo”, del sito <http://www.federalismi.it>.

T. GROPPI, *La garanzia dei diritti tra Stato e regioni dopo la riforma del titolo V*, dal forum “osservatorio sul federalismo”, del sito <http://www.federalismi.it>.

E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1957.

M. PEDRAZZA GORLERO, *Elementi per una introduzione agli studi giuridici*, Padova, 1999.

PLAUTO, *L'asinaria*, Milano, 1994.

A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, XXXV ed., Padova, 1994.

Per quanto riguarda il secondo capitolo, oltre agli articoli di stampa ed alla copiosa giurisprudenza ed a quanto già indicato nella bibliografia del capitolo precedente, con l'avvertenza che i manuali sono stati consultati più volte, a diversi fini, si sono presi in esame, sul tema della legittimazione:

AA.VV., a cura di P. Dell'Anno, *La valutazione di impatto ambientale: problemi di inserimento nell'ordinamento italiano*, in *Energia e ambiente*, Rimini 1987.

E. ALLORIO, *Per la chiarezza delle idee in tema di legittimazione ad agire*, in *Problemi del diritto*, I, Milano 1957.

A. ATTARDI, *Legittimazione ad agire*, in *Novissimo digesto italiano*, IX, Torino 1963.

F. BENVENUTI, *Processo amministrativo (struttura)*, in

Enciclopedia del diritto XXXVI.

V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, III edizione, Torino, 2003.

S. CASSARINO, *Il processo amministrativo nella giurisprudenza e nella legislazione*, I, *I presupposti*, Milano, 1984.

G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, IV edizione, Napoli 1928.

P. DELL'ANNO, *Energia e assetto del territorio: profili istituzionali*, Padova 1983

V. DOMENICHELLI, in, AA.VV.: *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco e F.G. Scoca, III edizione, Bologna, 2001.

M. S. GIANNINI, *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici* in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1, 1973.

A. MANGIA, *La legittimazione al ricorso giurisdizionale delle associazioni private aventi finalità di difesa dell'ambiente*, in *Studium iuris*, 1996.

F. PUGLIESE, *La legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste: il limite è nella legge*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1994.

A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XIII edizione, Napoli, 1982.

F.G. SCOCA, *Modello tradizionale e trasformazioni del processo amministrativo dopo il primo decennio di attività dei*

tribunali amm. reg., in *Diritto processuale amministrativo*, 1985
F.G. SCOCA, *Giurisprudenza amministrativa e tutela dell'ambiente nella prospettiva di un orientamento omogeneo delle giurisdizioni*, in AA.VV. *Unità della giurisdizione e tutela dell'ambiente*, Milano, 1986.

G. TORREGROSSA, *Profili della tutela dell'ambiente*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 4, 1980.

In tema di motivazione degli atti di alta amministrazione e sulla loro discrezionalità, si sono consultati, oltre agli autori già citati:

G. AMORTH, *Il merito dell'atto amministrativo*, Milano, 1939.

A. BARONE, *Discrezionalità (diritto amministrativo)*, in Enc. Giur., XI, Roma 1989.

E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano 2000.

G. MATTARELLA, *L'attività*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Milano 2000.

C. MORTATI, *Discrezionalità*, in Noviss. Dig. It., V, Torino, 1960.

G. PERICU, in AA. VV. *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco e F.G. Scoca, III edizione, Bologna, 2001

R. VILLATA in AA. VV. *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco e F.G. Scoca, III edizione, Bologna, 2001.

Con una qualche inerenza ai singoli procedimenti presi in

esame:

S. AGNES, *Commento agli artt. 14 e 21 legge 7 agosto 1990, n. 241*, in *Leggi civ. Comm.*, 1995.

M. CONZ, *Note a margine della vicenda "Dal Molin". La cooperazione internazionale in materia militare ed i suoi limiti*, nel sito *internet* <http://www.costituzionalismo.it>.

G. MORBIDELLI, in AA.VV. *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco e F. G. Scoca, III edizione, Bologna, 2001

A. PREDIERI, *Prefazione*, in *Diritto e ambiente*, AA.VV., a cura di G. Di Giovine, Milano, 1983.

E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992.

T. TASSO, *Il silenzio della pubblica amministrazione. Il paradosso del silenzio come forma di comunicazione tra il privato e il pubblico*. Napoli, 2005.

Circa la posizione del giudice nel nostro ordinamento:

P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Milano, 1999

S. DE NARDI, *La libertà di espressione dei magistrati*, Napoli, 2008.

L. MAZZAROLLI, in AA.VV. *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco e F.G. Scoca, III edizione, Bologna, 2001.

G. ZAGREBELSKY, *"La domanda di giustizia"*, di G.

Zagrebelsky e S. Em. C. M. Martini, Torino, 2003.

Circa il terzo capitolo, poi, oltre a quanto già citato, si sono consultati, per quanto riguarda i dati sul ritardo infrastrutturale italiano:

66th Eurocontract Conference, a cura di CRESME, in <http://www.cresme.it>.

AA.VV., a cura di A. Macchiati e G. Napolitano, *E' possibile realizzare le infrastrutture in Italia?*, Bologna, 2008.

AA.VV, *Italiadecide, rapporto 2009 -infrastrutture e territorio-*, Bologna, 2010.

AA.VV., *Rapporto sulle infrastrutture in Italia -le infrastrutture autostradali-*, Torino, 2010.

Dotazioni e fabbisogni regionali di infrastrutture, Nota n. 3, 2003, a cura di Centro Studi di Confindustria (C.S.C.), in <http://www.confindustria.it>.

Chek up Mezzogiorno, a cura di Centro Studi di Confindustria (C.S.C.), in <http://www.confindustria.it>.

Global competitiveness report 2008-2008, a cura del World Economic Forum, in <http://www.weforum.org>.

G. MESSINA, *Le infrastrutture di trasporto nelle regioni europee: due misure a confronto*, in AA.VV., a cura di A. Macchiati e G. Napolitano, *E' possibile realizzare le infrastrutture in Italia?*, Bologna, 2008.

Reti infrastrutturali e territorio: stato dell'arte e strumenti

attivabili, a cura del Servizio Studi e Ricerche del gruppo Intesa San Paolo, in <http://www.group.intesasanpaolo.com>.

Sulle ragioni che stanno alla base dei ritardi nella realizzazione dell'opera pubblica:

AA.VV., a cura di L. Bobbio, A. Zeppetella, *Perché proprio qui? Grandi opere e opposizioni locali*, Milano, 1999.

G. ARCONZO, F. BIONDI, N. ZANON, in *Infrastrutture e legalità : il contenzioso amministrativo e altri controlli giurisdizionali*, in AA.VV., *Italiadecide, rapporto 2009 -infrastrutture e territorio-*, Bologna, 2010.

B. ARGIOLAIS, *Gli ostacoli normativi alla realizzazione delle grandi opere pubbliche*, nel rapporto Isae, *Priorità nazionali. Infrastrutture materiali e immateriali*, Roma, 2008.

F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1952.

G. BERTI, *La parabola regionale dell'idea di partecipazione*, in *Le Regioni*, 1974.

G. BERTI, *La responsabilità pubblica (Costituzione e Amministrazione)*, Padova, 1994.

S. CASSESE, *Diagnosi: i conflitti e le loro cause*, in AA.VV., a cura di M. Spinedi, *La gestione dei conflitti locali nelle opere infrastrutturali: il caso trasporti*, Roma, 1999.

M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1980.

M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia*

legislativa e trasformazione dell'amministrazione. A proposito di un recente disegno di legge, in *Scritti giuridici*, Milano, 1996.

F. PATTI, *Grandi opere a rischio contenzioso*, in *Sole 24 ore* del 5 gennaio 2009.

G. VESPERINI, *Il diritto delle opere pubbliche: tendenze e problemi*, in *Economia italiana*. 2003.

Circa i profili internazionali e comparatistici, si sono consultati:

AA. VV., *La legge francese n. 2002-276 del 27 febbraio 2002 relativa alla "democratie de proximité"*, in *Rapporto 2009 -Infrastrutture e territorio-*, Bologna, 2010.

G. ALLEGRETTI, *Politiche di partecipazione in Venezuela: tra discorso costituzionale e pratiche sperimentali*, in *Democrazia e diritto (democrazia partecipativa)* 3/2006.

G. ALLEGRETTI, *Politiche di partecipazione in Venezuela: l'inizio di un percorso di statuizione normativa*, in *Democrazia e diritto (ancora di democrazia partecipativa)* 4/2006.

M.A. BOSSANO, J. VASCONEZ, *I bilanci partecipativi in America Latina: dalla legittimazione sociale alla legalizzazione istituzionale*, in *Democrazia e diritto (democrazia partecipativa)* 3/2006.

L. CASINI, *L'inchiesta pubblica. Analisi comparata*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, 2007, n. 1.

L. CASINI, *La partecipazione nelle procedure di localizzazione delle opere pubbliche. Esperienze di diritto comparato*, in

AA.VV., a cura di A. Macchiati e G. Napolitano, *E' possibile realizzare le infrastrutture in Italia?*, Bologna 2009.

S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, 2007, n. 1.

P. CHIRULLI, *La convenzione di Aarhus*, in AA.VV., *Rapporto 2009 -Infrastrutture e territorio-*, Bologna, 2010.

E.G. FERNANDEZ, *Democrazia e partecipazione: i bilanci partecipativi in Spagna*, in *Democrazia e diritto (democrazia partecipativa)* 3/2006.

Y. MANSILLON, *L'esperienza del "debat public" in Francia*, in *Democrazia e diritto (democrazia partecipativa)* 3/2006.

A. ROEKE, Y. SINTOMER, *Estrazione a sorte e democrazia partecipativa: riflessioni sugli esiti delle giurie civiche berlinesi*, in *Democrazia e diritto (democrazia partecipativa)* 3/2006.

A. ROEKE, Y. SINTOMER, *Il bilancio partecipativo dei licei del Poitou-Charentes: verso una democrazia partecipativa?*, in *Democrazia e diritto (ancora di democrazia partecipativa)* 4/2006.

M. SPINOZZI, *L'inchiesta pubblica (quanto e come le decisioni amministrative e le decisioni politiche di partecipazione in materia ambientale conducono all'emersione degli interessi "deboli" e da questi sono orientate)*, in <http://www.federalismi.it>.

J.P. VARGAS CESPEDES, D.A. ZAMUNER, *Dalla retorica*

partecipativa alla realtà quotidiana: lo stato attuale della democrazia partecipativa in America Centrale, in *Democrazia e diritto (democrazia partecipativa)* 3/2006.

Sulle prospettive di riforma:

A. ALGOSTINO, *L'osservatorio per il collegamento ferroviario Torino-Lione come case-study sulla democrazia e sul dissenso*, in <http://www.costituzionalismo.it>.

A. ALGOSTINO, *Il movimento no Tav e le forme della democrazia*, in <http://www.costituzionalismo.it>.

U. ALLEGRETTI, *Procedura, procedimento, processo. Un'ottica di democrazia partecipativa*, in *Rivista trimestrale di diritto amministrativo*, 4, 2007.

F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino -tra libertà garantita e libertà attiva-*, Venezia, 1994.

L. BOBBIO, *Dilemmi della democrazia partecipativa*, in *Democrazia e diritto -ancora di democrazia partecipativa-*, 4, 2006.

S. CASSESE, *Per una nuova disciplina dei diritti dei privati nei confronti delle pubbliche amministrazioni*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2007.

M.C. PITRONE, *L'opinione pubblica di fronte a referenda e sondaggi*, in <http://www.costituzionalismo.it>.

S. RAVAZZI, *Quando i cittadini decidono*, in *Rivista italiana di politiche pubbliche*, 2, 2006.

A. TONETTI, *La partecipazione nelle procedure di*

localizzazione di opere pubbliche: il caso italiano, in AA.VV., a cura di A. Macchiati e G. Napolitano, *E' possibile realizzare le infrastrutture in Italia?*, Bologna, 2009.