

CERIDAP

RIVISTA INTERDISCIPLINARE SUL
DIRITTO DELLE
AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE

FASCICOLO

2 / 2021

APRILE - GIUGNO

DIRETTORE RESPONSABILE: Prof.ssa Diana-Urania Galetta

Iscritta con delibera 16.06.2020 nell'Elenco Speciale dei direttori responsabili di periodici o riviste a carattere scientifico annesso all'Albo dei Giornalisti della Lombardia

RESPONSABILE DEL COMITATO EDITORIALE: Prof. Gabriele Bottino

COMITATO EDITORIALE: Prof.ssa Barbara Boschetti, Prof.ssa Elena D'Orlando, Prof.ssa Cristina Fraenkel-Haeberle, Prof.ssa Roberta Lombardi, Prof. Renato Ruffini, Prof.ssa Fiammetta Salmoni, Prof.ssa Elisa Arcioni, Prof.ssa Monica Bonini, Prof.ssa Elena Buoso, Prof.ssa Micaela Lottini, Prof.ssa Renata Spagnuolo Vigorita

RESPONSABILE DEL COMITATO DI REDAZIONE: Dr. Gherardo Carullo

COMITATO DI REDAZIONE: Stefano D'Ancona, Emanuela Furiosi, Alessia Monica, Clara Napolitano, Giulia Pinotti, Giacomo Pisani, Luigi Previti, Paolo Provenzano, Pier Marco Rosa Salva, Stefano Rossa, Massimo Strato Perrino, Federico Votta

COMITATO SCIENTIFICO:

- Prof. Margaret Allars (University of Sydney, Australia)
- Prof. Ricardo Alonso (Universidad Complutense de Madrid, España)
- Prof. Jean-Bernard Auby (Sciences-Po, Paris, France)
- Prof. Patrick Birkinshaw (University of Hull, UK)
- Prof. David Capitant (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, France)
- Prof. Mario Pilade Chiti (Università degli Studi Firenze, Italia)
- Prof. Stefano Cognetti (Università degli Studi di Macerata, Italia)
- Prof. Lorenzo Cotino Hueso (Universidad de Valencia, España)
- Prof. Guido Corso (Università degli Studi di Roma III, Italia)
- Prof. Paul Craig (University of Oxford, UK)
- Prof. Mary Crock (University of Sydney, Australia)
- Prof. José Luís da Cruz Vilaça (Universidade de Lisboa, Portugal e Corte di Giustizia dell'EU, Lussemburgo)
- Prof. Pedro Cruz Villalón (Universidad Autónoma de Madrid, España)
- Prof.ssa Daria de Pretis (Università degli Studi di Trento e Corte

costituzionale, Italia)

- Prof. Rosario Ferrara (Università degli Studi di Torino, Italia)
- Prof. Guido Greco (Università degli Studi di Milano, Italia)
- Prof. Constance Grewe (Université de Strasbourg, France)
- Prof. Ian Harden (University of Sheffield, UK)
- Prof. Carol Harlow (London School of Economics)
- Prof. Herwig Hofmann (Université du Luxembourg)
- Prof. Martin Ibler (Universität Konstanz)
- Prof.ssa Julia Iliopoulos-Strangas (Università Nazionale e Kapodistria di Atene, Grecia)
- Prof.ssa Maria Immordino (Università degli Studi di Palermo, Italia)
- Prof. Vittorio Italia (Università degli Studi di Milano, Italia)
- Prof. Jean-Paul Jacqué (Université de Strasbourg, France et Service juridique du Conseil de l'UE, Bruxelles)
- Prof. Irena Lipowicz (Università Cardinale Stefan Wyszyński di Varsavia, Polonia)
- Prof. Mario G. Losano (Università degli Studi di Milano e del Piemonte orientale, Italia)
- Prof. Roberto Mastroianni (Università degli Studi di Napoli, Italia e Tribunale dell'UE, Lussemburgo)
- Prof. Jacqueline Morand-Deville (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, France)
- Prof. Bruno Nascimbene (Università degli Studi di Milano, Italia)
- Prof. Luke Nottage (University of Sydney, Australia)
- Prof. Angelika Nussberger (Universität Köln, Deutschland e Corte Europea dei diritti dell'uomo, Strasbourg, France)
- Prof. Giorgio Orsoni (Università Ca' Foscari Venezia, Italia)
- Pres. Alessandro Pajno (Presidente emerito del Consiglio di Stato)
- Prof. Vasco Pereira da Silva (Universidade de Lisboa, Portugal)
- Prof. Ricardo Perlingeiro Mendez da Silva (Universidade Federal Fluminense e Tribunal Regional Federal de Rio de Janeiro, Brasil)
- Prof. Gloria Regonini (Università degli Studi di Milano, Italia)
- Prof. Wojciech Sadurski (University of Sydney, Australia)
- Prof. Daniel Sarmiento (Universidad Complutense de Madrid, España)

- Prof. Jens-Peter Schneider (Universität Freiburg, Deutschland)
- Prof.ssa Maria Alessandra Sandulli (Università degli Studi di Roma III, Italia)
- Prof. Eberhard Schmitt-Aßmann (Universität Heidelberg, Deutschland)
- Prof. Jürgen Schwarze (Universität Freiburg, Deutschland)
- Prof. Karl-Peter Sommermann (Universität Speyer, Deutschland)
- Prof. Klaus Stern (Universität Köln, Deutschland)
- Prof. Albrecht Weber (Universität Osnabrück, Deutschland)
- Prof. Jacques Ziller (Università degli Studi di Pavia, Italia; Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, France; Istituto Universitario Europeo di Fiesole-IUE)

CERIDAP è una rivista ad accesso libero sul sito ceridap.eu, aggiornata on-line quotidianamente e fascicolata trimestralmente. Alla fine di ogni trimestre gli articoli riprodotti nel sito sono tutti pubblicati nel fascicolo del trimestre di riferimento.

CERIDAP è la Rivista nata nel 2020 dall'iniziativa del Direttore dell'omonimo Centro di Ricerca Interdisciplinare sul Diritto delle Amministrazioni Pubbliche dell'Università degli Studi di Milano per un'azione amministrativa più efficiente e più imparziale, anche in attuazione del principio digital first. La Rivista CERIDAP, pur indipendente dall'omonimo Centro, è la sede principale in cui vengono pubblicate le ricerche svolte in seno al Centro stesso e si è avvalsa sin da principio della collaborazione, all'interno del suo Comitato Editoriale, di un gruppo di studiosi dell'area giuspubblicistica provenienti da vari Atenei, sia italiani che stranieri, che ne condividono l'impostazione di fondo e la filosofia ispiratrice.

Obiettivo della Rivista CERIDAP è di fornire un contributo di analisi, approfondimento e proposta avente come focus principale le Pubbliche Amministrazioni: intese sia nella loro dimensione istituzionale, organizzativa e di attività, che nella loro dimensione procedurale. E con una naturale apertura prospettica anche al diritto comparato, europeo ed internazionale nonché alla discussione interdisciplinare che è favorita dalla presenza, nel suo Comitato scientifico, di autorevoli studiosi provenienti da prestigiosi Atenei di tutto il Mondo.

Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito, e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione. La Rivista si uniforma agli standard internazionali definiti dal Committee on Publication Ethics (COPE), e fa proprie le relative linee guida.

CERIDAP è interessata a pubblicare contributi relativi a tutti gli ambiti scientifico-disciplinari che sono riferibili al c.d. Diritto Pubblico, inteso nella sua accezione più ampia e che ricomprende anche aree di analisi al confine fra la scienza giuridica e le scienze c.d. politologiche. CERIDAP è inoltre aperta all'approccio tipico dell'analisi economica del diritto. Per questa ragione si è dotata di un "Comitato dei Revisori" che include anche esperti provenienti da aree di expertise diverse da quella del Diritto Pubblico tradizionale (costituzionale ed amministrativo).

I materiali pubblicati su CERIDAP sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.0 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili). Il testo completo della licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Per la citazione dei contributi presenti in questo fascicolo di CERIDAP, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. Cognome, *Titolo del contributo*, in *CERIDAP*, 2021, 2, p. 35 ss.

Per l'invio di contributi destinati alla pubblicazione: ceridap.eu/rivista/invio-contributi

© 2021 CERIDAP

INDICE SOMMARIO

ARTICOLI

LAVINIA DEL CORONA, <i>Distrust in science as a threat to scientific freedom. Some considerations in light of CoVid-19 emergency</i>	1
EMANUELA FURIOSI, <i>Research Quality Assessment in Italy and classification of the A-class scientific Journals. Potential distorting effects</i>	15
PARIDE FUSARO, <i>Banca centrale europea e comunicazione, un'analisi. Con alcune deduzioni sull'Esecutivo guidato da Mario Draghi</i>	30
ANNA GRIGNANI, <i>Le préjudice écologique</i>	65
MARGHERITA RAMAJOLI, <i>La gestione dell'emergenza pandemica tra Schmitt e Kelsen</i>	99
KARL-PETER SOMMERMANN E CRISTINA FRAENKEL-HAEBERLE, <i>L'Unione Europea come comunità di implementazione. Strategie nazionali di recepimento delle direttive europee</i>	111

RASSEGNE E COMMENTI

MONICA BONINI, <i>Il Bundesverfassungsgericht tedesco, giudice "delle leggi" o "del destino" dell'integrazione europea? Prime considerazioni sulla pronuncia del 15 aprile 2021 del Tribunale costituzionale federale tedesco - 2 BvR 547/21</i>	140
JOSÉ LUÍS DA CRUZ VILAÇA, <i>The German Constitutional Court calls into question the Recovery and Resilience Plan</i>	150
BEATRICE RABAI, <i>Beyond the Ivory Tower: the role of University in contemporary society</i>	157
GIANCARLO VILELLA, <i>Lavoro e tecnologie informatiche. Note a margine della fiducia al governo Draghi</i>	168
JACQUES ZILLER, <i>Il Conseil d'Etat si rifiuta di seguire il pifferaio magico di</i>	

CERIDAP

Karlsruhe 176

RELAZIONI E SEGNALAZIONI

CAROLA AUDISIO, <i>Il Consiglio di Stato si pronuncia per la prima volta sulla legittimazione ad agire dell'Anac ex art. 211 del Codice dei contratti pubblici</i>	184
GHERARDO CARULLO, <i>Malfunzionamenti nella prenotazione telematica del vaccino: il risultato prevedibile di affidamenti in-house</i>	191
ALESSIA MONICA, <i>Diritto di accesso e pubblicazione online dei documenti da parte di "terzi": interesse ad agire e trasparenza amministrativa in rete</i>	199

HANNO COLLABORATO A QUESTO NUMERO:

CAROLA AUDISIO, Dottoressa in giurisprudenza nell'Università degli studi di Milano, già praticante nell'Avvocatura di Stato a Milano, oggi praticante nello studio legale Greco Muscardini.

MONICA BONINI, Professore Associato di Diritto Pubblico nell'Università degli Studi di Milano Bicocca

GHERARDO CARULLO, Ricercatore (RTDB) di Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi di Milano (abilitato come professore di II fascia). Avvocato nel foro di Bologna

JOSÉ LUÍS DA CRUZ VILAÇA, Professore di diritto europeo; Managing Partner di CVA; già avvocato generale e giudice della CGUE; già presidente del Tribunale di primo grado delle Comunità europee (ora Tribunale dell'Unione europea)

LAVINIA DEL CORONA, Assegnista di Ricerca nel Dipartimento di Scienze e Politiche Ambientali, Università degli Studi di Milano. Dottoressa di Ricerca in Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Milano.

CRISTINA FRAENKEL-HAEBERLE, Professore di diritto pubblico, Università tedesca di scienze amministrative di Speyer. Coordinatrice del programma di ricerca sullo "spazio amministrativo europeo" presso l'Istituto tedesco di ricerca sulla pubblica amministrazione

EMANUELA FURIOSI, Avvocato, Dottore di Ricerca in Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi di Milano. Cofondatrice di bookabook.it

PARIDE FUSARO, Dottore magistrale in scienze politiche e sociali, master di II livello in "La lingua del diritto", collaboratore parlamentare

ANNA GRIGNANI, Dottoranda di Ricerca in "Democrazia sostenibile e solidale: diritti, doveri e istituzioni", nell'Università del Piemonte Orientale.

ALESSIA MONICA, Borsista di ricerca in diritto dell'Unione europea e diritto amministrativo europeo presso l'Università degli studi di Pavia; docente a contratto in diritto sanitario presso l'Università degli studi di Milano

BEATRICE RABAI, Professore a contratto in Diritto della prevenzione, della privacy e delle nuove tecnologie nell'Università degli Studi di Pavia (Dipartimento di Giurisprudenza, a.a. 2020-2021). Avvocato nel foro di Pavia.

MARGHERITA RAMAJOLI, Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo, nell'Università degli Studi di Milano.

KARL-PETER SOMMERMANN, Titolare della cattedra di diritto pubblico, teoria dello Stato e diritto comparato, Università tedesca di scienze amministrative di Speyer. Senior Fellow presso l'Istituto tedesco di ricerca sulla pubblica amministrazione.

GIANCARLO VILELLA, Professore a contratto nell'Università degli Studi di Milano e nell'Università Politecnica delle Marche, già Direttore Generale del Directorate-General for Innovation and Technological Support del Parlamento europeo

JACQUES ZILLER, Professore ordinario di diritto dell'Unione europea nell'Università degli Studi Pavia, già Professore di diritto pubblico comparato e di diritto dell'Unione europea all'Istituto universitario europeo di Fiesole, anciennement professeur de droit public à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Distrust in science as a threat to scientific freedom. Some considerations in light of CoVid-19 emergency

Lavinia Del Corona

DOI: 10.13130/2723-9195/2021-2-22

La sfiducia nella scienza e la diffusione di teorie pseudoscientifiche risulta essere uno dei principali fattori che nelle moderne democrazie occidentali minaccia la libertà della scienza. Nell'articolo è posto in evidenza come con la pandemia da CoVid-19 tale pericolo potrebbe addirittura incrementare, anche in ragione di taluni comportamenti assunti dai membri della stessa comunità scientifica. Nel presente lavoro si è quindi cercato di riflettere su quali possano essere le strategie di azione, specie all'interno della comunità scientifica, più idonee a contrastare una tale tendenza e si è sottolineato come in ogni caso, quale che sia la soluzione prediletta, la lotta alla pseudoscienza risulti imporre l'avvio di una seria riflessione sul problema della "demarcazione", ossia su un classico tema della filosofia della scienza, che è stato però fortemente trascurato negli ultimi decenni.

Distrust in science and the spread of pseudoscientific theories appears to be one of the main factors threatening the freedom of science in modern Western democracies. This article discusses how due to the CoVid-19 pandemic this danger may even increase. In particular, the article highlights how certain behaviours of members of the scientific community may contribute to the spread of anti-scientific attitudes in society. The author analyses which strategies of action, especially within the scientific community, can be used to contrast such a tendency and points out that, regardless of the strategy chosen, the fight against pseudoscience requires a deep reflection on the problem of the "demarcation", a key issue of the philosophy of science, which has been neglected in recent decades.

1. Introduction

At the beginning of the CoVid-19 emergency many scholars have thought that the pandemic could mark an «*epochal turning point*»^[1] in the relationship between the scientific community (scientists and academics) and society, and between Science and Law. The idea was that the pandemic would have led to an increased trust in science and cooperation between the scientific community and politics.

As the emergency started, society began to seek a dialogue with the scientific community, hoping in answers and guidance. Day by day, the importance of science in public decision making became clear more than ever^[2] and the public attention focused on experts, as virologists and epidemiologists. All elements that suggested a restoration of expertise to its rightful place of influence and esteem.

In this sense were the words of Kurt Deketelaere, the secretary general of the League of European Research Universities, who claimed that «*the battle against coronavirus has brought with it a very welcome rehabilitation of experts and universities as deserving society's trust and respect*»^[3].

However, recent events – such as the rise of CoVid-19 denialist movements – seem to point out that such a «*rehabilitation of experts*» could be more difficult than initially thought^[4]: many of the pre-existing problems in the relationship between science and society, instead of being resolved because of the Covid-19 pandemic, seem in fact to have become more evident and serious.

2. The distrust in science: a pre-existing problem

In recent years, many developed democratic countries like Italy have seen a growth of distrust in science and even aversion to science^[5]. Meanwhile, it seems that the popularity of pseudo-sciences and the spread of fake news has increased, becoming alarming^[6].

At the political level this tendency has led to some serious consequences.

Firstly, the anti-scientific thinking, instead of being opposed, has been often exploited by politicians in order to manipulate scientific knowledge for political aims (e.g. to gain consensus of their constituency) and adopt non-scientific based public decisions^[7]. Focusing on the Italian legal system, we can recall, for

example, the events related to the Di Bella case^[8], the Stamina case^[9], the law n. 40 of 2004^[10], GMOs^[11] and Xylella^[12].

Secondly, the level of trust and esteem that society has in science is in a certain way connected with the amount of resources that each State is willing to invest in scientific research. On this respect, Italy is from decades one of the States of the EU that invests less in research^[13].

Both the above mentioned practices are clearly extremely detrimental to the freedom of science and the academic freedom: they can, in fact, limit, directly or indirectly, the possibility of work for researchers; limit the autonomy of experts^[14]; and undermine the fundamental role of experts and academics as advisors of the public decision maker. Therefore the growing distrust in science can rightly be counted among the threats to scientific freedom in modern democracies.

2.1. The Relativism

An important role in the diffusion in society of feelings of distrust in scientific knowledge, or even aversion to science, has been played by the diffusion, in the second half of the last century, of a new way of thinking that questions the possibility itself of drawing a line between scientific thought and non-scientific belief, between science and non-science.

Trust in science reached its peak at the end of the nineteenth century and the beginning of the twentieth century, following the impressive scientific breakthroughs that the so-called “Industrial Revolution” had made possible.

It is no coincidence that at the beginning of the 20th century a movement that identified science as «*the paradigm of rational behavior, the surest path to truth*»^[15], was started. It was the so called “Positivism”, to which we owe the birth of contemporary epistemology.

Positivists’ thought was based on a big consideration of natural sciences, mathematics and logic. Science was considered an absolutely objective knowledge, independent from the opinions of researchers, based on the experimental method. In particular, the fundamental core of Positivism was the idea that only scientific knowledge had meaning.

However, in the second half of the century, Positivism began being highly

criticized and fell into crisis.

Meanwhile, a new current of thought started to gain traction, the so-called “Relativism”^[16]. Relativism had the merit of highlighting some weaknesses of positivist theories, such as the idea of the absolute neutrality of scientific theories and the idea that anything that is not verifiable, as the metaphysical thinking, has no meaning at all.

But Relativism also paved the way to more radical approaches, such as the so-called “methodological anarchism”^[17] which, moving from the uncertainty and subjectivity of scientific knowledge, have come to extreme conclusions, substantially excluding the possibility of distinguishing between what is true and what is false, between science and non-science.

It is simple to understand the drastic effects of a way of thinking of that kind: if scientific knowledge is not recognized as having any superior ability to approximate the truth, the same millenary distinction between *doxa* and *episteme* loses its sense and the philosophy of science itself ceases to have any use^[18].

Such a relativistic way of thinking has helped the diffusion of anti-scientific approaches that ultimately represent a danger for the functioning of democracy^[19] and fundamental rights, as well as the freedom of science itself.

3. The need of a “new philosophy of Science”

In order to preserve and justify the intuitive trust in science^[20] and for politics to effectively “give science its rightful place”^[21], it seems important that some traditional issues of the philosophy of science return to be seriously addressed. In particular, it seems crucial to restart to reflect, possibly in new terms, on some traditional subjects of the philosophy of science, as the distinction between science and non-science^[22].

This would not mean to reject all the relativism’s contributions. Instead, it would mean to make clear that affirming that the truth of a statement is relative to a context or a point of view (which is difficult to challenge) is different to saying that the search for truth is a mythical ideal and that science is no different from any other form of knowledge or, worse, from mere opinion. And the latter is a thesis that conflicts with the experience that over the centuries has shown how knowledge obtained with the so-called scientific method – therefore the scientific

knowledge – even if not absolutely certain, has, however, a superior ability to highlight facts, to describe reality and to predict its evolution^[23].

The Constitutional Court itself, which has a rather relativistic approach to science^[24], has on several occasions recognized that scientific knowledge has a particular epistemic value that shall be taken into account by the lawmakers. As a consequence, scientific knowledge constitutes a limit to the legislative discretion^[25].

The attention should thus be on the scientific method; on the importance of facts for both the validation and falsification of scientific theories; and on the contradictions between peers as characterizing elements of science. In other words, it is important to continue to reflect on what are the characteristics of scientific thought, identifying the elements that allow, at least in principle, to distinguish between science and pseudo-science and science and mere opinion.

This kind of approach would also require, between other things, to pay more attention to the distinction between academic freedom, on one side, and the freedom of expression, on the other side. The two freedoms are in fact not interchangeable, although they have a common core: academic freedom differs from the freedom of expression for the scientific nature of the thought expressed, hence the importance of distinguishing between what can be called scientific and what is not scientific.

The notorious U.S. case *McLean v. Arkansas*^[26] is, for example, particularly explanatory of how important it is to reflect on what can be called scientific in order to establish what falls under the academic freedom. The subject of the judgement was the creationist theory – defined by creationists as “*creation science*” – that had been proposed as a subject to be taught in high schools.

The Court tried to identify the requirements that a theory must have in order to be considered scientific^[27] and among these requirements emerged, in a synthesis between the epistemology of positivists and the Popper’s one, the requirements of being «*testable against the empirical world*» and «*falsifiable*»^[28].

It was then ruled that the creationist thesis shall not be included in high school teaching programs as lacking many of the requirements a theory must have to be considered scientific. Among them, the creationist thesis was not falsifiable, since the Creator was placed beyond what is observable.

The distinction between scientific thought and mere opinion is crucial to avoid

relativistic drifts that damage the academic and scientific freedom itself.

To this end it is important that such distinction is clear also within the scientific community. To this end, an important role is played by the internal systems that allow to distinguish between works carried out on the basis of an acceptable method and works that do not meet the minimum requirements of reliability. Scientists should try to be as trustworthy as possible in their testimony, and that means first of all using methods beyond reproach given the circumstances, even if, over time, results are proven wrong^[29].

4. The CoVid-19 emergency and distrust in science

The CoVid-19 pandemic has led the public decision-makers to strongly seek a dialogue with scientific experts in order to grant scientific validity to the decisions adopted to face the emergency. In Italy, as well as in many other countries, *ad hoc* technical committees have been created to assist the Government in the management of the pandemic, and many of the members of such committees are academics.

Also society have looked at science during the pandemic, seeking solutions and answers from scientist much stronger than before.

Given those premises one might think that the Covid-19 pandemic have increased the perception of the specific cognitive value of scientific knowledge and the importance of distinguishing between science and pseudoscience. However, a series of factors are hindering such result. In this respect, the protests^[30] of CoVid-19 deniers – who deny the very existence of the virus – that have taken place all around the world are very significant.

As negationist theories began to spread^[31], researchers, who were initially hailed as heroes, became the object of many people' contempt and anger. They have been accused of lying; of fearing non-existent risks, such as that of a possible “second wave”, to scare people; of being part of conspiracies of various kinds; and, more generally, of being the ones really responsible for the restrictive measures. Some of them, as the U.S. Director of the National Institute of Allergy and Infectious Diseases, Dr. Anthony Fauci, even received death threats^[32].

The above is a trend that, unfortunately, may become even more intense in connection with the newly launched worldwide vaccination campaign. For years

now, anti-scientific movements have been waging battles against vaccines based on pseudoscientific theories and fake news, and recent events seem to indicate that things will not be different with respect to the CoVid-19 vaccines, perhaps even worse.

4.1. The responsibility of the scientists

The factors that during the pandemic have contributed to fuel anti-scientific sentiments are several.

Among them, one of the most important is that during the pandemic both the common people and the politicians have looked at scientists seeking the absolute truth, without considering that science is not always able to provide unequivocal, certain and definitive answers, especially with regard to new phenomena such as the circulation of a new virus.

The significant uncertainty of the answers received from the scientific community and how they have sometimes changed over time have then disappointed the expectations of many and, paradoxically, negatively affected the relationship between society and science.

It can be concluded that there is a difficulty of society in understanding that uncertainty and corrigibility of scientific knowledge are intrinsic elements of science and the uncertainty and corrigibility of the answers science provides do not imply *per se* its equalization with other forms of knowledge.

Another important factor playing a central role in increasing distrust in science are social networks. They are a powerful tool for spreading fake news^[33] and, moreover, it is becoming clear that their functioning mechanism based on profiling facilitates the radicalization of ideas, rather than the dialogue and the data comparison^[34].

What is very peculiar of the Covid-19 emergency, however, is that, in addition to the abovementioned and generally known phenomenon propelling anti-scientific sentiments, the way scientists themselves behaved during the pandemic is one of the key elements that lately increased the distrust in science.

First of all, it has been wrong the way some scientists have dealt with the media. During the pandemic, there has been an increasing demand for scientists' opinions on TV, newspapers and online that has caused a media overexposure of

the scientific community. Scientists, mostly not used to the language, timing and “rules” of the media, have not always managed correctly and responsibly such exposition.

As pointed out by some scholars^[35], many scientists that appeared on Italian media seemed to have abandoned their scientific rigor and intellectual honesty. Firstly, many scientist requested to provide clear answers to complex questions concerning Covid-19 pandemic, instead of admitting the uncertainty of science on certain aspects of the topic, have presented as scientific certainties mere hypothesis that were still to be confirmed as correct through the scientific method. At the same time, prominent scientists have accepted to comment on subjects far from their area of expertise and have inevitably provided answers based more on their personal opinion than on scientific and empirical data, causing the public opinion to rely on answers that were not always correct or complete.

When the answers provided have proven wrong because too preliminary or not correct nor complete, the result has been the erosion of the trust in science, the disorientation of the general public and the spread among society of the conclusion that there is no difference between scientific knowledge and mere opinion.

Moreover, other scholars^[36] have pointed out that several scientific papers on Covid-19, sometimes not even about the definitive outcome of scientific analysis but rather discussing the preliminary results of such analysis, have not undergone the usual peer-review before being published and in some cases have been sent to the media even before publication. In other words, scientists and scientific reviews have in some cases accepted to loosen their standards and to prioritize rapidity against accuracy and rigor, publishing papers that in a different context would have not been published.

Significant in this respect is the case of the two studies about hydroxychloroquine published in the prestigious scientific journals *The Lancet* and *New England Journal of Medicine*, which after a very short period had to be withdrawn because they turned out to be based on unreliable data^[37]. The publication of these studies – according to which the use of hydroxychloroquine as a treatment for Covid could have serious side effects – had great repercussions in the search for new treatments against the disease caused by the coronavirus, to

the point of inducing the World Health Organization to interrupt the trials with hydroxychloroquine that were in progress.

Shortly after, however, several researchers questioned the reliability of the data provided by Surgisphere on which the research was based. Surgisphere is in fact a small company, with less than a dozen employees, and could hardly have collected and processed health data from tens of thousands of patients, provided by hundreds of hospitals with whom it claimed to have cooperated.

The company's refusal to provide complete patients' data made it impossible for other researchers not directly involved in the studies to verify the data. Even the authors of the research, having had no access to the raw data, were unable to have further confirmation of its quality.

Given the circumstances, the authors of the articles themselves asked for them to be withdrawn.

It is clear that all the above described behaviors that have taken place in the scientific community during the Covid-19 pandemic have contributed themselves to increase the distrust of the public opinion in science and reduce the capacity of common people to distinguish between science and pseudo-science or mere opinions.

5. How to react?

Many of the trends described above are not new and in the past have already contributed to foster anti-scientific approaches. For example, it is not new that some members of the scientific community, perhaps in search of notoriety, support theories without any scientific basis and give some credit to pseudoscience and fake news.

Currently, however, the phenomenon has taken on an unprecedented dimension and created particularly serious risks.

Therefore, the problem of understanding how to react to the factors that increase distrust in science, at least those coming from the scientific community itself, is rather pressing.

A repressive law provision is complex from many points of view: there is the problem of distinguishing what can be considered scientific and what not, which is particularly complex with respect to topics where there is great scientific

uncertainty; moreover, even when it is a question of targeting statements that are certainly lacking of scientific foundation, there is still the problem of the compatibility of such law provision with the constitutional protection of the freedom of opinion.

However, it must be considered that the protection of the freedom of science and the freedom of opinion is not absolute: scientific autonomy is protected as long as the activity in question can actually be qualified as “scientific” and the protection of the freedom of opinion must in any case be balanced with the protection of other constitutionally relevant rights. An inhibitory and sanctioning law provision would thus be conceivable when, for example, the trust which could be generated in the public opinion about the validity of certain news that are in reality completely lacking scientific basis could create serious dangers for constitutionally important rights.

It is interesting that at the end of March of last year the scientific association *Patto Trasversale per la Scienza* (PTS) sent a warning letter to the virologist Prof. Gismondo, holding that certain of her statements had concreted a violation of art. 656 of the Italian Penal Code (Publication or dissemination of false, exaggerated or tendentious news, capable of affecting the public order). According to the PTS, Prof. Gismondo’s statements^[38] were completely lacking in scientific basis and could create a danger to public order, as they could «*induce part of the population to violate governmental precepts aimed at containing the contagion, with adverse effects in terms of public health, especially because they come from a doctor with institutional responsibilities not only for the health facility where he works, but for the entire Nation, since hers is one of the diagnostic laboratories of reference at the regional level, moreover in Lombardy, the region most affected by the epidemic*»^[39].

However, as noted above, in order to avoid dangerous forms of censorship, criminal law instrument should be the *extrema ratio*, to be used only in the most serious cases. In addition, it should also be considered that they may have counterproductive effects such as giving even more media coverage to the non-scientific thesis.

Of crucial importance should rather be the organization of measures to contrast scientific disinformation within the scientific community itself.

First of all, it would be important to set up organizations that are points of

reference for citizens and guarantee a certain quality of scientific communication. This was, for example, the role the Robert Koch Institute (RKI)^[40] was able to assume in Germany during the pandemic, while in Italy an equivalent institution seems to be lacking.

Secondly, the diffusion of misleading and false information should have repercussions on the reputation and role in the scientific community of those who are responsible of such diffusion and have done so using the language and authority of his/her profession. In this respect, the organs regulating the scientific community should be able to take actions that affect the scientific reputation and the position in the scientific community of those responsible for spreading false and pseudoscientific news.

On this regard, in Italy the activism in fighting scientific misinformation within the scientific community seems to have intensified on the eve of the vaccination campaign, when it has become clear the enormity of the damage that might be caused by misinformation, especially if it comes from scientists.

In particular, the fact that last December, 13 denialist and no-vax doctors were investigated by the Order of Physicians of Rome, marked a change toward more restrictive policies against scientific disinformation^[41]. Doctors who had openly supported theses without any scientific basis on CoVid-19 now risk being subjected to disciplinary sanctions ranging from warning, suspension, up to disbarment.

Similar measures have also been taken in other countries. For example, in the US doctors who provide outrageous advice that is far outside the bounds of accepted standards, such as no-mask theories, have been investigated by their state medical boards and subjected to sanctions, as the suspension of their license of doctor^[42].

Those described seem to be important signs that there is an ongoing awareness of the importance of mechanisms within the scientific community to contrast the spread of pseudoscience and distrust in science.

In order to grant the correct functioning of such mechanisms, however, it seems necessary the reopening of a serious reflection on the typical subjects of the philosophy of science mentioned above, such as the demarcation between what is scientific and what certainly cannot be qualified as such.

1. A. Iannuzzi, *Leggi "science driven" e CoViD-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato*

- di emergenza sanitaria*, in *BioLaw Journal*, 1, 2020, 120.
2. L. Del Corona, *Le decisioni pubbliche ai tempi del Coronavirus: la tutela dei diritti tra fondatezza scientifica, trasparenza e principio di precauzione*, in *BioLaw Journal*, 1, 2020, 71 ss.
 3. K. Deketelaere, *The future will be different*, in *www.researchprofessionalnews*, 16 April 2020.
 4. P. Lem, *Trust in time of coronavirus*, in *www.researchprofessionalnews.com*, 4 June 2020.
 5. On this topic see ALLEA (All European Academies), *Loss of Trust? Loss of Trustworthiness? Truth and Expertise Today*, Discussion Paper, may 2018.
 6. On the topic see G. Corbellini, *Nel Paese della pseudoscienza. Perché i pregiudizi minacciano la nostra libertà*, Feltrinelli, Milano, 2019.
 7. G. Corbellini, *Scienza, quindi democrazia*, Einaudi, Torino, 2011, 5 ss.
 8. About the case *ex multis* A. Anzon, *Modello ed effetti della sentenza costituzionale sul caso Di Bella*, in *Giur. cost.*, 1998, 1528 ss.; T. Groppi, *La Corte costituzionale tra «fatto legislativo» e «fatto sociale»*, in *Giur. cost.*, 1998, 2798 ss.; A. Santosuoso, *Libertà di cura e libertà di terapia. La medicina tra razionalità scientifica e soggettività del malato*, Il Pensiero Scientifico, Roma, 1998.
 9. About the case see, *ex multis*, E. Falletti, *La giurisprudenza sul “caso Stamina”*, in *Fam. dir.*, 2014, 610 ss.; G. Nucci – D. Piergiovanni – M. Gabbrielli – M. Benvenuti, *Il cosiddetto “metodo Stamina”: cronistoria, giurisprudenza ed esperienze casistiche personali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 437 ss.; G. D’Amico, *Il volto compassionevole del diritto e la dura scienza. A proposito del «metodo Stamina»*, in *Quad. cost.*, 2013, 423 ss.
 10. The doctrine and even the Constitutional Court (decisions n. 151 del 2009 e 162 del 2014) pointed out the contrast between some of the provisions of Law n. 40 of 2004 and the state of the scientific knowledge. About the topic see *ex multis*, G. Di Genio, *Il primato della scienza sul diritto (ma non sui diritti) nella fecondazione eterologa*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2009; M. D’Amico, *L’incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa*, in *Rivista di Biodiritto*, 2, 2014; E. Cattaneo, *Ogni giorno tra scienza e politica*, Milano, 2016; Liberali B., *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all’interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017.
 11. About the topic see C. R. Sunstein, *Il diritto della paura*, Bologna, 2010. With specific regard to the Italian legislation see G. Ragone, *L’Italia e la questione OGM alla luce della recente normativa UE*, in G. Cerrina Feroni, T.E. Frosini, L. Mezzetti, P.L. Petrillo (a cura di), *Ambiente, energia, alimentazione modelli giuridici comparati per lo sviluppo sostenibile*, Cesifin, Firenze, 2016, 381 ss.
 12. D. Rielli, *La Xylella fastidiosa che uccide gli ulivi in Puglia*, in *Internazionale*, 8 May 2015; A. Abbott, *Italy rebuked for failure to prevent olive-tree tragedy*, in *Nature*, 7 June 2017; Gruppo Informale SETA – Scienze e Tecnologie per l’Agricoltura, *Contro la disinformazione sull’epidemia di Xylella fastidiosa*, Petition letter, in *www.cattiviscienziati.com*, May 2019; Accademia dei Licei, *Licei, sulla Xylella c’è stata*

- disfunzione tra politica e scienza*, in ANSA, 2 May 2019.
13. For some data European Commission, *Country Report Italy 2020*, 26 February 220.
 14. Constitutional Court has repeatedly emphasised «*the limits placed by scientific and experimental knowledge on legislative discretion, which are continuously developing and on which the medical state of the art is based: this means that, in matters concerning clinical practice, the basic rule must be the autonomy and responsibility of the doctor who, with the consent of the patient, makes the necessary professional choices*». See on this regard Corte Cost., sent. 19 June 2002, n. 282 and Corte Cost., sent. 1 April 2009, n. 151.
 15. S. Okasha, *Il primo libro di filosofia della scienza*, Giulio Einaudi editore, Torino, 2006, 80.
 16. About the so called “relativistic breakthrough” see C. Pizzi, *Diritto, abduzione e prove*, Giuffrè, Milano, 2009, 113 ss.
 17. P. Feyerabend, *Against Method. Outline of an Anarchistic Theory of Knowledge*, Verso, London, 1975.
 18. C. Pizzi, *Diritto e abduzione*, cit., 118.
 19. About the correlation between trust in science and well-functioning of democracy see G. Corbellini, *Scienza, quindi democrazia*, cit., 15.
 20. About the reasons of the «*intuitive but rational trust in science*» see M. Dorato, *Disinformazione scientifica e democrazia. La competenza dell'esperto e l'autonomia del cittadino*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2019, 80 ss.
 21. Using the words of President Barack Obama during his inauguration speech in the January of 2009. About this topic see T. Kalil, C. Dorgelo, *100 Examples of Putting Science in Its Rightful Place*, in www.obamawhitehouse.archives.gov, June 2016.
 22. In the sense of the existence of a need for a new philosophy of science see ALLEA, *Trust Within Science: Dynamics and Norms of Knowledge Production*, Discussion paper, January 2019.
 23. M. Dorato, *Disinformazione scientifica*, cit., 81.
 24. P. Veronesi, *Le cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2009, 595.
 25. Corte Cost., sent. 19 June 2002; Corte cost., sent. 1 April 2009, n.151; Corte cost., sent. 9 April 2014, n. 162; Corte Cost., sent. 1 December 2014, n. 274; Corte Cost., sent. 22 November 2018, n. 5.
 26. McLean v. Arkansas Board of Education, 529 F. Supp. 1255 (W.D. Ark. 1982).
 27. The testimony of Dr. Michael Ruse on the matter has been crucial for the decision. The transcript of such testimony is available on http://www.antievolution.org/cs/mclean_ruse_test.
 28. In particular, the Court stated that «*the methodology employed by creationists is another factor which is indicative that their work is not science. A scientific theory must be tentative and always subject to revision or abandonment in light of facts that are inconsistent with, or falsify, the theory. A theory that is by its own terms dogmatic, absolutist, and never subject to revision is not a scientific theory*».

29. ALLEA, *Trust Within Science*, cit.
30. Since the pandemic began, there have been many protests against the restrictive measures adopted to contain the spread of the pandemic. On this regard see A. Rettman, *Anti-mask protesters pose challenge for EU authorities*, in *www.UObserver.com*, 24 September 2020; M. Specia, *As Europe's Coronavirus Cases Rise, So Do Voices Crying Hoax*, in *www.nytimes.com*, 28 September 2020; C. Zunino, *Due mila No mask in piazza a Roma: accenni di scontri con la polizia, un fermo*, in *www.repubblica.it*, 10 October 2020.
31. G. Sessa, *COVID-19 Conspiracy Theories: Comparative trends in Italy, France, and Spain*, in *www.disinfo.eu*, 27 April 2020.
32. R. Stein, *Fauci Reveals He Has Received Death Threats And His Daughters Have Been Harassed*, in *www.npr.org*, 5 August 2020.
33. A. Campan, A. Cuzzocrea, T. M. Truta, *Fighting fake news spread in online social networks: Actual trends and future research directions*, in *2017 IEEE International Conference on Big Data (Big Data)*, Boston, 2017, 4453-4457.
34. L. Li, A. Scaglione, A. Swami and Q. Zhao, *Trust, opinion diffusion and radicalization in social networks*, in *2011 Conference Record of the Forty Fifth Asilomar Conference on Signals, Systems and Computers (ASILOMAR)*, Pacific Grove, 2011, 691-695.
35. L. Del Ninno, *Coronavirus, Corbellini: "Si è scatenato il panico. Ma non è come le altre pandemie"*, in *www.quotidiano.net*, 22 May 2020.
36. G. Di Chiara, *La comunicazione e l'informazione scientifica ai tempi del Covid*, in *www.scienzainrete.it*, 24 June 2020.
37. About the case C. Dall, *Controversy over data in hydroxychloroquine COVID-19 study grows*, in *CIDIRAP News*, 3 June 2020; M. Landucci, *The Lancet e il pasticcio sullo studio ritirato su idrossiclorochina e clorochina*, in *www.quotidianosanità.it*, 5 June 2020; L.M. Nejrrotti, *Ritirati due studi sulla COVID-19. Un pasticcio metodologico?*, in *www.TorinoMedica.com*, 9 June 2020.
38. In particular, in the warning letter sent to Prof. Gismondi, the PTS highlighted the seriousness and danger of the following statements: «è una follia questa emergenza, si è scambiata un'infezione appena più seria di un'influenza per una pandemia letale» (23.2.2020); «non voglio sminuire il coronavirus ma la sua problematica rimane appena superiore all'influenza stagionale» (1.3.2020); «tra poco il 60-70% della popolazione è positivo ma non dobbiamo preoccuparci» (13.3.2020), «l'epidemia potrebbe esser mutata, sta succedendo qualcosa di strano» (21.3.2020).
39. The text of the warning letter is available in *www.pattoperlascienza.it*.
40. https://www.rki.de/DE/Home/homepage_node.html.
41. L. Barbuscia, *"Il Covid? Una banale influenza. Pericoloso il vaccino". Sanzionati 10 medici "negazionisti", altri 3 sotto inchiesta*, in *www.repubblica.it*, 28 December 2020.
42. D. Sweeney, *Doctor who bragged about not wearing a mask has his license suspended in Oregon*, in *www.sacbee.com*, 6 December 2020; R.A. Friedman, *We Must Do More to Stop Dangerous Doctors in a Pandemic*, in *www.nytimes.com*, 11 December 2020.

Research Quality Assessment in Italy and classification of the A-class scientific Journals. Potential distorting effects

Emanuela Furiosi

DOI: 10.13130/2723-9195/2021-2-11

Questo articolo indaga le diverse e molteplici ripercussioni della Valutazione della Qualità della Ricerca (VQR), che potrebbero influenzare la libertà dell'attività di ricerca scientifica, influenzandone metodi, oggetto, grado di approfondimento e canali di diffusione. Il contributo distingue tra gli effetti che influenzano le istituzioni e i dipartimenti nel loro insieme e gli effetti che influenzano direttamente gli autori dei prodotti di ricerca valutati. L'analisi si concentra poi in particolare sul rapporto tra i risultati della VQR e la classificazione delle riviste scientifiche di classe A in Italia, evidenziando i potenziali effetti distorsivi sia in termini di maggiore o minore accessibilità alle riviste di classe A da parte dei contributi da autori che non partecipano alla VQR, e in termini di temi di ricerca.

This paper investigates the further and multiple repercussions of the results of the Research Quality Assessment (VQR), which could affect the freedom of scientific research activity, influencing its methods, object, degree of depth and dissemination channels. The paper will distinguish between effects that affect institutions and departments as a whole, and effects that directly affect the authors of the research products evaluated. The analysis will then focus in particular on the relationship between the results of the VQR and the classification of the A-class scientific journals in Italy, highlighting the potential distorting effects both in terms of greater or lesser accessibility to the A-class journals by contributions from authors who do not participate in the VQR, and in terms of research topics.

1. The Research Quality Assessment in Italy

In Italy, as also happens in other countries^[1], the scientific research carried out by universities and research institutes that receive public funding is subject to a process of evaluation^[2].

In fact, it is since the end of the twentieth century that some assessment procedures have been introduced even within universities^[3]. These assessments, starting from the end of the eighties^[4], at first, focused only on the managerial aspects of the university activity. Only later, at the end of the nineties, some assessments focusing on the qualitative aspects of the research activity were introduced^[5].

In 1998 the Committee for the Research Evaluation (CIVR)^[6] was established. It was in charge of carrying out the first two research quality assessments in Italy, and it was subsequently replaced by ANVUR^[7]. The latter, since its establishment, has dealt with - and still is involved in - the Evaluation of Research Quality (VQR)^[8], introduced by the so-called “Gelmini Reform”^[9].

Without going into the details of the assessment, given that it is not the subject of this paper, it is nevertheless interesting to refer to its modality in broad terms.

The latest evaluation, VQR 2011-2014, asked each university or research institute to present two research products for each member of their research staff (professors and researchers). The received products were assessed by sixteen Groups of experts for the Evaluation (GEV)^[10], divided by scientific areas, through the peer review^[11] methodology or through bibliometric analysis, depending on the area to which the evaluated paper belonged^[12].

The evaluation identified originality^[13], methodological rigor^[14] and attested or potential impact^[15] as indicators of the “quality” of scientific research, on the basis of which a qualitative level, among excellent, high, fair, acceptable, limited^[16], was attributed to each research product evaluated^[17].

The assessments obtained from each research product were then aggregated and revised, to calculate the overall quality profile of the institution, together with various indicators aimed at drawing up a proper “ranking” of the institutions involved, on the basis of which the reward share of the ordinary financing fund is distributed^[18].

Today the fourth evaluation exercise^[19], the VQR 2015-2019, is ongoing. It

started in September 2020 and its results are expected for March 2022.

The research evaluation in Italy, as also emerges from a first analysis of the call that launched the 2015-2019 VQR, is in constant evolution, being far from reaching an almost definitive structure. In any case, the long-term goal of the VQR (and of any other research assessment process) is to elevate - over time - the quality of the research produced, also in relation to the investment made by the government for publicly funded research.

However, it cannot be ignored that the effect of this assessment is not limited only to affecting the allocation of a substantial part of the research ordinary fund. In fact, even in the short-term and mid-term period, the repercussions and the concrete consequences (more or less directly) deriving from the result acquired in this assessment for the subjects involved (universities, departments, professors, researchers) are multiple and particularly relevant. Repercussions that also strongly impact the freedom of scientific research activity, influencing its methods, objects, degree of depth and dissemination channels. It is these secondary effects, and in particular the relationship between the results of the VQR and the classification of the A-class scientific journals in Italy that we move on to discuss.

2. VQR (economic) direct effects, which affect institutions and departments as a whole

It is well known, in Italy, that very concrete economic consequences derive from the positioning of a university within the Research Quality Assessment ranking. As a matter of fact, a substantial part of the Ordinary Fund for university research is distributed on the basis of the results obtained in the VQR (Research Quality Assessment) evaluation^[20].

In particular, the “reward quota” of the Fund, which will cover the 30% of the available resources, is divided among the universities for at least three fifths based on the results of the VQR and for at least one fifth based on the evaluation of recruitment carried out every five years by ANVUR^[21]. The percentage attributed (also) on the basis of the results of the VQR then increases to 80% of the reward quota, with regards to the “Scuole Superiori” with special regulations. To better understand the impact of this assessment, it is sufficient to consider

that the reward quota of the Ordinary Financing Fund (FFO) for the year 2019 amounts to € 1,784,580,447, equal to approximately 26% of the total available resources. And that part of the FFO is assigned for 60% based on the results achieved in the Research Quality Assessment (VQR 2011-2014), for 20% based on the Assessment of recruitment policies for the three-year period 2016-2018, using in particular the data relating to VQR 2011-2014 and for the remaining 20% based on the result indicators referred to in the ministerial decree relating to the general guidelines for the three-year period 2019-2021^[22].

It should be emphasized that, in spite of the evaluation nominally being performed solely on “research quality”, if we observe the calculation basis provided for by the Ministerial Decree, it is clear that any measured^[23] “quality” affects the evaluation only to a limited extent^[24].

Furthermore, it is always on the basis of the results of the VQR that the “departments of excellence” are identified, to which additional funds are distributed.

In fact, with the 2016 financial law, the MIUR requested ANVUR, on the basis of the results obtained from the latest research quality assessment (VQR), to define the calculation of a specific “standardized indicator of departmental performance” (ISPD), which takes into account the position of the Departments in the national distribution of VQR, in their respective scientific-disciplinary sectors and the attribution to each of the Departments of the relative ISPD^[25]. In turn, this indicator is strictly connected with the VQR evaluation of each department.

Only the State Universities to which the Departments classified in the first 350 positions of the aforementioned ranking belong, have been able to apply for funding. The applications presented were assessed by a special commission that selected the 180 departments awarded the 2018-2020 funding.

These are particularly large sums: The Fund for the financing of university departments of excellence consists of € 271,000,000 for each of the five years of funding, for a total amount of € 1,355,000,000. Such funds can concretely make a difference on the research carried out by the individual institutions.

However, although the above-described economic effects are the most direct and impactful, the VQR evaluation entails further consequences, perhaps more indirect but, in my opinion, equally interesting and worthy of further study.

3. VQR indirect effects that affect researchers and their research activity

As mentioned, the evaluation of university research does not produce effects only in terms of allocation of available resources, but it is now clear that the results of the Research Quality Assessment, could affect also – and in particular – the freedom of scientific research activity^[26], influencing its methods^[27], objects, degree of depth and dissemination channels.

These consequences affect each researcher and the entire research community. As well as – even if more indirectly – society as a whole^[28].

It should be borne in mind that if, on the one hand, the Research Quality Assessment in Italy is functional to a weighted and efficient allocation of resources, on the other hand, it wishes to encourage the pursuit of a further aim, which is anything but secondary: to push the public research system to a continuous qualitative improvement.

However, we must also be aware that the use of centralized metrics, such as those used in VQR, can lead to the development of dynamics that risk leading, paradoxically, to the opposite of the expected result^[29].

It is also of particular interest to stress that the VQR, although aimed at evaluating institutions and departments, but not individual researchers, is precisely carried out through the evaluation of the research outputs produced by the latter^[30].

But even if technically the evaluation does not concern the quality of the research of the individual researcher, the latter can suffer some of the effects as well. Hence, it is appropriate to distinguish between the effects that affect institutions and departments as a whole, and those that affect the authors of the research products that are evaluated.

For example, it should be underlined that some universities have prevented researchers, who refused to submit their research products to the VQR^[31], from participating in some competitive calls for the allocation of research funds^[32]. That decision was brought to the attention of the Italian Administrative Judge^[33], who ascertained that such a clause was not legitimate. This case, albeit pathological, is an example of the repercussions of the VQR directly affecting researchers.

The introduction of the VQR, together with the introduction of the ASN (Abilitazione Scientifica Nazionale – National Scientific Qualification) to access the roles of associate and full Professor, has exerted pressure on the scientific work of researchers, due to a more and more competitive environment regarding personal careers, affecting also the choice of dissemination channels^[34]. The various assessments that affect the university world and therefore that those who undertake an academic career must pay attention to are often interlaced, with effects that are not always immediately perceptible but still relevant.

The fact that only the products published through certain channels (e.g., scientific journals) are evaluated, is a sufficient reason to ensure that these channels are preferred to others which, paradoxically, would be the most effective tools of dissemination of scientific knowledge, but which are not used precisely because they are not recognized by the ANVUR evaluation criteria.

In addition, the incentives currently in force, which lead to the publication of research products in A-class journals or in journals with the highest possible impact factor^[35], have direct repercussions on the research topics investigated in universities. After all, it is very likely that scientific journals promoting the most innovative – or at least the newest – scientific issues will not have a high impact factor from the start.

The paradoxical achievement is that of discouraging research on new issues as they would not find a sufficiently prestigious collocation, and that would penalize the researchers in the pursuit of their careers compared to colleagues who are dedicated to more popular themes, which have a sufficiently prestigious editorial collocation. This also creates the phenomenon of “trend topics”, that is of particularly “trendy” research topics that ensure that these topics continue to be treated even when they are completely intellectually saturated.

Referring to the last Research Quality Assessment, distorting effects were also detected by the Head of the Department for Higher Education and Research of the Ministry of University Education and Research^[36]. The latter, in a communication sent to the Rectors of Italian universities at the beginning of 2019, noted that “in bibliometric areas, the current evaluation system has sometimes led to publications that are useful only for the purpose of the results of the algorithms or for overcoming pre-established thresholds, as if all the rest of the activity was useless, reducing the possibility of development of small areas

and interdisciplinary ones; in non-bibliometric areas, it forced researchers to publish in journals identified by ANVUR itself as "A-class Journals" (for the purposes of the VQR) requiring, among other things, to publish only in those of one's own area, thus denying the much desired multi and interdisciplinarity, when it would have been enough to indicate some parameters to identify the scientific-level journal."

But there is more.

4. Class A Scientific Journals and the VQR evaluation

Among the effects that affect the researchers, of particular interest is the relationship between the classification of Class A Scientific Journals and the VQR evaluation obtained by the articles therein published, together with the potential distorting effects both in terms of greater or lesser accessibility to the A-class journals by contributions from authors who do not participate in the VQR, and in terms of research topics.

As a matter of fact, according to the Ministerial Decree 120/2016 and to the regulation released by ANVUR for the classification of scientific journals in non-bibliometric areas, there is a strong connection between the evaluation obtained in the VQR by the articles therein published and the possibility of being included or staying in the category of A-class journals.

The aforementioned Ministerial Decree states that: *«For the purpose of classifying the journals in Class A, within those that adopt peer review, ANVUR verifies, with respect to the characteristics of the competition sector, the satisfaction of at least one of the following criteria: a) quality of scientific products achieved in the VQR by the contributions published in the journal; b) significant impact of scientific production, where appropriate»*^[37].

And the aforementioned Regulation states that *«the requirement set out in point 5, letter a) of Annex D of the Ministerial Decree of 7 June 2016, no. 120 is considered satisfied if the articles submitted to the last VQR have obtained a number and a share of excellent and high evaluations above the average ones of the Class A journals of the Area or Sectors of reference for which they have been subjected to product evaluation»*^[38].

The same Regulation states also that *«journals whose articles, subjected to*

evaluation in the last VQR, have obtained a quota of excellent or high evaluations at least equal to the average of the Class A journals of the Area or Sectors of reference, are not subjected to the five-year control for maintaining the classification of reference»^[39].

It is quite clear that the criteria identified as necessary to define a scientific journal as Class A carry with them the risk of a distorting effect that is anything but secondary: they encourage journals to publish contributions by tenured staff, who, therefore, can submit their own to the VQR assessment instead of those by non-tenured staff. The latter are thus excluded from this assessment.

Or, again, the particular correlation between the VQR and the classification of scientific journals - in a pathological scenario - could also influence the evaluation of anonymous reviewers for whom it may not be indifferent to evaluate some contributions more or less positively in consideration of the journals hosting them.

But there is more, considering that being published in Class A Journals is not irrelevant at all in terms of career advancement. As part of the procedures for the scientific qualification to the functions of university professor^[40] (ASN), it contributes to the determination of the sectoral medians relating to one of the three indicators of scientific productivity, namely the one relating, in non-bibliometric sectors, to the number of articles published in class A journals^[41]. It also serves to qualify professors who can be part of the various national commissions for the granting of the aforementioned scientific habilitation (ASN)^[42]. It is also functional to the qualification of the professors to be included in the PhD boards of Italian universities, which must be composed of professors who have published a minimum number of papers in class A journals^[43].

Hence, it becomes increasingly evident how profoundly - albeit indirectly, through the qualification of class A scientific journals - the VQR Evaluation has an impact.

5. Final remarks

Even if assessing the quality of scientific research is certainly very complex – but still essential^[44], considering that it is required by specific regulatory obligations – an evaluation exercise could potentially be a precious organizational tool in order

to verify the return on investments (ROI) made and in order to plan future investments based on data. This assumes that the investment in research could be evaluated, even only hypothetically, as an investment of purely economic nature, and not, as one might not unreasonably object, as a cultural, social, even ethical investment and, moreover, as a fulfillment of a constitutional duty^[45], even before a moral one.

It should be noted, however, that the objectives that the VQR assessment should achieve – first of all to push the public research system to a continuous qualitative improvement - they still seem far.

But it has to be taken in account that VQR is a tool in the making, which also evolves in consideration of the solicitations coming from the academic world and which - perhaps - deserve to be more and more structurally collected, without affecting the impartiality of the evaluation. Hence it seems essential to rethink the evaluation assessment, taking into account the numerous distorting effects that derive from it, along with the other different assessments that are interlaced.

For example, also considering what has been highlighted on the subject of class A journals, it would be worthwhile to further investigate the interdependence and weight that is attributed to VQR according to the different contexts in which it is relevant.

As a matter of fact, if the VQR assessment is strongly valued when it comes to the definition of journals as class A, the same cannot be said in relation to the competitive procedures for the assignment of a researcher/professor tenure or in relation to the ASN (national scientific qualification). In the latter cases, the jurisprudence^[46] seems solid in affirming the irrelevance of the VQR assessment even if precisely the assessed research products have to be taken into account in the competitive evaluation or in the ASN evaluation. Because – as remarked by the Italian administrative judge – the VQR assessment is specifically aimed at evaluating the institution and not the researcher. This motivation, in the author's opinion, is not entirely convincing, because it could be objected that also the “quality” of scientific journals could not be judged on the basis of the VQR, thus revealing the contradictions into which the university evaluation system sometimes falls.^[47]

1. E.g. in the UK first with RAE (Research Assessment Exercise) then with REF (Research

- Excellence Framework), in Australia with ERA (Excellence in Research for Australia), in Portugal with FCT (Evaluation of the Portuguese Foundation for Science and Technology), in France with Hcéres (Higher Council of Evaluation of Higher Education and Research).
2. The optimistic reflection, from a sociological point of view, on the reasons that led to the need to evaluate and measure the activity of the public administration carried out by Palumbo is interesting: «*At least in Italy, the prevailing reason for the success of the evaluation does not seem attributable to this factor [the economic crisis and the need to better allocate the few resources].*» to argue that “the fewer resources there are, the more you evaluate» appears simplistic and also empirically groundless. I rather like to think that waste and inefficiencies are less tolerable today not so much because fewer resources are available to waste, but because, on the one hand, citizens are more aware of the fact that the resources “come from their pockets” and therefore are more sensitive to their use. And, on the other hand, because even the operators of the public administration often manifest a sincere interest in optimizing the use of the resources they govern and in enhancing the commitment they dedicate to their activities”, see M. Palumbo, *Il processo di valutazione. Decidere, programmare, valutare*, Milano, 2002.
 3. On this topic, see C. Franchini, *Brevi considerazioni sul processo di valutazione nelle università*, in G. Colombini (a cura di), *Finanziamento, competizione ed accountability nel governo dell'università – Criticità del sistema e incertezze per il futuro*, vol. III, Napoli, 2014
 4. The first reference to the concept of evaluation in relation to university research is due to the law establishing the Ministry of Universities and Scientific and Technological Research, l. n. 168 of 9 May 1989. Law that introduced the need for each university to provide for «*forms of internal control on the efficiency of the university's overall management results*» (see art. 7, c. 8, l. 168/1989). Subsequently, law 24 December 1993, n. 537 introduced the Internal Evaluation Units for universities and the Observatory for the evaluation of the university system.
 5. For a more thorough analysis of the historical evolution of the University Assessments, G. Reborà, *Venti anni dopo. Il percorso della valutazione dell'università in Italia e alcune proposte per il futuro*, in *Liuc Papers* n. 257, Serie Economia aziendale, n. 38, 2012.
 6. The Committee for the Research Evaluation (CIVR), established by Legislative Decree no. 204 of 1998, dealt with the first research evaluation exercise in Italy: The Triennial Research Evaluation, relating to the period 2001-2003, and the five-year Research Evaluation, relating to the period 2004-2008, but the latter was not carried out, pending the establishment of ANVUR. Instead, the introduction of an internal university evaluation system and the institution of the National Committee for the Evaluation of the University System (CNVSU), in order to externally evaluate the internal evaluation of each university, together with the allocation of part of the ordinary funding fund in relation to the results of the evaluation activity is to be attributed to Law 370 of 19 October 1999.

CERIDAP

7. ANVUR stands for “National Agency for the Evaluation of Universities and Research Institutes”.
8. ANVUR has completed two research evaluation exercises in Italy: the VQR 2004-2010 and the VQR 2011-2014.
9. Law 30 December 2010, n. 240: “Regulations on the organization of universities, academic staff and recruitment, as well as delegation to the Government to encourage the quality and efficiency of the university system.”
10. VQR 2011-2014 was conducted with 16 GEVs or Panels (436 members in total). The 16 panels of experts in the disciplines of scientific areas, appointed by ANVUR handled the evaluation of the research outputs submitted by the Institutes.
11. In VQR 2011-2014, 12,731 peer reviewers participated in the assessment of 90,700 evaluations out of a total of 118,036 research outputs which were identified. The process of peer-review required two members of the GEV panel to select one reviewer each responsible for the evaluation. Each peer reviewer indicated for each of the three criteria an annotation and proposed a class of merit. The class of merit was then confirmed (or rejected or modified) by the two members of the GEV who nominated the two peer reviewers. When these two evaluations led to a consensus (non-disparity of merit classes), they were endorsed and validated by the GEV's sub-panel before being approved by the GEV's panel.
12. The 2011-2014 VQR evaluation process included a bibliometric evaluation for eleven of the sixteen panels and a peer evaluation for the other five panels. For the VQR2011-2014, each of the 436 members of the GEV's panels had to validate on average 270 evaluations (118,036 submitted research output for 436 members). The 291 members affiliated to non-bibliometric GEV Panels were asked to validate on average 295 assessments each (85,978/291).
13. By originality we mean *«the level at which the product introduces a new way of thinking in relation to the scientific object of research»*, point 2.6.1. of VQR 2011-2014 and art. 7, c. 8, lett. a), VQR 2015-2019 call.
14. By methodological rigor we mean *«the level at which the product clearly presents the objectives of the research and the state of the art in the literature, adopts a methodology appropriate to the object of the research and demonstrates that the objectives have been achieved»*, point 2.6.1. of VQR 2011-2014 and art. 7, c. 8, lett. b), VQR 2015-2019 call.
15. By attested or potential impact in the international scientific community of reference, we mean *«the level at which the product has exercised, or is likely to exercise in the future, a theoretical and / or applicative influence on this community, also based on the ability to comply with international research quality standards»* point 2.6.1. of VQR 2011-2014 call. While with reference to the VQR 2015-2019, this requirement was defined as *«the level at which the product exerts, or is likely to exert, an influence on the international scientific community or, for disciplines where it is appropriate, on the national one»* Art. 7, c. 8, lett. c), VQR 2015-2019 call.
16. The score assigned to each product was revealed only to its authors.

17. As was pointed out by a group of international experts who were asked for an opinion on the evaluation that has just ended, *«A very special feature of VQR is that several key aspects of the assessment methods (definition of panels, weights attached to merit classes), the definition of indicators, and their role in funding formulas are defined by laws and decrees, leaving little room for technical discretion»* (report available on the ANVUR website).
18. For a general introduction on the evolution of public research funding and on the consequent need to evaluate results see A. Banfi, *Impatto nocivo. La valutazione quantitativa della ricerca e i possibili rimedi*, in *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, fasc. 2, 2014, 361.
19. The fourth evaluation exercise started with decree no. 9 of 25 September 2020 by ANVUR, which shows that this evaluation is nothing more than an evolution of the evaluation just completed.
20. The d.l. 10 November 2008, n. 180 introduced the reward quota in the research ordinary fund, in order to promote the qualitative increase of the activities of state universities and in order to improve the efficiency and effectiveness in the use of resources. With regards to the methods of attribution the Law Decree 21 June 2013, n. 69 provided that the fund attributed according to reward criteria was at least equal to 16% of the ordinary fund with an increase of 2% for each subsequent year, until reaching the 30% share of the fund destined to finance the research.
21. Ex art. 13, paragraph 1, letter b) of the law of 30 December 2010, n. 240.
22. Ex art. 3 of the D.M. n.738, 8 August 2019.
23. As was highlighted by a group of experts who were asked to comment on the effectiveness of the 2014-2019 VQR, *«The three criteria used for the peer-review process applied within VQR2011-2014 probably do not fully reflect the qualities required for a publication of excellence. The third criterion ('attested or potential impact'), where the research has been exerted, or is likely to be exerted in the future, has a theoretical and/or applied influence. Such a criterion brings together two rather different criteria that are difficult to evaluate objectively. The adjective 'attested' seems to refer to quantitative or bibliometric values, whereas the 'potential' character of an impact seems difficult to evaluate, and introduces a degree of subjectivity that can hinder the understanding and acceptance by the scientific community of the evaluation process. In short, we see a degree of contradiction of terms herein»*.
24. Annex 1 of the Ministerial Decree 738, 8 August 2019 containing the criteria and indicators for the distribution of the FFO reward quota, states that 60% of the same is distributed on the basis of the Results of the VQR 2011-2014 in relation to the final University indicator (IRFS), based on the following criterion: $IRFS = (85\% IRAS1 \times Ka + 7,5\% \times IRAS3 + 7,5\% \times IRAS4)$. Where IRAS 1= Qualitative-quantitative indicator of the expected research products of the university; IRAS 3= Indicator related to national and international competitive funding for research; IRAS 4 = number of doctoral students, enrolled in specialization schools in the medical and health area, research fellows, post-doc fellows.

25. ISPD will be obtained from the only direct comparison between possible departments with the same disciplinary composition and this comparison will be made in terms of the degree of success in the last VQR.
26. On the subject of university autonomy and scientific freedom, see C. Pinelli, *L'autonomia universitaria, relazione alla "Giornata di Studio autonomia universitaria e rappresentanza delle comunità accademiche, dei saperi e delle discipline"*, Roma, 19 settembre 2011; A. Orsi Battaglini, *Libertà scientifica, libertà accademica e valori costituzionali*, in *Nuove dimensioni dei diritti di libertà. Scritti in onore di Paolo Barile*, Padova, Cedam, 1990; S. Fois, *Intervento*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *L'autonomia universitaria*. Bologna, 25-26 novembre 1988, Padova, Cedam, 1990, 74 ss.; E. Spagna Musso, *Lo Stato di cultura nella Costituzione italiana (1961)*, in *Scritti di diritto costituzionale*, I, Milano, Giuffrè, 2008, 463 ss.; L. Chieffi, *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*, ESI, Napoli, 1993; G. Endrici, *Poteri pubblici e ricerca scientifica. L'azione di governo*, il Mulino, Bologna, 1991, 186; F. Merloni, *Ricerca scientifica (organizzazione)*, in Enc.dir., XL, Giuffrè, Milano, 1989, 399; F. Merloni, *Libertà della scienza e della ricerca*, in *Diritto Pubblico*, n. 3, 2016.
27. See A. Banfi, *Impatto nocivo. La valutazione quantitativa della ricerca e i possibili rimedi*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 2, 2014, in which the Author traces the opportunistic behaviors that can occur in the research activity such as plagiarism, self-plagiarism and the phenomenon of the so-called salami slicing.
28. In the context of a global society in which competition is based on the knowledge economy, the university plays a decisive role in the construction of value and the economic and social revitalization of the area in which it operates.
29. See M.R. Donaldson, S. J. Cooke, *Scientific publications: Moving beyond quality and quantity toward influence*, in *BioScience*, 2013; D. Sarewitz, *The pressure to publish pushes down quality*, in *Nature*, 533(7602), 2016. Regarding the relationship between quantity and quality of research products, the same seems prima facie to be inversely proportional. Several recent studies, in fact, believe that a very high production of scientific contributions often brings with it a physiological lowering of quality. See, ex multis, Z. Rubin, *On Measuring Productivity by the Length on One's Vita*, in *Personality and Social Psychology Bulletin*, 4(2), 1978; J. Fischer, E.G. Ritchie, J. Hanspach, *Academia's obsession with quantity*, in *Trends in ecology & evolution* 27(9), 2012; P. Halme, A. Komonen, O. Huitu, *Solutions to replace quantity with quality in science*, in *Trends in Ecology & Evolution* 27(11), 2012.
30. The subject of discussion was whether or not the University could submit the products of the researchers and teaching staff belonging to their roles ex officio, in the event that they did not want to submit them spontaneously. Some universities, when this happened, submitted themselves the research products of their staff. This uncertainty seems to have been overcome, considering that the new VQR 2015-2019 has clearly foreseen that «*The Institution confers the products with reference to each Department or similar structure, taking into account the choices proposed by each of them. The Department or similar*

structure selects the products, also taking into account what is proposed by the researchers» (art. 6, c. 1, VQR 2015-2019 call).

31. Between the end of 2015 and the beginning of 2016, there was a protest against salary blocks, which affected professors and researchers, hence several researchers refused to submit their research products to the VQR 2011-2014. This shows that, since institutions and researchers maintain the database and select which publications should be submitted for evaluation, their cooperation is very much needed, and essential to the evaluation procedure itself.
32. The University of Sassari had published a public call which expressly provided that *«the submission of projects by the proposers [...] is subordinated to the participation in the exercise of the 2011-2014 VQR»* under penalty of exclusion.
33. See a E. Furiosi, *La valutazione della qualità della ricerca (vqr) al vaglio del giudice amministrativo*, in Foro Amministrativo, anno V, fasc. VI, 2018, in which the judgment of the Sardinian Regional Administrative Court, section I, 10 January 2018, n. 10, was commented.
34. See J.J. Heckman, S. Moktan, *Publishing and Promotion in Economics: the Tyranny of the Top Five*, Working Paper No. 82 Institute for New Economic thinking, 2018.
35. For a specific analysis of the possible distorting effects of the evaluation through bibliometric indexes, among the copious doctrine, we note in particular: Research Evaluation Metrics, Parigi, United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO), 2015; T. Braun, W. Glanzel, A. Schubert, *Scientometric indicators. A Comparative Evaluation of Publishing Performance and Citation Impact*, World Scientific Publishing Co. Pte. Ltd., 1985; P.P. Seglen, *Why the impact factor of journals should not be used for evaluating research*, Br. Med. J., 1997; E. Garfield, *Citation Analysis as a tool in journal evaluation*, in *Science*, 1972; J. King, *A review of bibliometric and other science measures: a concise review*, in *J. Inf. Sci.*, 14, 1988.
36. Prof. Giuseppe Valditara.
37. Annex D) to the Ministerial Decree of 7 June 2016, n. 120
38. Ex art. 13, c. 3, of the Regulation for the classification of journals in non-bibliometric areas, approved by ANVUR with the Resolution of the Board of Directors n. 42 of 20/02/2019, which contains the criteria for the classification of journals for the purposes of National Scientific Qualification (ASN).
39. Ex art. 5 of the Regulation for the classification of journals in non-bibliometric areas, approved by ANVUR with the Resolution of the Board of Directors n. 42 of 20/02/2019.
40. Ex art. 16 L. n. 240/2010 and ex Ministerial Decree n. 120 of 2016.
41. The other two indicators concern, respectively, books and monographs, and the total number of articles and contributions to volumes.
42. Ex D.M. n. 120/2016, attached E, point 2, lett. b).
43. T.A.R. Lazio Roma Sez. III, Sent., (ud. 29-01-2020) 15-04-2020, n. 3939.
44. Regarding the centrality and indispensability of a research evaluation, see F. Merloni, *Autonomia, responsabilità, valutazione nella disciplina delle università e degli enti di*

ricerca non strumentale, in Dir. pubbl., 2004, 609 where it is stated that «There is no teaching and non-instrumental scientific research without autonomy, there is no autonomy without responsibility, there is no responsibility without an evaluation of the results achieved». In support of the need for an evaluation of university research, as opposed to the co-option method, see also A. Sandulli, *Spunti di riflessione sulla valutazione della ricerca universitaria*, in G. Della Cananea, C. Franchini (curated by), *Concorrenza e merito nelle università. Problemi, prospettive e proposte*, Torino, 2009, in which it is stated that «the introduction of a system of evaluation of scientific research, carried out by peer reviewer but passing through a preventive and shared definition of qualitative and quantitative evaluation parameters, seems necessary and no longer deferrable». This idea is also supported in D. Gottardi, *Il processo di valutazione come obbligo e come opportunità*, in *Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, fasc. 3-4, 2016, 353.

45. From a constitutional point of view about freedom of scientific research, see: U. Pototschnig, *Insegnamento (libertà di)*, in Enc. dir., vol. XXI, Milano, 1971; Robertson J. A., *The scientist's right to research: a constitutional analysis*, in Cal. L. Rev., 1977-1978; A. Santosuosso, V. Sellaroli, E. Fabio, *What constitutional protection for freedom of scientific research?*, in J. Med. Ethics, Jun 2007; G. De Cesare, *L'organizzazione della ricerca scientifica: aspetti problematici e organizzativi*, in Riv. it. sc. giur., 1969; S. Labriola, *Libertà di scienza e promozione della ricerca*, Padova, Cedam, 1979; L. Chieffi, *Ricerca scientifica e tutela della persona*, Napoli, 1993; A. Romano, *Una strategia democratica per l'autonomia della ricerca scientifica*, in Jus, 1997, fasc. 3, pp. 457-464.
46. It was recently judged, with reference to a competition for a tenured position, that the VQR criteria are «intended for the evaluation of institutions. The underlying logic is completely different and cannot be exported to other proceedings, in particular it is not referable to individual papers examined for competition purposes» (T.A.R. Lombardia Milano Sez. III, Sent., 10-02-2020, n. 278). This principle was also reaffirmed with reference to the national scientific qualification: «It cannot be accepted ... the applicant's assumption on the positive judgment that he should have obtained from a previous evaluation of a research product in the VQR, as this procedure takes place in a completely different context and follows completely independent rules with respect to those that regulate the national scientific qualification sector». (T.A.R. Lazio Roma Sez. III, Sent., 27-06-2019, n. 8391).
47. See A. Sandulli, *La classificazione delle riviste scientifiche e la revisione tra dispari*, in Giornale Dir. Amm., 2017, 4, 436, where the Author, in addition to the possible distortion effect just mentioned, highlights the further problem of judging the quality of scientific journals on the basis of peer reviews that are formulated to measure the quality of structures, thus also underlying the non-overlapping aspects of the two evaluations.

Banca centrale europea e comunicazione, un'analisi. Con alcune deduzioni sull'Esecutivo guidato da Mario Draghi

Paride Fusaro

DOI: 10.13130/2723-9195/2021-2-20

Il contributo delinea le caratteristiche della comunicazione della Banca centrale europea (BCE) dalla sua fondazione ad oggi, con un'attenzione specifica alle attività poste in essere durante la presidenza di Mario Draghi. A partire da alcuni cenni storici sulla comunicazione delle banche centrali, ne vengono esaminate le ragioni, i gradi e i possibili problemi. Vengono poi delineati i soggetti che si fanno carico della comunicazione, "chi comunica", e i contenuti che vengono veicolati, "cosa si comunica", nonché gli effetti della comunicazione e il suo rapporto con i temi della trasparenza e dell'accountability. Per quanto concerne specificamente la Banca centrale europea, viene altresì offerto un approfondimento su quanto contenuto in tema di comunicazione nei Rapporti annuali dal 1998 al 2019. Infine, alla luce di quanto ricostruito circa la comunicazione delle banche centrali e in particolare della BCE guidata da Mario Draghi, vengono delineate alcune deduzioni circa la comunicazione del Governo Draghi.

European Central Bank and Communication, an Analysis. With some Deductions on Mario Draghi's Government

The article outlines the European Central Bank's (ECB) communication characteristics since its foundation, with specific attention to the activities carried out during Mario Draghi's presidency, from 2011 to 2019. Starting from some historical notes on central bank communication, are examined the reasons, degrees and possible problems. The subjects who are in charge of communication are then outlined, "who communicates", and the contents that are conveyed, "what is communicated", as well as the effects of communication and its relationship with the issues of transparency and accountability. With regard specifically to the European Central Bank, an in-depth analysis is also offered on the communication in Annual Reports from 1998 to

2019. Finally, some deductions are outlined about Draghi's Government communication.

1. Introduzione

Gli interventi cui ha dato vita la Banca centrale europea (BCE) durante la Presidenza di Mario Draghi, dal 2011 al 2019, in particolare l'annuncio delle operazioni definitive monetarie avvenuto nel 2012, con la sua "autoefficacia", ovvero la capacità dell'annuncio di sortire effetti positivi sui mercati senza che alla comunicazione siano seguiti interventi concreti atti a dare vita a tali Operazioni, hanno avuto tra le loro conseguenze anche quella di rimettere al centro della riflessione sugli istituti centrali il tema della loro comunicazione verso l'esterno. Oggi che Mario Draghi è Presidente del Consiglio dei Ministri, può essere interessante ripercorrere caratteristiche e problemi della comunicazione della Banca centrale europea prima e durante la sua Presidenza, anche con l'obiettivo di tentare alcune deduzioni sulla comunicazione e le politiche del Governo Draghi.

2. Sulla comunicazione delle banche centrali: cenni storici

Il punto di partenza di una riflessione sulla comunicazione delle banche centrali non può che essere una constatazione di natura storica, ovvero che nonostante oggi appaia quantomeno obsoleta la massima «*never explain, never excuse*»^[1] di Montagu Norman, governatore della Bank of England tra il 1920 e il 1944, essa è rimasta ancora sino ad un recente passato alla base degli orientamenti di molte banche centrali^[2]. L'attuazione di politiche di comunicazione esplicita da parte di queste ultime è avvenuta soltanto a partire dagli anni '90, quando hanno iniziato ad abbandonare l'idea di dover essere avvolte nel mistero e hanno dato vita a quella che molti autori non temono di definire una rivoluzione di pensiero e azione orientata a una esplicita apertura verso l'esterno.

La prima banca centrale ad attivarsi in questo senso è stata la Federal Reserve (Fed) che, solo^[3], nel 1994 ha iniziato a rendere pubbliche in tempo reale le sue decisioni sui tassi di interesse; compiendo così il primo passo di un percorso che

ha visto la Fed, e in particolare il suo Federal Open Market Committee (FOMC), impegnata in una serie di azioni di apertura rispetto alla comunicazione verso l'esterno. Quel percorso è proseguito nel 1999 con la pubblicazione di una valutazione del punto di vista della stessa Fed sui futuri cambiamenti nella politica monetaria e dalla pubblicazione, nel 2002, dei voti espressi dai membri FOMC durante le riunioni. Nel 2005, poi, la Fed ha iniziato a divulgare i verbali delle riunioni dello stesso FOMC e dal 2007 ha proseguito nell'incrementare la frequenza e l'ampiezza del contenuto e dell'orizzonte delle sue previsioni pubbliche ^[4].

Le decisioni sulla comunicazione poste in essere dalla Fed - strettamente connesse ad un incremento della sua trasparenza - non hanno costituito, tuttavia, una serie di eventi isolati. In quegli stessi anni molte banche centrali hanno dato vita ad azioni volte a incrementare la loro comunicazione verso l'esterno e di conseguenza la loro trasparenza ^[5]. Nell'ambito di tale trend globale è possibile individuare due fasi. La prima, avviatasi e sviluppatasi appunto negli anni '90, ha visto un ampio incremento della trasparenza attraverso l'esplicitazione da parte delle banche centrali dei propri obiettivi di politica monetaria e delle proprie analisi sugli sviluppi macroeconomici. La seconda, invece, si è sviluppata negli anni duemila e ha visto un'ulteriore diffusione della trasparenza che aveva preso forma nel decennio precedente e l'affermazione, presso alcuni istituti centrali, di un'ulteriore apertura attraverso l'esplicitazione di indicazioni sugli strumenti e le azioni da adottarsi in futuro ^[6].

3. Central banking e comunicazione: ragioni, gradi e possibili problemi

Se tra le ragioni alla base di queste dinamiche è possibile individuare primariamente il mutato rapporto che in quegli anni si stava affermando tra le banche centrali e la politica, un rapporto di acquisita indipendenza da parte di molte banche, che comportava necessariamente un incremento di responsabilità (accountability) di queste nei confronti degli osservatori esterni, è però anche opportuno ricordare che l'incremento della comunicazione verso l'esterno è connesso anche al fatto che essa ha permesso, e permette, di rendere le politiche monetarie più efficaci ^[7]. Questo in ragione del fatto che la comunicazione è

divenuta uno strumento significativo attraverso cui le banche centrali possono influenzare le aspettative dei mercati e di conseguenza l'economia.

Soltanto in un contesto ipotetico e alquanto irrealistico in cui l'ambiente economico sia stazionario, la banca centrale sia impegnata nei confronti di una regola di policy invariabile e le aspettative siano razionali, infatti, la politica di comunicazione della banca centrale non ha modo di svolgere un ruolo significativo^[8], e ciò in ragione del fatto che in un quadro di questo genere le azioni future della banca centrale possono essere facilmente dedotte dai comportamenti già posti in essere da quest'ultima^[9]. In un contesto più realistico, caratterizzato da una situazione economica e da regole di policy non stazionarie, con aspettative non razionali, asimmetria informativa tra il pubblico e la banca centrale e l'apprendimento come concomitante naturale, la comunicazione della banca centrale svolge un ruolo significativo^[10]; anche al verificarsi di una sola delle condizioni citate.

Ancorché la rilevanza della comunicazione verso l'esterno delle banche centrali sia ormai riconosciuta, tanto che la stessa è oggi identificata come uno degli strumenti a disposizione dei banchieri centrali^[11], la medesima unanimità non è presente relativamente a quale sia per le banche centrali il miglior grado o livello di comunicazione. In altre parole, non vi è una visione condivisa di quale sia l'ottima comunicazione^[12]; sia in termini qualitativi, relativamente a modalità e strumenti maggiormente idonei ed efficaci, sia in termini quantitativi, nel senso che non vi è una concezione condivisa su quanto le banche centrali debbano dire o non dire.

Le divergenze di vedute teoriche sono invece attenuate relativamente a ciò che le banche centrali devono evitare nel loro interfacciarsi con l'esterno per allontanare il rischio che la "risorsa comunicazione" possa trasformarsi in un problema. In questo senso è esplicativo il caso di un clamoroso errore di comunicazione commesso dal primo Presidente della BCE, Willem Duisenberg, il quale, nel 2000, dichiarò che non vi sarebbero stati ulteriori interventi a supporto dell'euro, causando così l'immediato deprezzamento della moneta unica e attirando molte critiche verso il suo operato^[13]. Al di là dei singoli casi, ciò che è possibile affermare in generale sugli errori di comunicazione è che gli istituti centrali devono innanzitutto evitare di offrire al pubblico messaggi espressi da un numero eccessivo di voci, specie se queste sono contrastanti tra loro, perché in questo caso

le informazioni veicolate rischiano di confondere il pubblico anziché rendere maggiormente chiare ai suoi occhi le intenzioni dell'istituto^[14]. Quello appena citato, noto come “cacophony problem”^[15], è comunque un rischio risolvibile attraverso un incremento del coordinamento e della chiarezza dei messaggi e dunque non con un - anacronistico - ritorno al silenzio^[16].

4. Chi comunica e cosa si comunica

Fatta salva la comunicazione ordinaria della BCE, e dunque fatta salva la distinzione, basata sul tipo di strumenti, tra comunicazione istituzionale (a sua volta contenente gli strumenti della comunicazione esterna e di quella inter-istituzionale) e non istituzionale, è opportuno concentrarsi sull'individuazione dei soggetti che danno vita alla comunicazione degli istituti centrali. In altri termini, è opportuno individuare “chi comunica”; il che comporta in prima istanza di distinguere tra le comunicazioni effettuate dagli organi decisionali degli istituti nel loro complesso, ad esempio quelle poste in essere dal Consiglio direttivo della BCE o del FOMC della Fed, e le comunicazioni effettuate da singoli individui componenti gli organi suddetti. Ancorché tutti gli istituti centrali si interfaccino verso l'esterno sia con comunicazioni individuali che con comunicazioni corali, è opportuno segnalare l'esistenza, tra queste ultime, di una differenza significativa determinata dalla modalità tipica che gli organi che assumono le decisioni di politica monetaria adottano per le loro comunicazioni. In questo senso, guardando appunto agli organi decisionali, è possibile distinguere tra consigli che comunicano anche attraverso i singoli membri, i quali esplicitano le loro posizioni personali, e consigli che, nonostante i membri si interfaccino con l'esterno, evitano che le singole posizioni dei loro componenti vengano esplicitate. In altre parole, è possibile distinguere tra consigli: individualistici, genuinamente collegiali e “autocraticamente collegiali”^[17]. Sulla scorta di queste premesse è possibile definire il Monetary Policy Committee della Bank of England come individualistico e il Consiglio direttivo della BCE come genuinamente collegiale^[18]. Lo stesso vale per il Federal Open Market Committee della Fed che ha tuttavia attraversato anche una fase “autocraticamente collegiale” durante la presidenza di Alan Greenspan^[19].

La distinzione appena illustrata comporta che i diversi modelli che ne derivano

necessitino di differenti strategie comunicative. In questo senso, mentre nel modello individualistico le divergenze di vedute rese pubbliche possono avere degli effetti positivi, in quanto permettono ai mercati di avere una visione più chiara dei differenti punti di vista presenti all'interno del Consiglio, in un modello collegiale le divergenze di vedute non dovrebbero essere rese pubbliche in ragione del fatto che la loro pubblicità potrebbe far incorrere la comunicazione della banca centrale in problemi di scarsa chiarezza che metterebbero a repentaglio una reazione corretta alle comunicazioni da parte dei mercati^[20].

Nell'ambito delle comunicazioni collegiali, è bene poi ricordare che generalmente queste hanno un grado di programmazione maggiore rispetto a quelle individuali^[21], ancorché anche queste ultime non si caratterizzano mai come parole in libertà, ma sono sempre frutto di discorsi ufficiali o di interviste che conservano un significativo grado di formalità. In questo senso, peraltro, proprio per permettere alla comunicazione della banca centrale di essere, qualora sia necessario, più flessibile e tempestiva, le comunicazioni fatte dai singoli membri possono però essere uno strumento utile per anticipare o mettere in luce una posizione della banca centrale nel momento del bisogno senza dover attendere un evento programmato di comunicazione collegiale^[22].

Per quanto riguarda il contenuto della comunicazione degli istituti centrali, il "che cosa" viene comunicato, è possibile distinguere tra quattro principali elementi: gli obiettivi e le strategie, le decisioni di policy con le motivazioni che le giustificano, le prospettive economiche e le decisioni che la banca centrale intende adottare in un futuro prossimo^[23]. Relativamente agli obiettivi e alle strategie, questi sono sovente definiti in maniera chiara dagli istituti centrali anche in ragione della loro accresciuta indipendenza. Essi sono spesso identificati in termini quantitativi, il che comporta una più facile accountability^[24] e aiuta a stabilizzare le aspettative degli agenti economici^[25]. Per quanto concerne le decisioni di policy, esse sono spesso giustificate nello stesso giorno in cui vengono assunte, tuttavia ciò avviene con modalità diverse a seconda delle banche centrali. Nel caso della BCE, la principale modalità di esplicitazione delle decisioni di policy è la conferenza stampa che si svolge dopo la riunione mensile del Consiglio direttivo. Rispetto alle prospettive economiche, poi, le banche centrali pubblicano previsioni eterogenee sia relativamente ai dati sull'attività economica che a quelli sull'inflazione. A queste informazioni, talvolta, e con un trend in

crescita, le banche centrali affiancano anche anticipazioni sulle loro intenzioni future rispetto agli interventi sui tassi.

5. Gli effetti della comunicazione delle banche centrali

Come già anticipato, uno dei principali obiettivi della politica di comunicazione degli istituti centrali è quello di influenzare le aspettative. Secondo quanto testimoniato dalla letteratura, tale influenza agisce in particolare sui futuri tassi di interesse a breve termine, i quali a loro volta influenzano i tassi di interesse a lungo termine ed altre variabili del mercato finanziario che a loro volta condizionano, o dovrebbero condizionare, altre macro-variabili come l'inflazione e la produzione^[26].

Vi sono tuttavia almeno due elementi fondamentali, uno legato al tempo e l'altro alle variabili da considerare, da tenere in conto e che differenziano gli effetti che giungono, e che possono essere valutati, in una prima fase, da quelli che si verificano successivamente e con una portata più ampia. Per quanto concerne l'elemento temporale, mentre la comunicazione degli istituti centrali, così come la politica monetaria, influenza i mercati finanziari molto velocemente, i tassi di interesse e i prezzi dei beni hanno effetto sull'economia in modo molto graduale. In secondo luogo, e relativamente alle variabili da considerare, nel più lungo periodo la politica monetaria non è l'unico elemento che deve essere preso in considerazione, in quanto vi sono molti altri fattori che influenzano l'inflazione e la produzione rendendo così più complessa la valutazione sugli effetti della comunicazione delle banche centrali su queste variabili^[27].

Nonostante ciò, almeno per quanto riguarda il breve termine, è possibile sostenere che le variabili del mercato finanziario reagiscono alla comunicazione effettuata dalle banche centrali^[28].

Pur essendo piuttosto ben definibili nel caso di annunci e discorsi^[29], gli effetti delle comunicazioni effettuate dagli istituti centrali spesso non sono di facile misurazione. In questo senso è opportuno dare conto delle difficoltà cui le ricerche in questo campo devono far fronte. Tali difficoltà sono connesse, ad esempio, al fatto che non risulta semplice determinare esattamente quando i mercati finanziari reagiscono ad una comunicazione effettuata dalla banca centrale, così come non è semplice estrarre dagli interventi le intenzioni o gli

obiettivi che l'oratore ha perseguito per poi valutare se gli effetti sono stati adeguati. A questi due problemi, poi, in parte anche nel breve periodo, si aggiungono quelli legati all'influenza di altre variabili non osservabili sui prezzi dei beni, oltre a quelli connessi al fatto che spesso la comunicazione delle banche centrali è associata di per sé a fattori endogeni, in quanto talvolta essa avviene in relazione a un evento particolare, e dunque non è semplice comprendere se la reazione dei mercati sia legata all'evento in questione o alla comunicazione che la banca centrale ha fatto seguire a quell'evento^[30]. Non meno rilevanti sono poi i problemi legati alla comprensione della capacità della comunicazione di esercitare la sua influenza nella direzione desiderata e a quale sia la dimensione dell'effetto che essa ottiene^[31]. Nonostante queste difficoltà, come detto, è comunque possibile affermare che alla luce della letteratura che ha affrontato questi temi la comunicazione delle banche centrali sortisce certamente effetti sui mercati finanziari^[32].

Se da un lato la riflessione relativa all'impatto della comunicazione delle banche centrali deve riguardare l'identificazione della comunicazione stessa e la misurazione dei suoi effetti, nonché la considerazione delle difficoltà che un'analisi di questo genere può incontrare, dall'altro essa deve riferirsi anche alla capacità della comunicazione di rendere la politica monetaria più prevedibile e le aspettative dei mercati sui tassi d'interesse nel breve periodo più accurate^[33]. Anche tale prevedibilità resta difficile da quantificare; tuttavia, pur trattandosi di una questione non del tutto chiusa, sembra che un contributo da parte della comunicazione sia rinvenibile anche in tal senso^[34].

Merita infine una riflessione la questione relativa alla capacità della comunicazione delle banche centrali di influenzare l'inflazione. Anche in questo caso le conclusioni cui giunge la letteratura non sono univoche, tuttavia è possibile sostenere che qualora le banche centrali adottino un target di inflazione cui orientare i loro interventi, questo ha un effetto significativo nello stabilizzare le aspettative e dunque, in parte, nell'influenzare l'inflazione sul lungo periodo^[35]. Alla luce di quanto visto, è dunque possibile sostenere che, seppur sulla base di un ammontare di dati non sterminato, la comunicazione verso l'esterno delle banche centrali ha effetti positivi in termini di influenza sul mercato finanziario, di incrementata prevedibilità della politica monetaria e di sostegno alle autorità monetarie nel raggiungere gli obiettivi e i target che esse si prefiggono.

6. Comunicazione e trasparenza

Come si è già avuto modo di sottolineare, il tema della comunicazione è strettamente legato a quello più generale della trasparenza, una caratteristica che a partire dagli anni '90 le banche centrali hanno considerato come sempre più importante. L'importanza assunta dalla trasparenza non deve tuttavia far pensare che si possa raggiungere realmente una "perfetta trasparenza", in quanto, anche nel caso di una completa divulgazione delle informazioni, gli eventuali contrasti tra queste possono impedire il pieno dispiegarsi di una trasparenza piena. In questo senso, la "perfetta trasparenza" è altresì ostacolata dalla possibilità di una non corretta ricezione delle informazioni divulgate^[36]. L'impossibilità di raggiungere nella pratica una trasparenza perfetta non priva tuttavia il concetto del suo slancio ideale e dunque nulla toglie alla possibilità che essa sia presa come riferimento per massimizzare quanto si può realmente ottenere^[37].

Se, da un lato, l'ottenimento di una piena trasparenza comporta le difficoltà appena elencate, dall'altro, la sua misurazione empirica implica delle difficoltà dovute primariamente al fatto che si tratta di un concetto multidimensionale^[38] che per essere indagato in maniera approfondita merita che ad ognuna delle dimensioni sia riservata una riflessione specifica. In questo senso, gli aspetti della trasparenza più rilevanti per il policymaking sono relativi in particolare alle dimensioni della: trasparenza politica, economica, procedurale, di policy ed operativa^[39]. La trasparenza politica si riferisce alla chiarezza degli obiettivi e del quadro istituzionale, la trasparenza economica si concentra sulle informazioni economiche usate per assumere le decisioni, la trasparenza procedurale concerne l'apertura verso l'esterno sul modo in cui le decisioni sono state assunte, la trasparenza relativa alla policy propriamente detta riguarda la comunicazione sull'atteggiamento assunto rispetto a determinate scelte mentre la trasparenza operativa concerne l'implementazione delle azioni^[40].

Nonostante la complessità connessa al concetto di trasparenza, la sua esistenza non ha impedito il fiorire di studi empirici su di essa e sulla sua valutazione. In quest'ottica, ad esempio, sono state sviluppate ricerche atte a valutarne le diverse dimensioni attraverso specifici indici^[41], così come sono sorte indagini volte a misurare l'effettiva trasparenza di molte banche centrali e lo sviluppo di questa nel tempo^[42]. Da queste ultime ricerche si ha conferma del fatto che nel tempo la

trasparenza e l'indipendenza delle banche centrali sono aumentate e che le due dimensioni si sono sviluppate contemporaneamente permettendo agli istituti centrali, nel caso dell'indipendenza, di avere più libertà nelle proprie scelte rispetto alla politica e, nel caso della trasparenza, di avere un modo per comunicare le proprie politiche ai mercati così da rafforzarne gli effetti, oltre ad avere a disposizione un canale per poter essere maggiormente responsabili nei confronti della pubblica opinione^[43].

Per quanto concerne specificamente la Banca centrale europea, essa si caratterizza per una trasparenza piuttosto diffusa ed elevata, anche se il rapporto tra la BCE e il grande pubblico costituisce in parte un problema, in quanto risulta spesso che quest'ultimo non conosca o fraintenda gli obiettivi della politica monetaria^[44], il che rivela un limite nella trasparenza politica della BCE^[45] rispetto al quale si dovrebbe intervenire per giungere ad un suo superamento o almeno ad una sua riduzione.

7. La politica di comunicazione della Banca centrale europea

Nell'ambito delle dinamiche storiche che hanno visto a livello mondiale un incremento della comunicazione verso l'esterno effettuata dalle banche centrali, si inserisce a pieno titolo anche quanto accaduto per la Banca centrale europea, che ha anzi ricoperto in questo quadro una posizione molto peculiare, in quanto essa è stata disegnata e ha assunto le sue funzioni nel decennio, gli anni '90, in cui quella accresciuta comunicazione stava rafforzandosi. In questo senso, la Banca centrale europea si è da subito trovata ad affrontare un'importante sfida, quella di tenere insieme tre caratteristiche non sempre facilmente conciliabili: la forza, l'indipendenza e l'essere un'istituzione le cui azioni hanno conseguenze su un vasto numero di cittadini pur essendo non elettiva^[46].

In considerazione di queste premesse è giocoforza constatare che la Banca centrale europea ha, sin dalla sua nascita, dato vita ad una politica comunicativa di ampio respiro relativa ad obiettivi, decisione di policy e dati economici^[47]. Se, da un punto di vista generale, alla base di tale politica sono annoverabili ragioni connesse all'efficacia dell'azione e all'accountability; da un punto di vista giuridico, ad orientare in questo senso la Banca centrale vi sono le disposizioni dei Trattati e dello Statuto del Sistema europeo delle banche centrali (SEBC) e della

BCE che disciplinano la materia. In particolare si tratta degli articoli 284 paragrafo 3 e 132 paragrafo 2 TFUE e dell'articolo 15 dello Statuto, nonché dell'articolo 22 del regolamento interno della Banca centrale europea. A partire da tali disposizioni giuridiche la comunicazione della BCE ha preso forma attraverso diversi canali quali: la conferenza stampa, il Bollettino mensile, oggi sostituito dal Bollettino economico che viene pubblicato due settimane dopo ciascuna delle riunioni di politica monetaria del Consiglio direttivo, il Rapporto annuale, le conferenze, le interviste e gli articoli dei singoli membri degli organi decisionali della stessa Banca centrale e il sito internet della BCE.

Tornando ai tre contenuti principali della comunicazione della BCE, obiettivi, decisioni di policy e dati economici, è possibile sostenere che per quanto concerne la comunicazione sugli obiettivi, il diritto primario non individua un target quantitativo cui la BCE debba mirare nel perseguire lo scopo principale del mantenimento della stabilità dei prezzi. E' stata la stessa Banca centrale a definire in termini quantitativi la stabilità dei prezzi sostenendo che essa è presente quando vi è un aumento dei prezzi al consumo nell'area euro, su 12 mesi, inferiore al 2% e quando l'inflazione è inferiore ma prossima al 2%^[48]. E' evidente dunque l'esistenza di una comunicazione chiara della BCE sui propri obiettivi, il che comporta vantaggi sia in termini di accountability, sia in termini di rafforzamento delle aspettative dei mercati^[49].

Per quanto riguarda la divulgazione delle informazioni sulle decisioni di policy, la Banca centrale europea ha da sempre utilizzato soprattutto il canale delle conferenze stampa successive alle riunioni del Consiglio direttivo. Quello della conferenza stampa è un canale particolare, che ha il vantaggio di essere più flessibile rispetto, ad esempio, alla pubblicazione dei verbali delle riunioni cui danno vita la Bank of England e la Federal reserve, ma ha lo svantaggio rispetto a questi di essere meno dettagliata. Relativamente al livello di dettaglio, tuttavia, le domande poste dai giornalisti immediatamente dopo la presentazione iniziale del Presidente offrono l'opportunità di ottenere specificazioni ulteriori. Un altro aspetto peculiare della conferenza stampa della BCE è che essa avviene 45 minuti dopo l'annuncio delle decisioni di politica monetaria, il che permette di distinguere l'effetto dei due eventi e ha consentito di affermare che la conferenza stampa ha in media un effetto maggiore sui prezzi degli asset rispetto al solo annuncio delle decisioni di policy^[50].

Per quanto concerne la comunicazione sui futuri obiettivi di policy, mentre alcune banche centrali danno vita ad una vera e propria disamina su di essi, la Banca centrale europea non ha offerto, storicamente, esplicite informazioni su quali sarebbero state le successive decisioni sui tassi di interesse. Di conseguenza molta della comunicazione in questo senso è stata implicitamente desunta dall'utilizzo di alcune parole chiave come, ad esempio, "vigilanza" che permettevano di incrementare la prevedibilità di breve termine^[51]. In questo senso, tuttavia, è bene evidenziare che rispetto a questa prassi sono state sollevate anche delle critiche^[52]; è tuttavia opportuno anche sottolineare che negli ultimi anni le cose sono mutate e già con la presidenza della BCE di Mario Draghi era stata confermata l'apertura rispetto alla forward guidance^[53] introdotta nel luglio del 2013.

Anche per quanto concerne il tema della comunicazione sugli sviluppi economici, la Banca centrale europea ha storicamente offerto delle informative rinvenibili, almeno sino al 2014, nei Bollettini mensili di giugno e dicembre oltre che in un documento apposito rilasciato nella primavera e nell'autunno di ogni anno^[54]. Per quanto concerne il Bollettino mensile, esso è stato sostituito dal 2015 da un Bollettino economico nei cui numeri di marzo, giugno, settembre e dicembre vengono forniti «una analisi complessiva degli sviluppi economici e monetari, inclusi commenti sulle proiezioni macroeconomiche per l'area euro stimate dallo staff dell'Eurosistema»^[55].

In considerazione di quanto visto, è possibile affermare che gli effetti della comunicazione della BCE sono piuttosto simili a quelli ottenuti da altri istituti centrali e hanno dunque conseguenze piuttosto marcate, e nella direzione desiderata, nel breve periodo, mentre hanno effetti meno quantificabili, ma probabilmente non del tutto assenti, nel lungo periodo e anche rispetto all'inflazione. È comunque indubbio che la politica di comunicazione della Banca centrale europea abbia storicamente contribuito a rendere più efficace la politica monetaria, influenzando i mercati finanziari e le loro aspettative e rafforzando la prevedibilità delle decisioni sui tassi di interesse.

Non possono infine mancare alcune note critiche. In particolare esse vanno rivolte alla dispersione della comunicazione e alla capacità della Banca centrale europea, estendibile alle banche centrali in genere e rispetto alla quale si è già accennato, di rivolgersi non soltanto agli addetti ai lavori, ma anche ad un

pubblico più generale^[56]. Un tema, questo, che peraltro necessiterebbe anche maggiori approfondimenti da parte della ricerca^[57]. In questo senso, le sfide che deve affrontare, e sta affrontando, la BCE sono forse più gravose rispetto a quelle con cui si confrontano altri istituti centrali, dovendo la Banca centrale europea rivolgersi a circa 338 milioni di cittadini in 19 Paesi, con 15 lingue differenti e con differenti aspettative^[58], cionondimeno l'istituto attualmente guidato da Christine Lagarde si è da tempo attrezzato per gestire anche questa non facile sfida, utilizzando, ad esempio, canali di comunicazione non istituzionale quali i social media.

7.1. La comunicazione della BCE nei Rapporti annuali

Ancor prima che la comunicazione della Banca centrale europea si sviluppasse e rafforzasse, e in ogni caso anche durante queste fasi, essa ha costituito un tema di riflessione per la stessa Banca centrale, che vi ha sempre dedicato uno spazio all'interno del suo Rapporto annuale. Proprio in quella sede, infatti, già nel 1998, si iniziò a dedicare una parte della trattazione al tema delle «*attività di comunicazione con l'esterno*». L'evoluzione storica relativa a come il tema della comunicazione è stato trattato nei Rapporti annuali permette di condurre alcune riflessioni su come la BCE ha, nelle diverse fasi, interpretato questo aspetto delle sue funzioni e come, complici le contingenze esterne, essa ha cambiato le proprie priorità e strategie.

Se si guarda al penultimo Rapporto annuale dell'Istituto monetario europeo (IME), datato 1996, il tema della comunicazione vi si trova solo declinato in termini futuri ed interni alla relazione tra la nascita BCE e le banche centrali nazionali^[59], peraltro indicate come «*il principale canale di comunicazione tra le autorità monetarie e gli operatori di mercato*»^[60]. Tuttavia, il Rapporto annuale IME dell'anno successivo, oltre alla trattazione di aspetti simili a quelli considerati nel 1996 in tema di comunicazione, vede già l'aggiunta al capitolo dedicato a «*la preparazione della Terza fase*» di un paragrafo riservato espressamente all'informazione al pubblico. Si tratta di una pagina nella quale si rimarca l'impegno dell'IME nel predisporre quanto necessario per l'esecuzione della Terza fase anche nei termini del rispetto degli obblighi informativi stabiliti ai sensi dell'articolo 7 e dell'articolo 11, paragrafo 3, dello Statuto dell'IME. Oltre

allo stretto rispetto degli obblighi citati, l'Istituto richiama poi le pubblicazioni edite negli anni e volte a informare «*la comunità finanziaria e il pubblico in generale*»^[61] e la sua presenza, dal gennaio 1998, «*nel World Wide Web di Internet*»^[62]. L'Istituto riconosce infine la necessità che il SEBC «*assicuri la trasparenza degli obiettivi e delle politiche perseguiti nella Terza fase e che esso favorisca la conoscenza delle sue operazioni e dei suoi compiti, mettendo così in condizione la comunità finanziaria e il pubblico in generale di comprenderne e di sostenerne le politiche*»^[63]. Risulta evidente come, nell'arco di un solo anno, l'attività di comunicazione verso l'esterno dell'IME abbia assunto un ruolo significativo, non foss'altro che per il fatto che si è scelto di dedicare spazio nel Rapporto annuale a questo tema, il che può essere considerato come un indicatore di per sé, e lo si sia fatto non solo e non tanto per l'Istituto quanto, in prospettiva, per la BCE, che dunque ha avuto nelle sue stesse premesse la comunicazione come tema rilevante.

Le premesse tracciate dall'IME possono essere viste come le fondamenta dello spazio che il primo Rapporto annuale della BCE, anno 1998, dedica a «*le attività di comunicazione con l'esterno*». Anche in questo caso, si tratta di un paragrafo inserito nel capitolo relativo a «*il lavoro preparatorio per la Terza fase e la transizione all'euro*», ma rispetto all'anno precedente il respiro della trattazione risulta essere piuttosto ampliato e, aspetto forse ancor più rilevante, l'ordine delle informazioni offerte è mutato. Ad essere evidenziato per primo, infatti, non è più il rispetto degli obblighi derivanti dallo Statuto, quanto l'obiettivo di comunicare con l'esterno in modo da «*raggiungere un grado elevato di chiarezza e di trasparenza dei propri obiettivi e informare i cittadini in merito ai propri compiti e al proprio operato, con ciò rafforzando l'efficienza, la credibilità e l'efficacia della propria azione, nonché a contribuire al determinarsi di condizioni in cui l'Eurosistema dia conto del proprio operato*»^[64]. Da queste poche parole risulta chiaro come la BCE sia da subito inserita nelle logiche del tempo in cui essa è nata, nonché come essa sia consapevole di quelli che ancor oggi sono riconosciuti come i due principali obiettivi della comunicazione della politica monetaria: la responsabilità e l'incremento dell'efficienza, e dell'efficacia, della politica monetaria stessa. Il paragrafo del Rapporto annuale prosegue facendo una ricognizione dei mezzi di comunicazione a disposizione della BCE, con particolare attenzione alla conferenza stampa che segue la riunione mensile del

Consiglio direttivo, ai discorsi dei membri di quest'ultimo e al Bollettino mensile, per giungere al tema del rispetto degli obblighi derivanti dallo Statuto, in particolare dall'articolo 15, relativamente a quella che qui è stata definita come comunicazione istituzionale, e del Trattato, in particolare dell'articolo 109b (3), oggi 284, paragrafo 3, TFUE, relativamente al fatto che «*il Presidente della BCE e gli altri membri del Comitato esecutivo possono essere ascoltati dai componenti dei comitati del Parlamento europeo, sia per loro autonoma iniziativa sia su richiesta*»^[63]. Infine, e in aggiunta rispetto a quanto specificato l'anno precedente, con il 1998 la BCE richiama l'attenzione sull'apertura ai visitatori, 3500 per l'anno in questione. Risulta evidente l'ampia attenzione che sin da subito la Banca centrale europea ha dato al tema della comunicazione istituzionale esterna e inter-istituzionale, un'attenzione proseguita negli anni e che con il Rapporto del 1999 vede ulteriori novità.

Il Rapporto annuale del 1999, nel quale è mutata in maniera sostanziale la struttura rispetto all'anno precedente, vede un intero capitolo, il decimo, dedicato alla comunicazione e in particolare a quella che viene definita «*l'informazione al pubblico e la responsabilità per il proprio operato*». Il capitolo si articola su due temi «*la politica di informazione della BCE e i suoi strumenti*» e la «*responsabilità per il proprio operato*». Lo stesso spazio dedicato al tema della comunicazione e ancor più il modo di affrontarlo sono indicatori di più elementi. Risulta evidentemente superato come tema centrale l'avvio della Terza fase e la Banca centrale dimostra nuovamente una mutata attenzione al tema della comunicazione, non più una mera attività rivolta in senso lato verso l'esterno, ma una più strutturata politica di informazione che si lega ancora una volta con la responsabilità della BCE. Emerge inoltre come tema nuovo tutto quanto concerne l'introduzione dell'euro; la BCE dedica così una parte del proprio Rapporto alla descrizione della campagna «*Euro 2002*» il cui scopo è offrire le informazioni «*in vista dell'introduzione delle banconote e monete in euro il 1° gennaio del 2002*»^[64]. Per quanto concerne specificamente il capitolo dedicato all'informazione del pubblico e alla responsabilità, al di là dal già citato, e comunque significativo, mutamento della forma di questa parte, dal punto di vista contenutistico i cambiamenti sono legati ad una maggiore articolazione dei temi già trattati nel rapporto del 1998 e all'introduzione di nuovi riferimenti ai Working Papers prodotti dalla BCE, al ruolo dei mezzi di informazione europei e

del sito internet al quale sono attribuiti effetti di moltiplicazione delle informazioni ritenuti importanti^[67]. Un ultimo aspetto da richiamare è l'attenzione che la BCE riferisce al rispetto degli obblighi derivanti dallo Statuto e dal Trattato e l'importanza attribuita al legame tra indipendenza e responsabilità nei confronti dei cittadini in generale e del Parlamento europeo in particolare.

Con il Rapporto annuale del 2000 la Campagna di informazione «*Euro 2002*» sembra divenire il tema principale della comunicazione della BCE in aggiunta alla componente ordinaria. Lo spazio dedicato alla Campagna è infatti aumentato rispetto all'anno precedente ed essa è descritta più dettagliatamente^[68]. Relativamente allo spazio dedicato alla comunicazione ordinaria, essa torna ad essere definita, come nel 1998, «*attività di comunicazione esterna*» ed è, come nel 1999, connessa alla responsabilità della BCE per il proprio operato. Il capitolo dedicato al tema è tuttavia piuttosto mutato nei contenuti, rispetto ai quali, oltre ai temi già inseriti dagli anni precedenti, si aggiungono la necessità, per una banca centrale nuova come è la BCE, di avere un'intensa attività di comunicazione; necessità che è ancor più presente in relazione al contesto multilingue e multiculturale nel quale la BCE opera^[69]. Nel Rapporto annuale del 2000 è inoltre inserito un riferimento esplicito alla necessità di coerenza della comunicazione verso l'esterno^[70], un aspetto che, come ricordato in relazione al “cacophony problem”, risulta ancor oggi fondamentale. Il Rapporto in esame vede poi un riferimento al nuovo strumento di divulgazione di natura scientifica introdotto quell'anno, gli Occasional Papers, rivolti, a differenza dei Working Papers, ad un pubblico più ampio e anche meno specializzato. Ancor più significativi rispetto all'anno precedente, i mutamenti per il secondo paragrafo, dedicato nel 2000 allo «*scambio di informazioni e di opinioni con il Parlamento*», e non più ad una generica «*responsabilità per il proprio operato*» e nel quale il rapporto tra le due istituzioni non viene trattato solo dal punto di vista degli obblighi formali, ma facendo luce anche su «*la posizione della BCE su alcune questioni specifiche sollevate durante gli incontri con il Parlamento europeo*»^[71].

Per quanto concerne il Rapporto annuale del 2001, esso risulta essere piuttosto simile a quello dell'anno precedente sia nella forma che nella sostanza. Sono assolutamente confermati i riferimenti alla Campagna «*Euro 2002*» così come quelli alla politica di comunicazione ordinaria sia istituzionale che non. Unica differenza di rilievo rispetto all'anno precedente è l'introduzione di un focus

“annual based” declinato in un sotto-paragrafo dedicato agli «*aspetti importanti della comunicazione nel 2001*»^[72].

Con l'introduzione dell'euro, il primo gennaio, la Campagna di informazione «*Euro 2002*» che nei tre anni precedenti aveva visto uno spazio dedicato all'interno del capitolo atto a chiarire i passi della produzione, sostituzione e introduzione di banconote e monete giunge al termine e perde dunque una sezione dedicata. Nel Rapporto annuale del 2002 i riferimenti alla Campagna sono inseriti nel capitolo, che ormai possiamo definire canonico, sulla «*attività di comunicazione esterna e la responsabilità per il proprio operato*»^[73]. Il capitolo resta, dal punto di vista della forma e del contenuto, sostanzialmente invariato rispetto all'anno precedente e dunque trovano conferma i riferimenti agli obiettivi e agli strumenti, ai quali tuttavia si aggiungono le consultazioni pubbliche introdotte in quell'anno^[74]. Trovano altresì conferma il focus “annual based” sugli «*argomenti importanti nella comunicazione nel 2002*» e il riferimento, in parte più marcato rispetto agli anni precedenti, al rapporto di collaborazione con le banche centrali nazionali anche in tema di comunicazione.

Il Rapporto annuale del 2003, come quelli degli anni precedenti, vede tra i punti trattati in tema di comunicazione quello della collaborazione tra la BCE e le banche centrali nazionali, una relazione che, strutturata nell'ambito formale del SEBC, deve declinarsi anche rispetto a quella che potremmo definire come la nuova sfida comunicativa che la BCE delinea nel Rapporto: l'imminente allargamento del 2004^[75]. Il rapporto annuale del 2003 può essere definito sotto molteplici punti di vista un Rapporto di mutamento e transizione, in questo senso, tra gli elementi degni di nota si può certamente annoverare il passaggio di testimone tra Willem Duisenberg e Jean-Claude Trichet alla presidenza e la nuova veste grafica del Rapporto stesso. Soprattutto, però, forse complice la nuova presidenza, è da citare il mutato focus del capitolo dedicato al tema della comunicazione^[76], con la trattazione separata del tema della «*responsabilità per il proprio operato*»^[77], affrontato in un capitolo a sé stante e declinato in due paragrafi, uno relativo alla responsabilità nei confronti dei cittadini e l'altro nei confronti del Parlamento europeo. Il capitolo sulla comunicazione vede invece la trattazione dei temi che da diversi anni la BCE illustra in quella sezione, ovvero obiettivi e strumenti. Nel capitolo, il paragrafo dedicato alla responsabilità, trattata in maniera distinta, è stato “sostituito” con un paragrafo dal focus

“annual based” riservato a «*le tematiche dell’attività di Comunicazione nel 2003*»^[79] ; un tema inserito nel Rapporto a partire dal 2001, quando venne trattato in un sotto-paragrafo, e che sembra aver assunto, in due anni, una rilevanza maggiore.

Tale rilevanza, che potrebbe risultare in linea con il fatto che, dopo la sua nascita e i primi anni, l’attività della banca centrale si sia normalizzata e dunque essa tratti il tema degli eventi rilevanti avvenuti ogni anno in uno spazio appositamente dedicato, non trova tuttavia conferma nel Rapporto annuale del 2004, dove il paragrafo destinato alle tematiche dell’attività di comunicazione dell’anno non viene inserito e i paragrafi del capitolo dedicato alla comunicazione si riducono a quelli relativi alla politica e alla attività in materia^[79] . In essi trova conferma la ricognizione degli strumenti e degli obiettivi di comunicazione, nonché quella relativa al rispetto degli obblighi cui la BCE deve adempiere alla luce del Trattato e dello Statuto e al di là dei quali «*ai fini della trasparenza e della responsabilità del proprio operato nei confronti dei cittadini europei e dei loro rappresentanti eletti, la BCE pubblica anche altri documenti in tutte le lingue ufficiali*»^[80] . Tra le novità annoverate nel capitolo vi sono poi due nuovi strumenti di comunicazione: l’*International Journal of Central Banking* lanciato dalla BCE insieme con la Banca dei Regolamenti Internazionali (BRI) e alle banche centrali del G10^[81] e il sistema informativo automatizzato «*in grado di offrire dati in tempo reale a varie agenzie di stampa che presentano sui propri schermi pagine sui tassi di interesse di riferimento della BCE, sulle operazioni di mercato e sulle condizioni di liquidità nell’area dell’euro*»^[82] . Il Rapporto del 2004 dà inoltre conto del fatto che dal dicembre dell’anno «*la comunicazione relativa alle decisioni diverse da quelle di politica monetaria è stata ulteriormente migliorata [...] grazie alla prassi della pubblicazione mensile delle stesse sui siti Internet delle banche centrali dell’Eurosistema*»^[83] . Trova infine conferma anche nel Rapporto 2004 la trattazione in un capitolo disgiunto del tema della responsabilità.

La struttura assunta dal capitolo sulla comunicazione a partire dal 2004 resta confermata per tutto il mandato di Trichet alla presidenza, dunque sino al Rapporto annuale del 2010, così come resta distinta per tutto il periodo la trattazione di tale capitolo rispetto a quello sulla responsabilità per il proprio operato, che comunque comprende una parte di esposizione anche sulla comunicazione e sulla sua relazione con l’indipendenza delle banche centrali e la

necessità di dare informazioni ai cittadini e ai loro organi rappresentativi; un compito rispetto al quale la BCE ribadisce ogni anno di andare anche al di là degli obblighi che le derivano dai Trattati. Dal punto di vista contenutistico, i sei Rapporti in questione risultano piuttosto simili e per certi aspetti persino identici, anche se restano da segnalare alcune differenze relative a singoli elementi, programmi e novità introdotti di anno in anno come ad esempio gli strumenti didattico-informativi (2005 e 2010), la visibilità on-line della conferenza stampa mensile (2005) e le campagne informative (2006, 2007, 2008 e 2010) per i Paesi che di anno in anno sono entrati nell'area dell'euro. Si tratta di questioni che non hanno modificato sensibilmente i contenuti della politica di informazione, i cui obiettivi, priorità e strumenti sono sostanzialmente stati riconfermati di anno in anno, quasi a testimoniare, almeno a guardare i Rapporti annuali, lo scorrere di sette anni nei quali, per ragioni endogene dovute allo stabilizzarsi del ruolo della BCE, non si è sentita la necessità di particolari mutamenti né di prospettiva nell'analisi né negli strumenti di fatto utilizzati. All'interno di questo quadro stabile è tuttavia necessario segnalare un elemento esogeno, già al centro di significative attenzioni come testimoniano anche queste pagine, che a partire dal 2008 ha impattato sulle priorità e sugli obiettivi, e in parte sugli strumenti, comunicativi della BCE: la crisi finanziaria ed economica. Dal Rapporto annuale 2008, e in una forma piuttosto simile sino al 2012, infatti, all'interno del capitolo dedicato all'attività di comunicazione esterna compare un capoverso nel quale si evidenzia che *«le attività di comunicazione della BCE [...] sono state mirate soprattutto a spiegare gli eventi e le conseguenze delle turbolenze finanziarie (definizione sostituita con quella di «crisi finanziaria ed economica» nel 2009^[84], 2010^[85] e nel 2011^[86]) mondiali/e nonché le misure adottate dalla BCE e dall'Eurosistema»^[87]*. Lo stesso capoverso, anno dopo anno, richiama la centralità della tematica nei discorsi dei membri del Comitato esecutivo nonché la marcata attenzione degli osservatori più disparati sul tema; per giungere agli specifici interventi di comunicazione sviluppati sulla crisi e sugli strumenti posti in essere per fronteggiarla.

Ancorché il tema della crisi resti al centro della attività di comunicazione anche nel 2011 e dunque del Rapporto annuale di quell'anno, tale Rapporto può essere definito, al pari di quello del 2003, di mutamento e transizione, a partire dalla constatazione del cambio al vertice della BCE con il passaggio della presidenza da

Jean-Claude Trichet a Mario Draghi per giungere, forse in conseguenza a quel cambio, ad un nuovo mutamento strutturale nel capitolo sino all'anno precedente dedicato all'attività di comunicazione esterna. Con il 2011, infatti, tale capitolo torna ad essere dedicato alla «attività di comunicazione esterna e la responsabilità per il proprio operato»^[88]. Il titolo torna ad essere quello che il capitolo aveva nel Rapporto annuale del 2002 e viene cancellata la distinzione in due capitoli l'uno dedicato alla responsabilità e l'altro alla comunicazione che vengono "sommati" in un unico capitolo diviso in tre paragrafi intitolati: «la responsabilità per il proprio operato e la politica di comunicazione», «la responsabilità per il proprio operato nei confronti del parlamento europeo» e «l'attività di comunicazione». Dal punto di vista del contenuto, il primo paragrafo ripercorre sostanzialmente i punti che negli anni precedenti erano compresi nel primo paragrafo del capitolo, dedicato alla responsabilità, e in quello dedicato alla comunicazione ovvero il tema del rapporto tra indipendenza e necessità di rendere conto, il richiamo agli obblighi derivanti dal Trattato e gli impegni ulteriori che la BCE si assume rispetto alla comunicazione oltre ad alcuni riferimenti agli strumenti di quest'ultima^[89]. Il secondo paragrafo^[90] riprende invece i contenuti che nei Rapporti degli anni precedenti erano annoverati all'interno di quello dedicato alle «questioni specifiche sollevate durante gli incontri con il parlamento europeo». Il terzo paragrafo, infine, contiene quanto negli anni precedenti era stato illustrato nel paragrafo dallo stesso titolo del capitolo su «l'attività di comunicazione esterna» ovvero obiettivi, strumenti e attività della comunicazione esterna svolta durante l'anno. Tra le novità specifiche del 2011 viene ad esempio citato il lancio del concorso *Generation Euro Students' Award* per gli studenti delle scuole secondarie nell'area dell'euro^[91], tuttavia, ancora una volta, il tema principale della parte del Rapporto dedicata alla comunicazione, così come della stessa attività di informazione esterna, resta la crisi finanziaria ed economica. Come nell'anno precedente, la BCE sottolinea che «le attività di comunicazione [...] nel 2011 sono state mirate a spiegare gli eventi e le conseguenze della crisi finanziaria ed economica mondiale» ma a questo aggiunge che ciò è avvenuto «soprattutto per quanto concerne la crisi del debito sovrano in Europa e le misure decise dal Consiglio direttivo e attuate dall'Eurosistema»^[92]. Sempre in linea con l'anno precedente, il Rapporto annuale fa poi riferimento al fatto che sia i discorsi dei membri del Comitato esecutivo che le richieste di informazioni

hanno riguardato in massima parte il tema della crisi e che la BCE ha continuato ad offrire informazioni anche relative al Comitato europeo per il rischio sistemico. In relazione all'informazione sulla crisi, la Banca centrale riferisce che *«nel novembre 2011 sul sito Internet della BCE è stato messo a disposizione un calendario che riporta le date fondamentali della crisi finanziaria. L'intento è di soddisfare la forte esigenza di informazioni avvertita dai mass media e dai cittadini in merito all'evoluzione della crisi»*^[93]. Anche per il 2011 il tema dominante per quanto riguarda le comunicazioni, ma anche relativamente alle azioni della BCE, è dunque stato quello della crisi finanziaria ed economica. I mutamenti strutturali nel Rapporto annuale - probabilmente legati alla nuova Presidenza e forse volti a delineare un diverso modo di intendere la relazione tra responsabilità e comunicazione, una relazione inscindibile e dunque da trattare in maniera compatta e non in due capitoli distinti ancorché correlati - non hanno tuttavia riguardato in maniera particolare i contenuti che, fatte salve alcune inevitabili specificazioni "annual based", sono rimasti piuttosto simili.

Allo stesso modo, anche il Rapporto del 2012 è simile, e per certi tratti identico, a quello dell'anno precedente. Nel 2012 restano confermati la struttura e i contenuti del capitolo riservato a *«l'attività di comunicazione esterna e la responsabilità per il proprio operato»*^[94] così come si conferma al centro dell'attività della BCE lo sviluppo di risposte alla crisi, rispetto alla quale la Banca centrale specifica che *«anche nel 2012 le attività di comunicazione della BCE si sono concentrate sull'interpretazione degli eventi e delle conseguenze della crisi finanziaria ed economica mondiale, soprattutto per quanto concerne la crisi del debito sovrano in Europa e le connesse misure decise dal Consiglio direttivo. I discorsi tenuti in pubblico dai membri del Comitato esecutivo sono stati dedicati in gran parte a queste tematiche, al pari delle attività di comunicazione svolte dagli esperti della BCE nei paesi sottoposti a programmi ufficiali di aggiustamento o che hanno richiesto l'assistenza della BCE, in raccordo con la Commissione europea e l'FMI. Anche i quesiti e le richieste di notizie provenienti dai mezzi di informazione, dal pubblico e dai visitatori della BCE hanno riguardato gli stessi temi»*. Inoltre, la Banca centrale afferma che *«fra gli argomenti ricorrenti dell'attività di comunicazione della BCE vanno annoverati l'unione bancaria e l'assunzione da parte della BCE di compiti connessi alla vigilanza delle banche nell'area dell'euro»*^[95] ovvero le due tematiche che hanno in buona misura

caratterizzato il dibattito sulla e nella BCE durante l'anno. Relativamente ai temi, risulta poi importante per l'anno 2012, anche se in maniera non comparabile rispetto alla crisi, l'attività di comunicazione circa l'introduzione della seconda serie di banconote in euro^[96]. Assumono inoltre rilevanza, e per la prima volta vengono citati nel Rapporto annuale, i mezzi di comunicazione social sui quali la BCE è presente, in particolare Twitter e YouTube^[97].

Per quanto concerne il Rapporto annuale 2013, fatti salvi ancora una volta gli aspetti strutturali che trovano assoluta conferma e alcuni elementi "annual based", quali ad esempio la campagna informativa per il passaggio all'euro in Lettonia^[98], risulta in buona misura mutato il tema principale della comunicazione verso l'esterno della BCE. Con il 2013, infatti, non è più centrale il tema della crisi finanziaria ed economica di per sé, ma assumono rilevanza *«le attività di comunicazione svolte dalla Banca [che] hanno continuato a concentrarsi sull'orientamento accomodante della propria politica monetaria, sugli sforzi intesi a mantenere condizioni di abbondante liquidità per il settore bancario e sul rafforzamento della governance e del funzionamento dell'area dell'euro»*^[99]. Parimenti, al centro dell'attività di comunicazione viene posto il tema della vigilanza prudenziale degli enti creditizi e in particolare tutto quanto concerne il Meccanismo di vigilanza unico^[100], al centro dell'attività della BCE è posta dunque l'informazione circa l'orientamento di più lungo periodo assunto dalla Banca centrale a partire dalla crisi e un intervento in parte sorto dalla crisi ma di natura strutturale.

Per ciò che riguarda il Rapporto annuale 2014, sono molteplici, e a tratti profondi, i mutamenti da segnalare, a partire da quelli nella veste grafica del Rapporto, sino ad arrivare alla struttura complessiva di quest'ultimo, costruito su 2 macro capitoli in sostituzione dei diversi capitoli degli anni precedenti. Ciò che è più interessante considerare, tuttavia, sono i mutamenti di contenuto nella parte dedicata alla comunicazione e trattata nel paragrafo intitolato *«l'attività di comunicazione esterna»* del capitolo 2, relativo ad *«altri compiti e attività»*. Rispetto al 2013, e in generale rispetto a quanto accadeva negli anni precedenti, lo spazio dedicato alla comunicazione vede il legame tra questa e la responsabilità in parte allentato o, più probabilmente, esso viene considerato come ormai assodato e consolidato così da poterne fare menzione passando in rassegna gli strumenti della politica di comunicazione nel breve paragrafo dedicato a

«*Responsabilità per il proprio operato e trasparenza: attuare i principi guida della comunicazione della BCE*». Si tratta, appunto, di un paragrafo nel quale vengono rapidamente descritte le attività di comunicazione implementate durante l'anno. Esso è però particolarmente interessante ad una lettura a posteriori in quanto cita “*principi guida della comunicazione*” che verranno definiti solo negli anni successivi. Mutato, in quanto assente, è altresì il riferimento al rapporto tra indipendenza delle banche centrali e trasparenza del loro operato, quasi che, dopo più di un decennio in cui quel concetto è stato ribadito, esso debba essere considerato come stabile e che dunque, pur mantenendovi fede, si possa andare oltre, specie se spinti da esigenze nate come congiunturali, ma che hanno assunto natura strutturale. In questo senso, l'evoluzione che assume la comunicazione fa sì che essa non venga più soltanto descritta come un'attività che «*mira a promuovere una migliore comprensione da parte del pubblico delle proprie politiche e decisioni [essendo altresì] parte integrante della politica monetaria della BCE e delle altre funzioni esercitate dalla Banca*»^[101], ma che sia ormai divenuta «*uno dei cardini della politica monetaria; di fatto, [...] uno strumento di politica monetaria*»^[102]. Tale strumento, proprio in quanto tale, non è più da intendersi soltanto come qualcosa attraverso cui “dare conto”, ma diviene utile allo scopo di orientare le aspettative; perché «*se il pubblico e i mercati finanziari capiscono quale possa essere la risposta della BCE a una determinata situazione, possono formarsi aspettative ragionevoli in merito alla politica monetaria futura*»^[103], rendendo quest'ultima più facilmente trasmissibile e rapidamente modificabile in modo efficace^[104]. A questo mutamento strutturale nella prospettiva sulla comunicazione si aggiungono i cambiamenti sui temi centrali nell'anno in questione, in particolare l'«*esigenza di comunicare la politica monetaria in periodi difficili e di costruire il Meccanismo di vigilanza unico (MVU)*»^[105]. Temi che tuttavia si pongono in linea con il 2013. Fatti salvi questi elementi, il Rapporto annuale 2014 cita, in maniera canonica, gli strumenti di cui si avvale la BCE, con particolare attenzione a quelli on line, dal sito internet dedicato alla Vigilanza bancaria al sito internet della stessa banca centrale, sino ai social media, in particolare YouTube, Flickr e Twitter, rispetto al quale dal 2013 i follower sono raddoppiati da 100.000 a 200.000^[106].

Il Rapporto annuale BCE 2015 porta con sé, innanzitutto, un mutamento nella modalità di presentazione, che verrà confermato negli anni successivi: esso non è

più disponibile “soltanto” in versione PDF, ma viene offerto anche in una versione ottimizzata all’interno dello stesso sito della Banca centrale europea. Come nell’anno precedente, i contenuti vengono divisi in due macro capitoli e la parte dedicata alle attività di comunicazione esterna è inserita tra le gli «*altri compiti e attività*». Oltre alla descrizione delle attività implementate durante l’anno, alcune particolarmente significative, come nel caso della pubblicazione dei resoconti delle riunioni di politica monetaria, con l’obiettivo di aiutare a «*comprendere meglio la valutazione degli andamenti economici da parte del Consiglio direttivo e le sue risposte sul piano delle politiche*»^[107], nel Rapporto vengono nuovamente citati i principi guida della comunicazione esterna, che mirano a salvaguardarne l’integrità. Tali principi sono resi disponibili e vengono giustificati ai sensi dell’articolo 8 del Codice di condotta per le alte cariche della Banca centrale europea relativo ai rapporti con i gruppi di interesse. I principi sono relativi in particolare alle interazioni e alle partecipazioni dei membri di organi di alto livello della BCE e supplenti con il settore privato, l’accademia, i gruppi di interesse, le associazioni di rappresentanza e gli esponenti della società civile. Il Rapporto del 2015 è altresì la sede di una riflessione generale sulla comunicazione della BCE, che ne descrive rapidamente la genesi e ne delinea i tratti essenziali, evidenziando, ad esempio, che «*la comunicazione rappresenta uno strumento indispensabile per sostenere l’efficacia della politica monetaria della BCE e promuovere la fiducia tra i cittadini dell’area dell’euro*»^[108]. Inoltre, si richiama il fatto che «*negli anni successivi allo scoppio della crisi finanziaria è divenuto ancor più importante per la BCE spiegare con chiarezza e trasparenza le proprie decisioni di politica monetaria, che hanno incluso anche una serie di misure non convenzionali. Se il pubblico e i mercati finanziari capiscono quale possa essere la risposta della BCE a una determinata situazione, possono formarsi aspettative ragionevoli in merito alla politica monetaria futura. Quanto migliore è la comprensione, tanto più rapidamente le modifiche della politica monetaria si riflettono sulle variabili finanziarie. Ciò può accelerare la trasmissione della politica monetaria alle decisioni di investimento e di consumo e far sì che aggiustamenti economici eventualmente necessari si concretizzino con maggiore rapidità*»^[109].

L’attività di comunicazione esterna descritta nel Rapporto annuale 2016 riprende brevemente le iniziative dell’anno, con particolare riferimento a quelle divulgative

e alla digitalizzazione. Rispetto a quest'ultima, oltre alle attività del sito internet, compresa la fruizione di eventi in streaming, si richiama la presenza della BCE sulle piattaforme social "consuete": Twitter, YouTube e Flickr, alle quali si aggiunge la presenza di un account LinkedIn a cui sono iscritte circa 43.000 persone.

Con il 2017, ultimo anno nel quale è disponibile on-line una versione PDF in tutte le lingue del Rapporto, che per il 2018 e 2019 viene riportato in tutte le lingue nella versione integrata nel sito internet e in inglese nella versione in PDF, muta nuovamente la struttura del documento. La prefazione a cura del Presidente, presente sin dal Rapporto annuale del 1994, a partire dal quale aveva preso il posto dell'introduzione, viene sostituita da una sezione, parimenti a firma del Presidente della BCE, dedicata a «*L'anno in sintesi*» e seguita da un approfondimento su «*L'anno in cifre*» costruito con una veste grafica con icone e testo. Anche le due sezioni del Rapporto vengono superate da una sezione unica dedicata a «*Le politiche e le attività della BCE nel contesto economico e finanziario del 2017*». Tra i capitoli di tale sezione è presente anche quello dedicato alle attività di comunicazione esterna, che viene a sua volta distinto in due paragrafi: «*La comunicazione al centro della politica della BCE*» e «*Migliorare la divulgazione*». Il primo paragrafo dà conto, in particolare, della conferenza - la prima di questo genere - organizzata nel 2017 dalla BCE sul tema della comunicazione delle banche centrali. Una conferenza che, sintetizza il Rapporto, ha riunito banche centrali, mondo politico, mezzi di informazione, mercati finanziari e mondo accademico. Da quella conferenza sono emersi alcuni messaggi chiave, sintetizzati nel Rapporto, che danno conto delle prospettive sul tema. In particolare: «*la comunicazione non può sostituire una buona policy*»; «*la comunicazione in quanto strumento esplicito di politica monetaria, come nel caso delle "indicazioni prospettiche", si è rivelata efficace e di successo e sarà fra gli strumenti a disposizione della BCE anche per il futuro*»; «*le banche centrali devono impegnarsi in una comunicazione vera, a due direzioni, per evitare di trovarsi ad ascoltare l'eco della propria voce*»; «*le banche centrali devono andare oltre l'ambito a loro familiare dei mercati, degli esperti e dei mezzi di informazione specializzati e raggiungere un pubblico nuovo con modalità innovative*»^[110]. Il paragrafo sulla divulgazione contiene, in particolare, una descrizione del Centro visitatori della BCE e delle sue attività, nonché le iniziative

messe in campo durante l'anno, con particolare riferimento ai giovani e all'impegno digitale della BCE, tra social media e sito internet, del quale viene in particolare descritta la sezione dedicata a *«Facciamo chiarezza»*, volta a dare risposte a questioni complesse sulle policy della stessa banca centrale.

Il Rapporto annuale del 2018, l'ultimo della presidenza di Mario Draghi, disponibile in tutte le lingue solo sul sito internet, ha mantenuto le macro caratteristiche strutturali dell'anno precedente, anche se con il superamento nominale della sezione unica. Il paragrafo dedicato alla comunicazione muta invece il proprio titolo, che diviene *«Potenziare la comunicazione»*. Inoltre, il tema viene trattato in maniera maggiormente diffusa nel Rapporto, trovando spazio, ad esempio, anche in un paragrafo del capitolo dedicato alle *«Statistiche»* intitolato *«Maggiore trasparenza e migliore comunicazione»*. Per quanto concerne il capitolo dedicato a *«Potenziare la comunicazione»*, in esso vengono ribadite le caratteristiche assunte nel tempo dalla comunicazione come *«elemento fondamentale della politica monetaria, fino a trasformarsi in un vero e proprio strumento»*^[111] e al contempo si richiama l'impegno a rivolgersi a una platea sempre più ampia con particolare attenzione ai giovani ai quali sono state rivolte ulteriori specifiche iniziative. Nel Rapporto 2018 si fa inoltre menzione di alcune iniziative rivolte a imprese e comunità locali, con particolare riferimento a una visita di un membro del Comitato esecutivo nella *«Francia rurale»* per incontrare politici, operai e studenti.

Il Rapporto annuale BCE 2019, il primo della presidenza Lagarde e, a oggi, l'ultimo disponibile sul sito internet della Banca centrale, ha mantenuto la struttura dell'anno precedente. Il capitolo dedicato a *«Potenziare la comunicazione»* è stato però suddiviso in due parti *«Innovazione nelle attività di comunicazione della BCE»* e *«Analisi dei dati per migliorare l'impatto della comunicazione della BCE»*. Nel capitolo si conferma la rilevanza della comunicazione come strumento di policy e la concomitante necessità di un suo utilizzo anche con il grande pubblico, in particolare con il coinvolgimento dei giovani, ai quali vengono rivolte nuove iniziative, tra cui, ad esempio, un podcast mensile. La Banca centrale dà inoltre conto di essersi cimentata con iniziative di comunicazione che esulano dalle operazioni di politica monetaria, ma sono importanti per la BCE e la popolazione dell'area dell'euro. Ad esempio, una pagina internet sul cambiamento climatico. Innovativa la parte sull'analisi di

impatto, che rende conto di un'attività di verifica sull'efficacia della comunicazione. In tema di approfondimento e ricerca sulla propria comunicazione, la sezione evidenzia poi che «*la BCE ha avviato e copresiede una specifica rete di coordinamento, il Research and Policy Network on Central Bank Communication, istituito in seno al Centre for Economic Policy Research*»^[112].

L'analisi di come la comunicazione è stata trattata nei Rapporti annuali della BCE permette di vedere come il tema, che ha costituito una delle premesse su cui la BCE è stata fondata, in ragione del suo intimo legame con l'indipendenza e la necessità di rendere conto, nonché con la necessità di rendere più efficace la politica monetaria, abbia di fatto vissuto un cospicuo rafforzamento nel tempo, tanto da essere considerato oggi non più soltanto come uno strumento di ausilio alla politica monetaria, ma come un vero e proprio strumento di tale politica. Passando in rassegna i Rapporti annuali si ha conferma del fatto che l'evoluzione nel tempo della politica di comunicazione delle BCE non è avvenuta con bruschi cambi di direzione^[113]. Pur potendosi riscontrare sia mutamenti relativi a come la BCE ha interpretato la comunicazione, sia a come ha voluto, o dovuto a causa di fattori esogeni, comunicare. Infatti, tali cambiamenti sono sempre avvenuti in maniera fluida, quasi a conferma del fatto che, qualsiasi priorità essa debba gestire - come le crisi succedutesi nel tempo - o qualsiasi mutamento avvenga nel suo punto di vista - come sembra sia accaduto nei passaggi tra un presidente e l'altro - la BCE voglia e debba restare ancorata ad alcuni principi cardine. Tra questi vi sono, ad esempio, il legame tra indipendenza e necessità di rendere conto, la necessità di utilizzare una chiara comunicazione per rendere più efficiente ed efficace la politica monetaria, la volontà di dare piena attuazione agli obblighi di comunicazione derivanti dai Trattati e dallo Statuto e di andare anche oltre a tali obblighi offrendo spiegazioni ulteriori a quelle richieste, il ruolo delle BCN, gli strumenti utilizzati per comunicare, la volontà di offrire spiegazioni specifiche ai giovani, ai nuovi Paesi che adottino l'euro o su questioni specifiche come la crisi economica e finanziaria e gli strumenti che da essa sono sorti. La conseguenza dell'adesione a tali principi in tema di comunicazione ha fatto e fa sì che le scelte della Banca centrale siano tanto trasparenti da essere quanto più prevedibili possibile, anche nel lungo periodo, e di conseguenza tanto più efficaci, anche nel caso di cambiamenti congiunturali.

8. Dalla BCE ad un Esecutivo nazionale, deduzione sulla comunicazione del Governo Draghi

L'analisi della comunicazione della Banca centrale europea in un orizzonte storico e con particolare riferimento al periodo di Presidenza di Mario Draghi, può essere utile per delineare alcune deduzioni sulla comunicazione dell'Esecutivo italiano guidato dallo stesso Draghi, che, secondo diversi osservatori^[114], ha sin da subito assunto caratteristiche peculiari sotto il profilo della comunicazione.

Mario Draghi ha ricevuto dal Presidente della Repubblica, Sergio Mattarella, l'incarico di formare il Governo mercoledì 3 febbraio 2021. Dopo l'incontro con il Capo dello Stato, il Presidente incaricato ha rilasciato alla stampa le dichiarazioni di rito, nelle quali ha detto di aver accettato con riserva. A seguito del punto con i quirinalisti, Draghi non ha a lungo rilasciato dichiarazioni, né attraverso i media, né per mezzo dei social.

Alla mancanza di dichiarazioni si è affiancato lo svolgimento solerte delle attività legate all'incarico assunto con riserva: consultazioni dei partiti politici e dei gruppi parlamentari e confronto con le parti sociali. Attività seguite con la massima attenzione dalla stampa e in relazioni alle quali osservatori e cittadini hanno avuto informazioni sui contenuti dei colloqui dalle dichiarazioni degli interlocutori del già Presidente della BCE. Dichiarazioni dalle quali sono emersi spunti e indicazioni programmatiche di ordine generale e una convergenza della maggioranza delle forze politiche nel sostenere l'Esecutivo guidato da Draghi.

In questo percorso, dal primo incontro ufficiale al Quirinale del 3 febbraio allo scioglimento della riserva il 12, giorno in cui Mario Draghi è apparso davanti alla stampa per elencare i Ministri del Governo da lui guidato, l'iter di formazione del nuovo Esecutivo ha assunto, anche sul fronte della comunicazione, alcuni profili peculiari, in certi casi assimilabili a quelli che hanno caratterizzato l'avvio dell'esperienza del Governo guidato da Mario Monti: un "tecnico" chiamato a formare l'Esecutivo, massima attenzione a non far filtrare troppe informazioni, rallentamento della dimensione di politics del confronto partitico, attesa per le decisioni assunte. Caratteristiche in parte note, che non hanno impedito, però, che sui social media e sui quotidiani^[115] crescesse un certo interesse su di una comunicazione dalle caratteristiche nuove per molti osservatori.

Le caratteristiche peculiari delle modalità iniziali di comunicazione di Mario Draghi come Presidente del Consiglio dei Ministri e del suo Esecutivo appaiono più intelleggibili se lette alla luce dell'esperienza dello stesso Draghi come banchiere centrale e in particolare in relazione agli anni trascorsi alla BCE. Non solo perché, come ricorda Nicolas Véron, cofondatore del think tank Bruegel e ricercatore al Peterson Institute for International Economics di Washington, durante la sua guida della BCE «è stato un eccellente comunicatore nei confronti dei mercati»^[116], ma anche e soprattutto perché proprio da Presidente dell'Eurotower, Mario Draghi ha fatto della comunicazione uno strumento centrale delle attività di central banking, tanto da renderla un vero e proprio strumento di politica monetaria e non solo un mezzo per veicolare le scelte assunte. L'apice di questa azione, è noto e lo si è già richiamato, si è certamente avuto a Londra, nel luglio del 2012, con il «*within our mandate, the ECB is ready to do whatever it takes to preserve the euro. And believe me, it will be enough*», che ha avuto immediati e duraturi effetti sui mercati, così significativi da far affermare a molti osservatori che con quella frase Draghi salvò l'euro. Tuttavia, quanto accaduto in quella sede è solo l'esempio più eclatante della strategia di medio e lungo periodo che ha caratterizzato la comunicazione della BCE guidata da Draghi e che è stata qui ripercorsa. Una strategia che trova le proprie origini nella storia delle modalità di comunicazione delle banche centrali e che ha avuto una svolta nell'ambito della comunicazione e della possibilità di implementazione delle misure anticrisi. Un insieme di temi che consente di delineare alcune deduzioni sulla strategia comunicativa del Presidente del Consiglio e del suo Esecutivo. Naturalmente, le condizioni nelle quali si è formato il Governo Draghi, le sue caratteristiche e le dinamiche che animano la vita e la comunicazione politica avranno un'influenza centrale nella comunicazione implementata dall'Esecutivo: ne sono una prova le prime vicende comunicative avvenute nei giorni dopo l'insediamento, con le prime prese di posizione distinte tra i componenti dell'Esecutivo e la prima nota stampa di Palazzo Chigi volta ad affermare, il 14 febbraio, che «*la decisione di non riaprire gli impianti sciistici a causa del rischio di maggiore trasmissibilità del virus legato alla variante inglese è stata adottata in base alle informazioni fornite dal Cts e condivisa dal Governo e dal presidente del Consiglio*»; tuttavia, anche se il contesto è “nuovo”, è possibile provare a dedurre alcuni tratti della comunicazione che imposterà il neo

Presidente del Consiglio alla luce dell'esperienza alla guida della Banca centrale europea. In base alle caratteristiche assunte dalla comunicazione della BCE durante la guida di Mario Draghi, è possibile immaginare che quest'ultimo imposterà per il suo Esecutivo una comunicazione "genuinamente collegiale", con la quale mirerà a minimizzare le divergenze di vedute anche per evitare il cosiddetto "cacophony problem", ovvero la proposta al pubblico di messaggi espressi da un numero eccessivo di voci, magari contrastanti tra loro. In linea con una comunicazione genuinamente collegiale, questa avrà probabilmente un elevato grado di programmazione. Un certo grado di libertà alle comunicazioni individuali verrà lasciato nei casi in cui si debba essere flessibili o tempestivi così come per anticipare alcune decisioni future.

Sul fronte dei contenuti, l'impostazione di Draghi potrà essere orientata a comunicare obiettivi e strategie nell'ambito delle prospettive di contesto rispetto alle quali essi verranno assunti. Inoltre, saranno al centro della comunicazione le decisioni assunte, che, con tutta probabilità, verranno gradualmente anticipate in modo da evitare di spiazzare gli ascoltatori con decisioni improvvise.

Tutto questo, verrà con tutta probabilità declinato con un'attenzione particolare alla necessità di incrementare la legittimazione delle proprie azioni e delle proprie decisioni attraverso il "rendere conto" delle proprie scelte, l'accountability.

Queste prime deduzioni, muovono naturalmente dal presupposto che si intenda portare avanti l'impostazione comunicativa messa a punto con profitto negli anni alla BCE. Non possiamo però dimenticare che mentre in quel contesto - pur non mancando interessi differenti ed eventuali divergenze di vedute - prevale la dimensione delle policies (le politiche pubbliche) rispetto a quella della politics (la politica dei rapporti di forza tra parti differenti); un Governo, specie se sostenuto da una maggioranza ampia ed eterogenea come quella attuale, è invece un contesto nel quale politics e policies quantomeno si equivalgono. Le strategie di una comunicazione "da banca centrale" dovranno dunque essere certamente riviste, aggiornate e integrate.

In ogni caso, quel che potrebbe accadere dopo una prima fase potenzialmente cacofonica, sarà la definizione di strategie utili a lasciare un certo spazio alla comunicazione dei diversi esponenti del Governo, declinando le comunicazioni con determinati interlocutori e su specifici temi in maniera distinta e genuinamente collegiale. La prima conferenza stampa dell'Esecutivo, svoltasi il 19

marzo 2021 per annunciare i contenuti del cosiddetto Decreto Sostegni, sembra confermare questa deduzione.

1. Citato ad esempio in K. Warsh *Transparency and the Bank of England's Monetary Policy Committee*, dicembre 2014, <http://www.bankofengland.co.uk/publications/Documents/news/2014/warsh.pdf>
2. Nell'aprile 2013, l'allora Vice Presidente della Federal Reserve, Janet L. Yellen, ricordava che l'approccio di Norman "was still firmly in place at the Federal Reserve when I went to work there as a staff economist in 1977" J. L. Yellen, *Communication in Monetary Policy*, in *Remarks at Society of American Business Editors and Writers 50th Anniversary Conference*, Washington, D.C.
3. Nelle parole di Mario Draghi in M. Draghi, *Central bank communication*, discorso al PR Manager of the Year Award, 15 luglio 2014, in *Handelsblatt*, 4 agosto 2014
4. A.S. Blinder, M. Ehrmann, M. Fratzscher, J. De Haan, D.-J. Jansen, *Central Bank Communication and Monetary Policy: A Survey of Theory and Evidence*, in *Journal of Economic Literature*, 46:4
5. L'affermarsi di *trend* globali piuttosto simili può essere spiegato alla luce delle teorie sociologiche di matrice neoistituzionalista, le quali, interrogandosi sulle ragioni per cui organizzazioni distinte siano simili, così come le loro politiche, danno vita ad una visione alquanto articolata dei rapporti interorganizzativi, caratterizzati da marcate influenze reciproche frutto di un ambiente istituzionale che fornisce repertori, orientamenti e strumenti comuni (M. Vaira, *Le radici istituzionali della riforma universitaria*, in *Rassegna Italiana di Sociologia*, n. 4/2001) che impattano su un contesto con caratteristiche proprie che condiziona a sua volta la loro declinazione "settoriale". Sulla scorta di tali teorie è possibile affermare che «l'ambiente istituzionale, oggi più che mai, trascende i confini nazionali e tende a configurarsi come uno spazio globale popolato da una pluralità di organizzazioni e istituzioni sovra-nazionali che esercitano pressioni e influenze [...]. In questo senso [...] l'ambiente istituzionale può essere utilmente concepito come una world polity [Thomas, et al. 1987; Vaira 2004] che produce non solo retoriche, teorie e schemi cognitivo-normativi globali, ma esercita anche pressioni di tipo normativo e in parte coercitivo [...].» (M. Vaira, *La costruzione della riforma universitaria e dell'autonomia didattica. Idee, norme, pratiche, attori*, LED Edizioni, Milano, 2011, p. 13)
6. P. Geraats, *Monetary policy transparency*, in *CESifo Working Paper* No. 4611, gennaio 2014
7. *ibidem*
8. A.S. Blinder, et al, *op. cit.*
9. M. Woodford, *Central-Bank Communication and Policy Effectiveness*, in *In The Greenspan Era: Lessons for the Future*, Kansas City: Federal Reserve Bank of Kansas City, 2005
10. A.S. Blinder, et al, *op. cit.*
11. *ibidem*

12. *ibidem*
13. L'episodio è citato da A.S. Blinder, *et al, op cit.*
14. J. de Haan, D.-J. Jansen, *The communication policy of the European Central Bank: An overview of the first decade*, in *DNB Working Paper* N. 212, giugno 2009
15. A. S. Blinder, *The Quiet Revolution: Central Banking Goes Modern*, Yale University Press, New Haven CN 2004
16. A.S. Blinder, *et al, op. cit.*
17. A.S. Blinder, *et al, op. cit.*
18. *ibidem*
19. A.S. Blinder, *et al, op. cit.*
20. *ibidem*
21. *ibidem*
22. *ibidem*
23. *ibidem*
24. J. de Haan, S.C.W. Eijffinger, *The Democratic Accountability of the European Central Bank: A Comment on Two Fairy-tales*, in *Journal of Common Market Studies*, 38(3), 2000, pagg. 393-407
25. A.S. Blinder, *et al, op. cit.*
26. *ibidem*
27. *ibidem*
28. *ibidem*
29. *ibidem*
30. *ibidem*
31. *ibidem*
32. *ibidem*
33. *ibidem*
34. *ibidem*
35. *ibidem*
36. P. Geraats, *Monetary policy transparency*, in *CESifo Working Paper* No. 4611, gennaio 2014
37. *ibidem*
38. *ibidem*
39. P. Geraats, *Central bank transparency*, in *Economic Journal* 112(483), F532–F565, 2002
40. P. Geraats, *Monetary policy transparency*, in *CESifo Working Paper* No. 4611, gennaio 2014
41. In particolare, il riferimento è a quanto elaborato in S. C. Eijffinger, P. Geraats, *How transparent are central banks?*, in *European Journal of Political Economy* 22(1), 1–21, 2006 o, per un indice alternativo in C. Crowe, E.E. Meade, *Central bank independence and transparency: Evolution and effectiveness*, in *European Journal of Political Economy* 24(4), 763–777, 2008
42. In questo senso particolarmente rilevante è N.N. Dincer, B. Eichengreen, *Central bank*

- transparency and independence: Updates and new measures*, in *International Journal of Central Banking*, 2013
43. *ibidem*
 44. C. Van Der Cruijssen, D.-J. Jansen, J. De Haan, *How much does the public know about the ECB's monetary policy? Evidence from a survey of dutch households*, in *ECB Working Paper* 1265, 2010
 45. P. Geraats, *Monetary policy transparency*, in *CESifo Working Paper* No. 4611, gennaio 2014
 46. M. Draghi, *Central bank communication*, discorso al PR Manager of the Year Award, 15 luglio 2014, pubblicato in *Handelsblatt* il 4 agosto 2014
 47. J. de Haan, D.-J. Jansen, *The communication policy of the European Central Bank: An overview of the first decade*, in *DNB Working Paper* N. 212, giugno 2009
 48. *La stabilità dei prezzi: perché è importante per te*, aprile 2009
 49. J. de Haan, D.-J. Jansen, *op. cit.*
 50. M. Ehrmann, M. Fratzscher, *Explaining Monetary Policy Decisions in Press Conferences*, in *ECB Working Paper* 767, 2007
 51. J. de Haan, D.-J. Jansen, *op. cit.*
 52. S.C. Cecchetti, K.L. Schoenholtz, *How Central Bankers See It: The First Decade of ECB Policy and Beyond*, in *NBER Working Paper* 14489, 2008
 53. M. Draghi, *Monetary policy communication in turbulent times*, discorso alla Conference De Nederlandsche Bank 200 years: Central banking in the next two decades, Amsterdam, 24 aprile 2014
 54. J. de Haan, D.-J. Jansen, *op. cit.*
 55. <http://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/bollettino-eco-bce/index.html>
 56. J. de Haan, D.-J. Jansen, *op. cit.*
 57. *ibidem*
 58. M. Draghi, *Central bank communication*, discorso al PR Manager of the Year Award, 15 luglio 2014, pubblicato in *Handelsblatt* il 4 agosto 2014
 59. Rapporto annuale dell'Istituto monetario europeo, anno 1996, p. 80
 60. *ivi*, p. 85
 61. Rapporto annuale dell'Istituto monetario europeo, anno 1997, p. 73
 62. *ibidem*
 63. *ibidem*
 64. Rapporto annuale della Banca centrale europea, anno 1998, p. 107
 65. *ibidem*
 66. Rapporto annuale della Banca centrale europea, anno 1999, p. 111
 67. *ivi*, pagg. 132, 133
 68. Rapporto annuale della Banca centrale europea, anno 2000, pagg. 141, 142, 169
 69. *ivi*, pagina 164. Le caratteristiche complesse del contesto europeo richiamate dalla BCE nel Rapporto annuale del 2000 sono state recentemente ribadite, come già segnalato dal Presidente Draghi in M. Draghi, *Central bank communication*, discorso al PR Manager of

CERIDAP

- the Year Award, 15 luglio 2014, pubblicato in in *Handelsblatt* il 4 agosto 2014
70. Rapporto annuale della Banca centrale europea, anno 2000, pag. 164
 71. *ivi*, pagina 167
 72. Rapporto annuale della Banca centrale europea, anno 2001, pag. 172
 73. Rapporto annuale della Banca centrale europea, anno 2002, pag. 183 e seguenti
 74. *ivi*, pag. 184
 75. Rapporto annuale della Banca centrale europea, anno 2003, pag. 158
 76. *ivi*, pag. 157 e seguenti
 77. *ivi*, pag. 149 e seguenti
 78. *ivi*, pag. 160 e seguenti
 79. Rapporto annuale della Banca centrale europea, anno 2004, pag. 155 e seguenti
 80. *ivi*, pag. 156
 81. *ivi*, pag. 157
 82. *ivi*, pag. 158
 83. *ivi*, pag. 156
 84. Rapporto annuale della Banca centrale europea, anno 2009, pag. 183
 85. Rapporto annuale della Banca centrale europea, anno 2010, pag. 205
 86. Rapporto annuale della Banca centrale europea, anno 2011, pag. 164
 87. Rapporto annuale della Banca centrale europea, anno 2008, pag. 207
 88. *ivi*, pag. 159 e seguenti
 89. *ivi*, pag. 160
 90. *ivi*, pagg. 161, 162, 163
 91. *ivi*, pag. 165
 92. *ivi*, pag. 164
 93. *ivi*, pag. 165
 94. Rapporto annuale della Banca centrale europea, anno 2012, pag. 157 e seguenti
 95. *ivi*, pag. 160
 96. *ivi*, pag. 161
 97. *ibidem*
 98. Rapporto annuale della Banca centrale europea, anno 2013, pag. 177
 99. *ivi*, pag. 176
 100. *ivi*, pag. 173
 101. *ibidem*
 102. Rapporto annuale della Banca centrale europea, anno 2014, pag. 109
 103. *ibidem*
 104. *ibidem*
 105. *ibidem*
 106. Rapporto annuale della Banca centrale europea, anno 2014, pagg. 109, 110
 107. Rapporto annuale della Banca centrale europea, anno 2015, pag. 103
 108. *ivi*, p. 102
 109. *ibidem*

CERIDAP

110. Rapporto annuale della Banca centrale europea, anno 2017, pag. 111,112
111. Rapporto annuale della Banca centrale europea, anno 2018
112. Rapporto annuale della Banca centrale europea, anno 2019
113. Come ha ricordato il Presidente Trichet: «*Central bank communication – if supported by an established strategy – might well be a quiet and uneventful activity*». J.-C. Trichet, *The changing role of communication*, discorso ai membri dell'Internationaler Club Frankfurter Wirtschaftsjournalisten, 15 dicembre 2008, https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2008/html/sp081215_2.en.html
114. M. Mesneri, *Draghi, il fascino borghese*, Il Foglio, 6-7 febbraio 2021; R. Mania, *Basta social, con Ansuini comunicazione stile Bankitalia*, La Repubblica, 18 febbraio 2021; M. Panarari, *Addio storytelling, ecco i silenzi istituzionali. Così Draghi rivoluziona le parole del potere*, La Stampa, 22 febbraio 2021
115. M. Mesneri, *Draghi, il fascino borghese*, Il Foglio, 6-7 febbraio 2021
116. D. Carretta, M. Zanon, D. Mosseri, *Che succede se Mr Europe ce l'abbiamo noi*, Il Foglio, 4 febbraio 2021

Le préjudice écologique

Anna Grignani

DOI: 10.13130/2723-9195/2021-2-21

Il lavoro, partendo dall'esame del danno ambientale e dalla rilevanza economico dello stesso in relazione alle funzioni ambientali danneggiate, si prefigge di analizzare, così come disciplinato nell'ordinamento francese, la sottocategoria del pregiudizio ecologico. Quest'ultimo, che può essere soggettivo laddove danneggia l'uomo – inteso sia come singolo che come collettività – oppure oggettivo nel caso in cui deteriori la natura, pone rilevanti interrogativi circa le modalità di riparazione del danno. Iniziando dal caso "Erika", in cui per la prima volta è stata riconosciuta l'esistenza del "pregiudizio ecologico puro", vengono analizzati gli sviluppi normativi del pregiudizio ecologico a partire dalla trasposizione nel diritto interno francese della Direttiva 2004/35 sino alla legge del 2016 per la riconquista della biodiversità. Infine, con brevi cenni alle soluzioni intraprese in altri ordinamenti nazionali, si tratteggiano, cercando di metterne in luce gli aspetti maggiormente controversi, le tre modalità di riparazione introdotte dalla legge del 2016: primaria, complementare e compensatoria.

The ecological damage

The paper, starting from the exam of the environmental damage and its economic relevance according to damaged environmental functions, aims to analyze the subcategory of ecological prejudice as it is governed within the French legislation. The ecological prejudice, which could be subjective if it concerns the human being – both as an individual and as community – or objective if it damages nature, raises relevant questions about how damage could be repaired. Moving from the "Erika" case, in which for the first time the existence of "pure ecological prejudice" has been recognized, the paper analyses the regulatory developments of ecological prejudice from the transposition of the Directive 2004/35 into French legislation until the Law of 2016 on the reconquest of biodiversity. Finally, with brief references regarding the solutions adopted in other national legislations, it is outlined, trying to stress out the most controversial aspects, the three forms of redress introduced by the 2016 Law: primary, complementary and compensatory.

1. Introduction : la caractérisation du dommage écologique

L'article analyse le préjudice écologique^[1] comme actuellement disciplinée dans le droit français avec le but d'examiner l'évolution de ce dispositif juridique à partir de faits divers, en passant par la transposition de la législation européenne, pour terminer avec les carences mises en évidence par la doctrine française. En effet, comme mieux analysé par la suite, l'environnement est un objet/sujet^[2] du droit qui concerne toute la collectivité et qui porte sur des biens non marchands et dont les éléments et les fonctions^[3] ne sont pas toujours réparables.

Pourtant, tout d'abord, on traitera la notion du dommage environnemental en soulignant la particularité des effets causés et la complexité de leur classement selon les notions classiques du droit civil.

En suivant, l'article examine le préjudice écologique – dit « pur » – qui est une sous-catégorie spécifique du plus général dommage environnemental. En particulier, le préjudice écologique, apparu dans la législation française après l'affaire de l'Erika, est considéré, comme on le verra, un dommage diffus et collectif où les externalités négatives sont causées à l'environnement en tant que tel, indépendamment des effets subis par l'homme.

Dans ce contexte, on s'intéressera au régime de responsabilité objective et pour faute ainsi qu'aux modalités de réparation et compensation, en abordant les aspects controversés des unes et des autres.

En addition, l'article évoquera brièvement certaines solutions adoptées dans d'autres systèmes juridiques et, en particulier, on soulignera l'absence d'une discipline spécifique en matière de réparation du préjudice écologique en Italie.

Enfin, on envisagera des solutions qui, visant à rationaliser et rendre plus efficace l'actuelle discipline qui gouverne le préjudice écologique, appellent en cause soit le rôle de l'administration soit du juge et de la doctrine. Au fond, il apparaît que la défie la plus consistante soit de créer une culture juridique – par exemple avec l'adoption d'une nomenclature environnementale commune aux différents sujets concernés, ou avec des cours de formation périodiques pour les magistrats – ainsi que politique et social autour la tutelle de l'environnement.

1.1 Le dommage environnemental

Dans l'analyse du dommage environnemental, on peut utiliser différentes approches selon que l'on veuille se concentrer sur une catégorisation économique, juridique, social ou encore écologique. En l'espèce, c'est l'aspect juridique qui sera pris en considération. L'aspect économique sera également évoqué afin de cerner certaines problématiques.

Tout d'abord, il faut considérer qu'un dommage environnemental peut causer des préjudices soit à la nature soit à l'homme. Dans le premier cas, il sera important de prendre en considération la valeur intrinsèque de l'environnement ou les fonctions écologiques des éléments visés par l'atteinte. Dans le deuxième cas, la classification est plus complexe car l'atteinte peut concerner soit la collectivité dans son ensemble soit l'individu.

Si le dommage porte atteinte à la collectivité, on devra prendre en compte la dimension économique des biens collectifs affectés par l'atteinte. En principe il s'agit de biens non marchands et donc le droit à la réparation sera plus difficile à obtenir^[4].

Lorsque le préjudice est subi par l'individu, on pourra avoir des dommages économiques, corporels ou moraux, en fonction de l'exploitation commerciale que l'individu peut faire des services écologiques dont il dispose, car il s'agit de biens marchands.

On peut souligner que seul le préjudice individuel porte sur un bien marchand alors que le préjudice collectif qui est causé à l'environnement porte sur des biens non marchands^[5]. Ce dernier sera alors évalué selon une équivalence biophysique en raison de sa valeur intrinsèque (et non instrumentale comme le préjudice causé à l'homme).

En cas d'atteinte à l'environnement on ne peut pas prétendre avoir une liste exhaustive et complète des préjudices qui ont été causés^[6]. Du point de vue économique il faut d'abord distinguer les différents coûts face auxquels on se trouve. En simplifiant, on pourra dire que le coût principal est le coût social qui comprend les coûts d'atténuation du dommage et les coûts résiduels. Les premiers sont supportés par la collectivité alors que les deuxièmes sont représentés par l'ensemble des moyens humains et non humains mis en œuvre pour limiter les conséquences négatives du dommage; ils sont qualifiés de coûts

parce qu'il s'agit de détourner une ressource vers un usage qui n'est pas celui auquel elle est destinée normalement en l'absence d'un préjudice. Les coûts résiduels sont plutôt ceux que l'on n'a pas pu éviter même avec l'emploi des moyens d'atténuation. Le problème est que le coût total dépend essentiellement de la quantité des moyens qui sont utilisés pour chercher à contenir les effets négatifs. S'ils sont trop élevés, les bénéfices finaux seront économiquement moindres que les dépenses liées aux coûts d'atténuation. Il est fondamental d'ajouter que la détermination des dépenses dépend de plusieurs facteurs tels que, notamment, la résilience du milieu, son état de conservation avant le dommage, éventuellement les effets cumulatifs du dommage et toute autre caractéristique propre à l'habitat ou à l'espèce en question. On peut conclure en affirmant que le juge doit pondérer les avantages et les inconvénients (coûts et bénéfices) qui découlent de l'obligation pour le responsable de réparer le préjudice avant d'ordonner une mesure plutôt qu'une autre.

On se focalisera sur le dommage écologique plutôt que sur le dommage environnemental pour une question de simplification générale du travail. En effet, le premier peut être défini comme une partie du dommage environnemental. En particulier le dommage écologique a été défini par plusieurs auteurs selon des critères différents et cela les a conduit à souligner les multiples aspects problématiques que l'on rencontre quand on essaye de définir ce type de préjudice si complexe.

M. Despax^[7] a défini le dommage écologique comme l'atteinte à l'ensemble des éléments d'un système qui ne donne pas droit à une réparation en vertu de son caractère indirect et diffus; R. Drago^[8] le qualifie comme le dommage causé aux personnes ou choses par le milieu dans lequel elles vivent et P. Girod^[9] parle d'une dégradation des éléments naturels causée par l'homme à l'environnement, homme qui subit, en tant qu'utilisateur des desdits éléments, les contrecoups. Par rapport à la première définition il faut souligner le caractère « *inappropriable* »^[10] du milieu naturel ce qui le distingue, par exemple, de celui du à la pollution qui affecte des patrimoines identifiables. De cette caractéristique découle la difficulté d'identifier des victimes précises titulaires d'un droit à agir; entre plusieurs solutions envisagées, il pourra être admis que l'environnement est un sujet et non pas seulement un objet de droit. Autre hypothèse, reprise aussi dans l'article 1 de la Charte de l'environnement adossée à la Constitution française^[11],

est celle qui reconnaît à chaque utilisateur de l'environnement un droit à agir de façon automatique suivant le raisonnement qu'on applique pour les droits inviolables.

Les nombreuses difficultés rencontrées dans la recherche d'une définition du dommage environnemental résident dans les spécificités propres de ce type de dommage considéré comme très particulier par rapport aux autres types communément visés par la loi. Tout d'abord on relève le fait que les conséquences qui en découlent sont souvent irréversible comme, par exemple, la disparition d'une espèce animale. Dans d'autres cas spécifiques, comme celui de la pollution, il faut considérer les effets soit cumulatifs soit synergiques qui en découlent et qui portent des atteintes aux éléments naturels et par ricochet aux individus. En outre, ils peuvent se manifester bien au-delà du simple voisinage mais d'une façon très diffuse et difficilement délimitable. Enfin, et cela constitue une grande problématique, le dommage écologique est par définition collectif pour ce qui concerne soit ses effets soit ses causes.

Pour essayer de comprendre ce qu'est la réparation du dommage écologique^[12], sa faisabilité et ses modalités, on traitera, dans les paragraphes suivants, de la classification de la responsabilité et de la distinction entre l'indemnisation et la réparation. Enfin seront examinés les différents types de préjudice consécutifs au dommage.

Dans le droit de l'environnement, comme dans le droit commun, lors qu'il y a un dommage il y a, dans la plupart des cas, un sujet responsable^[13]. Pour la précision il faut distinguer différents types de situations qui peuvent engager la responsabilité du sujet pollueur. L'exploitant peut donc être tenu à une responsabilité pour faute lorsqu'il commet une négligence coupable ou une imprudence fautive; en outre il suffit d'avoir violé un règlement (et pas forcément une loi) pour se voir reconnaître coupable. En continuant l'analyse des causes possibles de responsabilité on retrouve la responsabilité pour fait des choses; cette hypothèse n'est pas très fréquente parce que le juge s'est montré plutôt réticent à l'appliquer en retenant qu'elle avantagerait trop les victimes. Par contre des auteurs soutiennent qu'il serait le régime le plus souhaitable car, surtout en cas de pollution, ils considèrent l'industriel comme celui qui a le contrôle sur la chose polluante, c'est-à-dire l'industrie^[14].

Un autre type de responsabilité concerne le trouble de voisinage souvent utilisée

dans le domaine de la pollution. Ici on a un dommage lorsque l'activité ou la pollution dépasse un certain seuil. Un des problèmes principaux liés à cette définition de responsabilité est que le seuil est différent selon les lieux et cela constitue un enjeu pratique pour le juge au moment de la définition de la nature du trouble. De plus, rattacher le seuil de responsabilité par rapport aux lieux visés amène à une accentuation des discriminations écologiques et surtout sociales parce que les personnes les plus désavantagées économiquement vivent dans les zones où le seuil est plus élevé. En outre ce type de régime consacre une sorte de « *droit à nuire pour les pollueurs* » car leur comportement est toléré, même si c'est jusqu'à un certain degré. Par rapport au rôle du juge, on peut critiquer le fait qu'il bénéficie d'une marge d'appréciation trop ample dans l'évaluation, soit du lieu, soit du seuil. On peut reprocher aussi l'excès de l'aléa introduit par le texte qui parle d'« *anomalie* » mais sans spécifier si elle doit être relative au dommage, ou trouble ou aux inconvénients créés par le trouble.

Enfin on trouve la responsabilité objective créée par le législateur afin d'instituer un régime plus rigide pour les activités qui comportent des risques majeurs. Dans ce cas le sujet peut échapper à sa responsabilité seulement en prouvant le caractère étranger de la cause du dommage. Par contre si ledit responsable est défaillant ou a disparu c'est l'Etat qui doit se charger de la réparation. En général ce type de responsabilité est utilisé pour les activités dangereuses ou en cas de fabrication de produits défectueux.

Dans la recherche du sujet auquel imputer le dommage le juge devra, selon les différents cas d'espèce, distinguer si le coupable est un individu ou si le dommage est issu de la somme de plusieurs facteurs reprochables à plusieurs sujets. Pour donner un exemple on peut imaginer soit la situation dans laquelle une seule entreprise a jeté des déchets dans un fleuve soit le cas où la pollution de l'air est causée par une multitude des sujets tels que la même entreprise, l'autoroute qui passe à côté, le chauffage des maisons de la ville, etc. Dans ce cas il est très évident que, par rapport à l'imputation du dommage, il est nécessaire de faire une évaluation des données scientifiques (*latu senso*) disponibles et, en appliquant la règle du lien de causalité, chercher à déterminer proportionnellement le niveau de responsabilité. C'est la seule façon pour poursuivre de manière adéquate les différents coupables et pour demander à chacun de répondre des conséquences de ses actions.

Autre composante essentielle de l'analyse autour le dommage est la nécessité, prévue par la loi, d'avoir une indemnisation ou une réparation; les deux mesures sont cumulatives et non pas exclusives puisque la première est adressée à la victime et la deuxième au lieu endommagé. L'indemnisation du dommage écologique, comme dans la plupart des autres domaines, est représentée par une somme d'argent que le sujet responsable versera à ceux qui ont subi le dommage. Elle ne constitue pas un enjeu pour le juge, ni dans la détermination du montant ni dans celui de la personne responsable. Plus compliquée est la réparation parce qu'elle peut être réalisée non par celui qui a causé le dommage mais par une autre personne. Normalement ce sont les collectivités territoriales^[15], les associations à but non lucratif ou encore les départements, les communes ou même l'Etat qui se chargent des coûts et frais de la réparation afin d'éviter soit une accumulation des effets négatifs, soit pour chercher à les minimiser, soit simplement pour essayer de retourner à la situation précédant le dommage. Le sujet qui soutient les dites dépenses le fait temporairement en souhaitant, ou mieux, en exigeant d'être remboursé par la personne coupable ou, au cas où elle serait insolvable ou non identifiable, par l'Etat ou l'administration publique.

1.2 Le préjudice écologique en France

Abordant la structure du préjudice on se rend compte qu'il se divise par rapport à la victime en deux catégories, à savoir le préjudice subjectif et celui objectif^[16].

Le préjudice subjectif découle des dommages subis par l'homme. On peut préliminairement distinguer le préjudice qui a une incidence sur la santé (aussi appelé préjudice subjectif pur) et les préjudices moraux^[17]. Dans la dernière hypothèse, au moment de la répartition des sommes allouées à titre d'indemnisation, il faudra distinguer celles pour la réparation de l'environnement (préjudice écologique pur) et celles nécessaires pour compenser le dommage moral proprement dit. À ce propos plusieurs auteurs^[18] ont souligné les difficultés qui rencontrent le juge au moment de la quantification des sommes mais surtout de leur affectation. En effet les dommages et intérêts qui sont alloués pour la réparation du milieu pollué ne sont pas forcément utilisés avec cette finalité mais, en revanche, souvent ils finissent pour rester dans le patrimoine personnel du demandeur en justice^[19]. On peut donc retenir que seul avec la

reconnaissance autonome du préjudice environnemental, et en particulier écologique, le juge a la possibilité de différencier avec précision le montant nécessaire à la remise à l'état du milieu concerné.

Plus en détail le dommage écologique pur peut être défini comme un préjudice causé directement au milieu, pris en tant que tel, indépendamment de ses répercussions sur les biens et sur les personnes. Il s'agit « *d'un dommage spécifique mi-collectif et mi-individuel, matériel et diffus, réversible à plus ou moins long terme, parfois incertain et direct, et souvent futur* »^[20]. La première reconnaissance directe et officielle du préjudice écologique pur arrive grâce à la jurisprudence de l'Erika en 2012^[21]; avant il avait été reconnu quelques fois mais jamais explicité si clairement. L'innovation apportée par le juge à l'occasion de cet arrêt est d'avoir distingué, et donc autonomisé, le dommage écologique pur des dommages subjectif liés à l'homme. Du point de vue strictement juridique cette reconnaissance pose le problème de l'impossibilité pour la nature d'agir en justice en qualité de victime^[22] et donc, par conséquent, de la difficulté à laquelle le juge doit faire face dans la détermination de la personne chargée de représenter les intérêts de la nature et s'occuper de la réparation^[23]. Ce dernier aspect est très bien souligné dans la définition de préjudice écologique pur proposée par C. Robin qui confère tant à la collectivité qu'à l'individu, en reprenant l'article 1 de la Charte de l'environnement, un devoir partial voire partagé de contribuer à la remise à l'état.

Dans la pratique, en généralisant, on peut considérer que les intérêts collectifs sont défendus par l'Etat, les départements et surtout les collectivités territoriales ou les associations qui ont pour but la protection et la valorisation d'une espèce animale/végétale ou d'un site naturel. Cette confusion entre les sujets et la difficulté de déterminer qui peut agir en justice pour soutenir les raisons de la nature, a amené, très souvent, à des injustices par rapport au montant de l'indemnisation et à son affectation^[24]. En particulier on a eu plusieurs situations de redondance de la réparation et de superposition du préjudice subjectif subi par les associations et collectivités. Le juge est donc mis devant plusieurs sujets qui demandent la même chose en exigeant la réparation d'un préjudice qui les concernent la plupart du temps par ricochet^[25]. Cette confusion est d'autant plus gênante si l'évaluation des dommages et intérêts est réalisée en s'appuyant sur les principes de la responsabilité civile qui, comme on verra plus tard, ne se montre

pas adaptée à tous les points de vue. Pour résoudre ce problème certains auteurs, dont M. Rebeyrol^[26], ont proposé une réparation généralisée et étendue à tout le monde découlant de l'atteinte du droit de vivre dans un environnement sain. Néanmoins cette thèse montre sa faiblesse dans la création d'une subjectivisation excessive du dommage et cela a mené à une inadéquation de la situation avec la réalité. Autre solution, qui apparaît dans le rapport rédigé par la commission Jégouzo^[27] et qui semble plus correcte, est celle de constituer une autorité indépendante. C'est à la Haute autorité environnementale que le juge affectera directement les sommes pour la réparation du dommage. Les avantages sont multiples: cette autorité veillera à ce que le montant alloué soit réellement utilisé pour la fin prévue et non pour des buts privés des associations; en plus elle permettra de contourner le problème lié à la redondance de la réparation. Il faut souligner la difficulté de l'évaluation et de la délimitation du préjudice qui rend essentiel le fait que le juge soit aidé par un écologue pour ce qui concerne l'affectation et la quantification des sommes nécessaires à la réparation de l'atteinte^[28]; de même une coopération apparaît indispensable entre le juge, qui souvent n'a pas les moyens adaptés, et l'administration chargée de la réparation. En poursuivant on a le préjudice objectif défini comme « *toute atteinte non négligeable^[29] à l'environnement naturel, à savoir notamment l'air, l'atmosphère, l'eau, les sols, les terres, les paysages, les sites naturels, la biodiversité et l'interaction entre ces éléments qui est sans répercussions sur un intérêt humain particulier mais qui affecte un intérêt collectif légitime* »^[30] ou, pour reprendre les propos de B. Cotte, comme un « *dommage dont nous pâtissons tous, mais dont nul ne peut se plaindre* »^[31]. Selon la jurisprudence la défense de cet intérêt collectif^[32] appartient au moins et concurremment et sans exclusivité à l'Etat, aux collectivités territoriales, aux régions, aux départements, aux communes et aux associations^[33].

2. La réparation du préjudice écologique

2.1 Le cadre légal: la Directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la

prévention et la réparation des dommages environnementaux et sa transposition dans la Loi du 1 Août 2008 sur la responsabilité environnementale et la Loi n. 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages

En droit de l'environnement, comme en droit commun la différence entre compensation et réparation peut apparaître à première vue subtile voire nulle mais elle est, au contraire, fondamentale. La compensation en effet peut être aussi appliquée avant la réalisation du dommage alors que la réparation ne pourra qu'intervenir après. En particulier dans le domaine spécifique que l'on a décidé d'approfondir, c'est-à-dire l'écologie, la compensation est définie comme « *un ensemble d'actions en faveur de l'environnement permettant de contrebalancer les dommages causés par la réalisation d'un projet qui n'a pu être évité ou limité* »^[34] ou encore comme l'ensemble « *des actions écologiques permettant de contrebalancer les pertes de biodiversité dues à des projets d'aménagement, lorsque l'aménageur n'a pu ni éviter ces pertes ni les réduire* »^[35] .

Dans une première analyse il semble donc que la compensation ait pour but de recréer ce qui a été détruit ou endommagé par le responsable. Le fait que la volonté finale soit de reproduire un service, une fonction ou un milieu de l'environnement peut expliquer la caractéristique propre des mesures compensatoires à savoir qu'elles peuvent être mises en œuvre également avant un certain événement que l'on présume négatif pour l'environnement. Cette approche peut néanmoins se révéler dangereuse car elle présuppose, soit que l'on créera un dommage, soit qu'il sera toujours possible de remédier ou d'atténuer ses conséquences et donc cela permet de justifier des projets écologiquement dommageables. De plus, cette conception repose sur la croyance que l'atteinte ne porte pas à une perte totale de la biodiversité et donc qu'il sera toujours possible, avec ce qui n'a pas été détruit, de « *réimplanter* » ailleurs la composante de la biodiversité en question. Au final cette thèse démontre ses faiblesses parce qu'elle implique aussi qu'il y a un espace ou un milieu disponible où la compensation puisse avoir lieu.

On peut donc conclure que la compensation, dans la plupart des situations, ne

doit constituer qu'une seconde option et qu'elle ne peut être acceptée que si l'on n'a pas choix ou bien si, grâce au fait que l'on va recréer l'élément biologique endommagé, cela entraîne un gain de biodiversité dû, par exemple, à l'accroissement d'une certaine espèce animale/végétale ou à l'amélioration du milieu visé par les mesures compensatoires.

Pour ce qui concerne la réparation elle se fonde sur l'idée opposée et donc il ne s'agit pas de reproduire ailleurs mais bien plutôt de réparer à travers une véritable reconstruction, la biodiversité lésée. De cela découle que ladite mesure ne peut être mise en œuvre qu'après le fait dommageable et donc qu'elle n'est pas la conséquence d'une sorte de tacite acceptation de l'atteinte. En plus la réparation, par définition, ne peut intervenir que sur le site même où se trouve l'élément visé par l'atteinte, fait qui porte à éliminer le problème posé par la compensation quant à la disponibilité effective d'un autre milieu où agir.

La réparation pose, elle aussi, plusieurs problèmes dus principalement à la complexité du dommage écologique. Si on considère qu'il s'agit « *d'un dommage spécifique mi-collectif et mi-individuel, matériel et diffus, réversible à plus ou moins long terme, parfois incertain et direct, et souvent futur* » on peut aisément comprendre les nombreuses difficultés. Premièrement le caractère « *mi-collectif mi-individuel* » fait qu'il apparaît difficile pour le juge d'évaluer qui sera le bénéficiaire de la réparation et, si elle doit viser les deux catégories, dans quelle mesure on devra opérer la répartition. Deuxièmement le caractère diffus élargit remarquablement le champ où l'action devra avoir lieu et ça pose problème du point de vue de sa délimitation. Par exemple, si un espace n'a été touché que marginalement, devra-t-il bénéficier de la réparation? Et si oui, à partir de quel degré de gravité y aura-t-il droit? Enfin, la potentielle réversibilité du dommage, due principalement au degré de résilience de la composante de la biodiversité touchée, rend la quantification du dommage et par conséquent sa réparation soumise à un certain degré d'incertitude^[36]. Cette dernière caractéristique réside aussi dans le fait que l'on se trouve devant une action, l'action dommageable, qui est « *parfois incertaine et indirecte, et souvent future* ».

En conclusion, sur ce point, on peut se hasarder à dire que si la compensation apparaît plus fascinante pour le juge en raison de la moindre complexité que représente son évaluation, la réparation semble paradoxalement plus équitable et souhaitable pour l'environnement.

Le principal instrument législatif sur la responsabilité environnementale, la prévention et la réparation des dommages environnementaux est la Directive 2004/35 de l'Union Européenne transposée dans le droit français avec la Loi 2008-575 du 1^{er} août 2008.

Le texte opère une première grande distinction par rapport aux sujets de droit concernés par le champ d'application: en effet il ne peut s'agir que de professionnels. Par la suite il est prévu un régime différent selon les activités car celles définies « *à risque* » sont soumises à une responsabilité sans faute alors que, pour toutes les autres, il est nécessaire de démontrer la faute; lesdites activités sont énumérées à l'Annexe III de la Directive 2004/35 et reprises à l'article R 162-1 du Code de l'environnement. Il s'agit de l'industrie des activités énergétiques, de la production et transformation des métaux ainsi que de l'industrie minière, de l'industrie chimique, de la gestion transfrontalière des déchets et des autres activités comme le transport des hydrocarbures liquides^[37].

Dans tous les autres cas il sera nécessaire de démontrer la faute de l'exploitant, sous-entendu que le dommage doit toucher une des ressources protégées. L'article L 162-8 énonce comme but de la mesure de réparation des sols la suppression de tous risques pour la santé tout en envisageant la possibilité d'une régénération naturelle. La norme suivante énonce la même obligation de remise à l'état pour les eaux, les espèces et les habitats avec la précision que l'étude des lieux soit faite avec les technologies plus récentes et les meilleures informations disponibles.

Le dommage, pour donner droit à réparation, doit avoir un certain degré de gravité qui est différent par rapport à la ressource considérée. Pour le sol il est représenté par toutes les atteintes graves à la santé humaine, pour l'eau il consiste dans tous les atteintes graves à son état chimique, quantitatif ou écologique et, enfin, pour la biodiversité sont visées toutes les atteintes ayant de graves conséquences sur le maintien ou le rétablissement des habitats ou des espèces.

La Directive prévoit aussi des cas d'exclusion et des cas d'exonération de la responsabilité: la première situation regarde quatre types d'hypothèses. En particulier si l'événement est survenu avant le 20 avril 2007 la loi ne s'applique pas et de même s'il s'est passé plus de trente ans depuis le fait générateur. La norme n'est pas utilisée dans le cas d'un conflit, ou si le dommage est produit par un phénomène naturel exceptionnel, inévitable et imprévisible. Une autre

possibilité d'exclusion est représentée par l'appréhension du même dommage par une convention internationale (le Code de l'environnement renvoie aux Annexes IV et V de la Directive déjà citée). Enfin la responsabilité de l'exploitant n'est pas retenue si la pollution est diffuse et il n'est pas démontré un lien de causalité entre le dommage et son activité.

Pour ce qui concerne l'exonération financière du coût des mesures de réparation (et de prévention), la Directive prévoit deux cas mais la loi française n'en a admis qu'un. La première situation, non retenue par le Code de l'environnement, concerne le respect d'une autorisation administrative; dans ce cas le législateur européen a prévu que l'exploitant soit économiquement exonéré de la réparation s'il a agi en conformité avec un permis administratif. L'autre cas d'exonération a été transposé à l'article L 162-23 du Code et concerne les situations dans lesquelles il n'était pas possible, au moment du fait générateur du dommage, par rapport aux connaissances scientifiques et techniques, de connaître la dangerosité de l'activité ou du produit; on ajoute qu'il faut aussi prouver qu'aucune faute ou négligence n'a pas été commise par l'exploitant.

En outre, il est mentionné que la modalité qui doit être prise en compte principalement est la réparation. Seulement si elle n'est pas possible ou ne permet pas d'aboutir à un résultat satisfaisant, il est admis de se tourner vers la compensation en tenant compte des intérêts des populations touchées par l'atteinte à l'environnement. Le dernier alinéa de l'article L 162-9 établit trois différents types de réparation: primaire, complémentaire et compensatoire. Le texte de l'article L 162-10 est particulièrement intéressant dans la mesure où il prévoit, soit l'information, soit la participation du public^[38] par l'intermédiation des collectivités territoriales, associations et établissements publics. Les sujets interpellés doivent rendre leurs avis sur les mesures proposées par l'exploitant et approuvées par l'autorité publique. L'extension de la participation souligne le caractère diffus et collectif propre du dommage environnemental.

L'article L 162-14 accorde à l'autorité publique le pouvoir et le devoir de procéder à la mise en œuvre des lesdites mesures dans le cas où le sujet exploitant ne satisferait pas son obligation; naturellement elle pourra par la suite s'adresser au responsable du dommage pour le sanctionner et se faire rembourser. Il est aussi prévu que, en cas d'urgence et dans l'impossibilité d'identifier immédiatement le responsable, les sujets tenus à donner leur avis sur les modalités

de réparation puissent directement intervenir, aux frais du responsable, en se chargeant de la mise en œuvre de la réparation. Les dépenses auxquelles l'exploitant est tenu concernent: l'évaluation du dommage, la détermination des mesures de réparation, si nécessaire les procédures de consultation et, le cas échéant, les indemnités indiquées à l'article L 162-5.

La Loi n. 1087 du 8 août 2016, nommée « *Loi pour la reconquête de la biodiversité* »^[39], introduit dans le Code civil des dispositions sur la responsabilité pour la réparation et compensation du préjudice écologique^[40]. En particulier, elle ajoute au Titre III du Code civil les articles 1246 à 1252, l'article 2226-1 ainsi que l'article L 152-1 au Code de l'environnement. Ces dispositions ont pour but, soit d'établir et de définir le préjudice écologique, soit d'énoncer le régime et les critères d'imputation. L'article 1247 définit le préjudice écologique comme celui « *consistant en une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement* ». On peut porter l'attention sur la distinction opérée entre les fonctions de l'écosystème et les bénéfices tirés par l'homme. En fait, comme déjà expliqué précédemment, la différence entre les deux procède du moment de la nature du dommage subi, soit par l'homme, soit par la nature en tant que telle. L'article suivant liste les personnes ayant titre à agir en justice pour obtenir la réparation du préjudice. Le Code prévoit que « *toute personne ayant qualité et intérêt à agir, telle que l'Etat, l'Agence française pour la biodiversité, les collectivités territoriales et leurs groupements dont le territoire est concerné, ainsi que les établissements publics et les associations, agréées ou créées depuis au moins cinq ans à la date d'introduction de l'instance, qui ont pour objet la protection de la nature et la défense de l'environnement* » soient légitimées à saisir le juge. L'intérêt de cet article demeure dans la possibilité accordée, soit à un seul individu, soit à une entité constituée par une multitude des sujets, de faire valoir ses droits. Le préjudice écologique, dans la plupart des cas, concerne une collectivité car sa nature est d'affecter un milieu/espace naturel ou une espèce végétale/animale qui sont des biens appartenant souvent à une collectivité.

Pour ce qui concerne les modalités selon lesquelles la réparation doit être faite, l'article 1249 prévoit que la priorité soit accordée à la réparation en nature^[41] et, en cas d'impossibilité de fait ou de droit, par le versement des dommages et intérêts. Ces derniers doivent être donnés par le responsable au demandeur afin

que celui-ci puisse les utiliser pour mettre en œuvre la réparation et, si le demandeur ne peut pas le faire, à l'Etat qui sera alors chargé de cette tâche. Le juge dans l'évaluation du préjudice et dans le compte des dommages et intérêts est tenu de considérer les mesures déjà intervenues en faveur de la victime^[42]. Toujours dans la computation des sommes que le responsable devra verser, la loi comprend (article 1251) tout ce qui a été fait pour la prévention, non aggravation ou réduction des conséquences du dommage. Enfin, l'article 2226-1 énonce le temps de prescription de l'action de responsabilité qui est de « *dix ans à compter du jour où le titulaire de l'action a connu ou aurait dû connaître la manifestation du préjudice écologique* ». Dans le même délai de temps est prévue la prescription des obligations financières liées aux installations, travaux, ouvrages et activités nécessaires pour la réparation du dommage environnemental (article L 152-1 du Code de l'environnement). L'article 4 de la Loi n. 1087/2016 précise que les dispositions du même article sont applicables rétroactivement uniquement pour la réparation des préjudices dont le fait générateur est antérieur à 2016 alors que, si l'action en justice a été exercée avant, il ne sera pas possible d'appliquer la Loi n. 1087/2016.

2.2 Les modalités de la réparation

Le système de la responsabilité environnementale se développe autour de trois sujets principaux: le préfet, l'exploitant et les associations de protection de l'environnement. Le premier représente les pouvoirs publics et donc il exerce toutes les prérogatives inhérentes au contrôle, à l'examen et l'évaluation des actions de l'exploitant prises pour respecter les règles; entre autres il doit, le cas échéant, obliger les sujets responsables à mettre en œuvre les mesures nécessaires et exigées par la loi. L'exploitant pour sa part est tenu tout d'abord à l'auto-responsabilité; en effet il doit informer l'administration de tous risques possibles et prendre toutes les mesures nécessaires pour empêcher la réalisation de l'événement. Une fois intervenu l'accident, l'exploitant a le devoir de le communiquer immédiatement à l'administration et prendre toutes les précautions pour éviter ou contenir l'aggravation de la situation et du dommage. Enfin, il est tenu de réparer les dommages causés. Quant au rôle des associations, on l'a vu ces dernières années, il est devenu de plus en plus important: elles

peuvent, comme toutes les personnes susceptibles de subir des dommages, saisir et informer l'autorité compétente qui communiquera les informations au préfet lequel devra, comme on a dit, contrôler et obliger l'exploitant à cesser l'atteinte et réparer le dommage. Les associations ont pu bénéficier d'une meilleure réparation du dommage et, en particulier elles ont été indemnisées pour le préjudice moral subi. Le problème qui en découle, et on y reviendra, est de n'avoir pas prévu un contrôle sur l'utilisation des sommes avec le résultat qu'elles ont été utilisées, très souvent, pour les intérêts propres de l'association et non pour la remise à l'état de l'environnement.

Pour ce qui concerne plus strictement les mesures de réparation on peut les scinder en deux grands catégories: les mesures de droit commun et les mesures propres à la réparation du dommage environnemental^[43]. Dans le premier groupe on trouve surtout des mesures générales, peu spécifiques et non hiérarchisées. Pendant longtemps la tendance a été celle d'accorder une réparation pécuniaire^[44] avec le résultat, tout à fait réel, de créer un gros risques de confusion entre le réparation du préjudice écologique et celui causé à l'homme et à la collectivité. En outre il faut tenir compte du fait que la nature n'a pas de prix et donc que le critère d'évaluation purement économique ne se révèle pas du tout pertinent mais, au contraire, inadapté. Les choses ont changé en mieux avec la Directive 2004/35 et sa transposition dans la Loi du 2008 avec la création d'un régime spécifique de police administrative grâce auquel l'exploitant, sous contrôle de l'administration, doit réparer le dommage. En particulier la loi opère une distinction entre les différentes ressources touchées en prévoyant pour chacune un régime spécifique. Pour l'eau et la biodiversité la loi s'est inspirée^[45] du *Oil Pollution Act*^[46] et a créé trois modalités: la réparation primaire, complémentaire et compensatoire^[47]. La première a le but de rétablir l'état initial de la ressource comme si rien ne s'était passé; cette modalité met l'accent sur l'esprit de solidarité entre générations devenu aujourd'hui un principe fondamental du droit de l'environnement^[48]. Si cette mesure n'est pas possible ou qu'elle n'aboutit pas à un résultat satisfaisant, il faut appliquer la mesure complémentaire qui a pour objectif de fournir un niveau des ressources naturelles ou de services, comparables à celui précédant l'évènement dommageable, éventuellement sur un autre site, toujours en considérant les intérêts des populations et des sujets touchés. Enfin, on aura une réparation compensatoire^[49], si entre l'évènement et la première

mesure de réparation, se sont produits d'autres dommages ou pertes qui ne sont pas encore été réparées. Cette triple répartition nous montre une approche où l'attention est concentrée sur la réparation en nature et où la hiérarchisation offre à l'autorité et au juge une claire démarche pour leur intervention.

Le choix entre les différentes options doit être effectué avec l'aide des meilleures technologies disponibles, en tenant compte de plusieurs critères tel que le critère économique, social, sanitaire ou environnemental^[50]. Le discours est plus simple si la ressource concernée est le sol car il suffit que la mesure permette de supprimer tout risque d'atteinte grave à la santé humaine dans l'usage du site. Pour les temps de prescription le délai avait été réformé avec la Loi du 17 juin 2008^[51], selon laquelle, pour le droit commun, il était de cinq ans pour les actions personnelles; néanmoins en matière environnementale on a ajouté l'article L 152-1 du Code de l'environnement où il est établi que le délai de prescription des obligations financières liées à la réparation des dommages causés à l'environnement reste de dix ans. Malheureusement, le point de départ est calculé à partir du fait générateur et non pas à partir de la manifestation du dommage, ce qui s'avère inévitablement moins avantageux pour la victime. Par contre cette dernière est avantagée par le fait qu'elle peut poursuivre n'importe lequel des responsables selon son niveau de solvabilité. Les exploitants pour leur part, sont tenus à la réparation intégrale du dommage et, vu qu'ils sont obligés *in solidum*, celui qui a payé pourra s'adresser aux autres pour le remboursement. En tout cas, il faut démontrer avec certitude le lien de causalité entre le dommage et l'action de l'exploitant. Quant à la responsabilité pénale, les exploitants sont obligés *in solidum* seulement si tous ont été pénalement condamnés.

Dans le cadre de la réparation, et surtout en matière de préjudice écologique, un des points le plus difficiles à démontrer est le lien de causalité. Souvent en cas de pollution les dommages sont répandus et tardifs, ce qui nécessite d'effectuer des expertises scientifiques très longues et surtout coûteuses. Dans d'autres cas le lien de causalité est indirect et il est très difficile d'établir dans quelle mesure le sujet est affecté par ricochet par le dommage. De plus, le juge se fonde la plupart du temps uniquement sur des présomptions précises et concordantes et, à ce propos, il convient de citer un arrêt du 2010^[52] de la Cour de Justice de l'Union Européenne où il est dit que la Directive 2004/35 ne s'oppose pas à la présomption de l'existence du lien de causalité. Cependant il s'avère nécessaire

de réformer et modifier le droit de la responsabilité dès lors que les écosystèmes sont constitués par des choses qui forment un complexe unitaire difficilement sécable et que les phénomènes d'interdépendance sont le fondement de son fonctionnement.

En matière environnementale il est aussi possible d'engager la responsabilité de l'administration soit à cause des activités polluantes d'un service public soit en cas de défaillance des services de police dans la surveillance et le contrôle des activités privées.

L'hypothèse la plus fréquente est celle des pollutions imputables à une personne publique dans l'exécution des travaux publics ou d'un ouvrage. Le juge administratif dans ce cas fait application de la théorie des troubles du voisinage en utilisant un régime de responsabilité sans faute qui est très favorable à la victime. En particulier la réparation est admise pour tout dommage considéré comme anormal et l'appréciation du seuil est faite avec les mêmes règles que celles utilisées par le juge judiciaire.

Néanmoins dans le cadre de la responsabilité publique, il convient de préciser trois éléments centraux dans l'analyse du régime: les effets de la préoccupation individuelle, le fait du tiers et l'intangibilité de l'ouvrage public. La première situation donne lieu à une sorte d'immunité au bénéfice de l'ouvrage public qui obtient de cette façon un vrai droit à polluer. On a une possibilité d'atténuation dans le cas où les troubles sont aggravés et que le seuil précédemment fixé n'est pas respecté; dans ce cas une réparation peut être accordée à la victime. Il faut aussi noter que le juge administratif se présente comme beaucoup plus rigide que le juge judiciaire qui se contente de réduire la somme affectée à la réparation du dommage alors que le premier ne prévoit aucun type d'indemnisation. Il est nécessaire enfin que l'aggravation du dommage soit imprévisible. Par la suite on voit la situation où le fait du tiers pose un problème quant à la possible exonération de la collectivité publique. Cette théorie n'a jamais été appliquée même s'il a été proposé d'exclure la collectivité: si on considère que la pollution est imputable à chacun des sujets qui a concouru à sa réalisation, la collectivité ne devrait plus se charger de la négligence des industriels polluantes. Cependant cette thèse ne peut pas être soutenue car, dans ce cas, la victime devrait poursuivre chacun des pollueurs avec le résultat qu'il serait beaucoup plus difficile pour elle d'obtenir la réparation du dommage. Enfin il convient d'examiner le

comportement du juge administratif en cas d'ouvrage public polluant. Comme le juge judiciaire ne peut pas intervenir pour contester une décision de l'administration, de même le juge administratif ne peut pas ordonner une modification de l'ouvrage ou des mesures correctives car il est explicitement interdit au juge de s'adresser de telle façon à l'administration. En plus il y a la règle de l'intangibilité de l'ouvrage public qui interdit d'en ordonner la suppression. À cause de cette incohérence on trouve une jurisprudence plutôt favorable à permettre au juge administratif de condamner l'administration à payer une indemnité: en pratique cela équivaut à un ordre indirecte de faire cesser le dommage. Dans les nombreux contentieux dans ce champ on peut citer le préjudice anormal invoqué par les riverains d'une autoroute, les bruits causés par un aéroport ou encore les odeurs provenant d'une station d'épuration; dans tous ces cas le juge s'est montré très exigeant dans la reconnaissance d'un préjudice spécial qui puisse donner lieu à une intervention de sa part.

Le régime est différent si la responsabilité de l'administration est causée par une faute dans la surveillance de l'environnement. La culpabilité de l'administration peut être causée par plusieurs facteurs comme la déclaration d'un acte illégal ou l'abstention du maire ou du préfet. Par exemple en matière d'amiante, l'Etat a été condamné pour n'avoir pas pris les mesures réglementaires nécessaires pour empêcher qu'un risque si grave se produise.^[53] En outre, depuis 1972, le juge permet que le préfet puisse engager la responsabilité de l'Etat si dans un contrôle effectué dans une installation classée apparaît l'inertie, la lenteur ou l'insuffisance des mesures prises par l'administration compétente. Cette méthode est particulièrement efficace pour assurer que le service chargé du contrôle fasse preuve de toute la vigilance nécessaire pour un contrôle rigoureux. À titre d'exemple on peut citer la jurisprudence de la Cour Administrative d'Appel de Bordeaux qui dans son arrêt du 24 janvier 2013^[54] condamne l'Etat pour carence fautive des services de surveillance qui n'avaient pas détecté, selon le tribunal, les défaillances visibles et prolongées de l'exploitant. Par contre le Conseil d'Etat ne retient pas la responsabilité de l'autorité publique^[55] et annule la décision de la Cour Administrative.

Une technique très intéressante pour mettre en œuvre la réparation est celle appliquée par les fonds spéciaux internationaux qui ont été créés pour pallier les difficultés liées à une réparation insatisfaisante; en effet ils se montrent utiles

surtout quand le pollueur n'est pas identifiable ou il est insolvable. Les fonds sont alimentés par les redevances prélevées sur les pollueurs et avec une fraction des taxes imposées sur les véhicules à moteur. Pour citer quelques exemples on peut nommer les fonds hollandais pour la pollution de l'air (depuis 1972), les fonds pour la protection de la côte marine françaises, les *superfunds* pour les déchets en USA ou, encore, la loi japonaise qui prévoit l'indemnisation pour tous dommages corporels dus à la pollution (depuis 1973). Cette loi établit que toute personne souffrant d'un dommage, après un examen médical opéré par une commission spéciale, soit indemnisés sans que, dans le même temps, il soit nécessaire de rechercher un responsable. Elle n'est appliquée que dans les zones où le niveau d'incidence d'une certaine maladie est particulièrement élevé. Un des exemples les plus intéressants et plus connu est celui du FIPOL^[56], créé après la Convention pour la responsabilité civile des dommages dus à la pollution des hydrocarbures, en 1969 et révisée en 1992. Le fond, financé par les entités qui reçoivent les hydrocarbures transportés, n'a qu'un rôle complémentaire car il intervient seul si le propriétaire du navire n'est pas en mesure de le faire. En plus le pollueur est tenu par une responsabilité objective et il est suffisant de démontrer le lien de causalité entre le fait et les dommages; néanmoins l'indemnisation est possible seulement si le dommage écologique peut être monétarisé et, comme on l'a vu, cette activité n'est guère aisée.

Pour ce qui concerne la France, on a eu un premier exemple d'utilisation d'un fond spécial avec la réparation des dommages causés par le grand gibier aux récoltes: dans ce cas le fond était alimenté par la Fédération départementale des chasseurs. Après, le législateur a créé d'autres fonds pour la prévention des risques naturels et le champ d'intervention a été élargi avec une loi du 2003. En particulier il est prévu qu'avec les sommes constituant le fond, il soit possible de contribuer à l'acquisition à l'amiable des biens exposés à un risque prévisible ainsi que supporter les études et travaux pour un plan de prévention sur les biens concernés. Le même mécanisme est appliqué en cas de risque pendant ou après l'exploitation d'une mine; en plus la Directive 2000/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau énonce que les biens peuvent être expropriés si les mesures de sauvegarde sont plus coûteuses que l'expropriation. En analysant l'usage de ce type de fond il est très important de

souligner que leur but n'est pas de déresponsabiliser le pollueur parce que le fond n'intervient qu'à titre complémentaire ou si le responsable est non identifiable ou insolvable. Toujours dans le cadre des fonds spéciaux il a été proposé de créer un fond international, coexistant avec un régime de responsabilité civile spécifique, pour indemniser les victimes des catastrophes écologiques. Dans ce sens on a vu apparaître la création d'un fond pour l'indemnisation permettant la réparation intégrale des préjudices causés par l'amiante; le fond est sous la gestion d'un établissement public à caractère administratif^[57].

Après avoir analysé la législation française sur la responsabilité environnementale, il semble utile de s'attarder sur certaines pratiques internationales qui, si reprises et adaptées, pourraient devenir utiles pour améliorer le système actuel. Pour commencer, si on se pose l'objectif de rendre plus cohérent l'ensemble des dispositions, on peut s'inspirer des pratiques positives concernant l'affectation des sommes d'argent allouées pour la réparation, la motivation ou justification du jugement et la distinction entre les compétences judiciaires. Quant au premier point, le droit américain se démarque avec la loi dite CERCLA^[58] qui permet à l'*Environmental Protection Agency* (EPA) de se charger elle-même de la réparation; le droit brésilien, qui prévoit que si l'action civile^[59] amène à une condamnation au paiement d'une somme d'argent, celle-ci doit être affectée à un fond géré par un Conseil fédéral ou un Conseil d'Etat auquel participent obligatoirement des représentants de la société civile et le ministère public^[60]; le droit chilien qui établit que le juge compétent pour la réparation d'un préjudice environnemental peut ordonner seul des mesures de réparation. Deuxièmement, pour ce qui concerne la motivation du jugement on se tourne vers la législation mexicaine où le magistrat est tenu de préciser le montant de la réparation correspondant à chaque dommage, les actions nécessaires à la compensation, toutes les mesures permettant d'éviter l'aggravation de l'atteinte et la motivation ainsi que le montant de la sanction économique. Enfin le point le plus innovant concerne la distinction entre les compétences judiciaires. Le droit chilien, avec la loi 20.600 du 1 août 2012, pose la division entre le tribunal du droit commun, chargé d'indemniser les victimes pour tous préjudices découlant d'une atteinte à l'environnement, et le tribunal environnemental compétent pour réparer le préjudice écologique^[61]. Cette distinction est consécutive à la progressive spécialisation et amélioration des compétences techniques des juges^[62]. Une autre

source d'inspiration peut être la législation mexicaine qui prévoit depuis 2013 un régime de responsabilité civile environnementale qui établit la création des cours spécialisées et la PROFEPA^[63] qui peut exercer l'action civile mais qui a aussi le pouvoir de faire des expertises et de se servir d'un aide technique pour la mise en œuvre de l'action environnementale.

Cependant c'est la création des fonds spécifiques qui permet de garantir une indemnisation efficace et, comme on l'a déjà vu, ils existent en Amérique, en France, en Canada, en Belgique et en Brésil. Dans les différents Pays ils ont un rôle et des tâches légèrement différentes; en effet alors que le fond canadien concerne explicitement la réparation du dommage causé à l'environnement, le fond wallon regarde plutôt la protection en général de l'environnement et le fond brésilien, encore plus général, se tourne vers la protection des intérêts collectifs. Quant à leur alimentation, les fonds se basent sur le principe pollueur-payeur et sont donc alimentés par les frais de remise en l'état, les amendes ou les condamnations civiles. Les différents Etats prévoient des moyens d'intégration comme les revenus des investissements dans les *Superfounds*, la contribution du Trésor à travers les taxes environnementales, ou encore les dons et legs dans le droit wallon.

Au niveau international il faut citer de nouvelles dispositions introduites ou en train d'être introduite. Pour commencer il faut souligner le rôle de plus en plus important confié aux ONG surtout dans l'établissement des mesures de remise à l'état. En outre deux pratiques sont intéressantes qui ont pour objectif d'éloigner les contentieux des tribunaux pour éviter de les surcharger. La première est présente en Italie comme au Brésil et consiste dans la contractualisation environnementale. En Italie on peut avoir une transaction globale entre le Ministre de l'environnement et le responsable à fin d'établir les sommes dues pour la remise à l'état^[64]. Mais la solution la plus intéressante – en dehors de celle offerte par le droit français à l'art. L 173-12 du Code de l'environnement^[65] –, nous est présentée par le droit brésilien qui dispose « *un accord juridique préventif ou punitif qui permet l'adaptation du comportement d'une personne physique ou morale qui a commis, commet ou menace de commettre un dommage touchant aux droits collectifs* »^[66]. L'autre technique qui convient de citer vient du droit japonais qui prévoit une sorte de déjudiciarisation; l'Etat a créé deux commission (CNCCE et CNACN) qui sont responsables de chercher à parvenir

à une résolution à l'amiable, à une transaction, à un arbitrage ou à une médiation. Très curieux est le fait que cette législation ne reconnaît pas l'existence d'un préjudice écologique autonome.

2.3 Approfondissement: le dommage environnemental en Italie

Actuellement la législation italienne ne prévoit pas une discipline spécifique sur le préjudice écologique, dès lors que le Décret Législatif 3 avril 2006, n. 152, mieux connu comme « *Code de l'environnement* », ne concerne que le préjudice environnemental.

La première fois que le préjudice environnemental a été discipliné dans l'ordre juridique italien c'est avec la loi du 8 juillet 1986, n. 348 qui a créé le Ministère de l'Environnement. L'article 18 de ladite loi introduisait la protection de l'environnement indépendamment des dommages provoqués à la santé humaine ou aux biens; de cette façon l'environnement était considéré un bien en tant que tel et, pourtant, ayant droit à une protection juridique autonome. À l'époque, par contre, la doctrine italienne^[67] avait critiqué cette loi qui prévoyait une responsabilité pour faute considérée pas suffisant pour protéger le bien en question et, en plus, parce que cette disposition était en contradiction avec l'article 2050 du Code civil italien, qui prévoit la responsabilité objective pour les activités dangereuses. En effet, comment a été noté, cette choix du Législateur était plus favorable au développement économique que à la protection de l'environnement^[68].

Ensuite, le Décret Législatif 5 février 1997, n. 22 à l'article 17 a introduit un régime de responsabilité objective pour l'individuation du responsable tenu à la réparation d'un site pollué. Ce régime a été reprise à l'article 305 du Décret Législatif 152/2006^[69], actuellement en vigueur, et qui dispose que en cas de dommage environnemental, l'exploitant doit le communiquer immédiatement à l'autorité compétente et, au même temps, il doit prendre toutes les mesures nécessaires à fin de limiter, réduire et endiguer les dommages. La norme confère au Ministre de l'environnement le pouvoir de: demander à l'exploitant toutes informations sur le dommage causé, adopter ou ordonner à l'exploitant d'adopter toutes les mesures pour limiter les dommages, ordonner à l'exploitant de prendre

les mesures nécessaires en vue de la remise à l'état des matrices environnementales endommagées^[70].

Le suivant article 311, concernant l'action en dommages et intérêts spécifiques, dispose que le Ministre de l'environnement puisse agir pour la compensation du dommage environnemental en forme spécifique et, si nécessaire, par équivalent patrimonial^[71].

À ce propos, il est bien d'observer que, auprès du Ministère de l'Environnement, a été créé une division spécifique qui s'intéresse au dommage environnemental et que le 2 octobre 2019, avec la délibération n. 58/19 du SNPA (Système National pour la Protection de l'Environnement), en application de la loi 28 juin 2016, n. 132, ont été établies les « *Procédures SNPA pour les enquêtes concernant les dommages environnementaux* ».

Pour ce qui concerne la compétence judiciaire, à norme de l'article 311, l'action ministérielle pour la compensation du dommage, relève de la compétence du juge ordinaire mais au même temps, selon l'article 316, le responsable de la pollution a la faculté de contester l'ordonnance ministérielle devant le Tribunal Administratif Régional^[72].

La comparaison entre la discipline du préjudice écologique adoptée par le Législateur français et la normative italienne, montre que la deuxième est insuffisante pour assurer une protection adéquate à l'environnement. En effet, il manque une reconnaissance explicite du valeur intrinsèque de l'environnement en tant que tel et ça empêche au juge, ordinaire ou administratif, d'ordonner aux coupables la réparation du préjudice porté à l'environnement indépendamment des répercussions négatives sur les intérêts humaines^[73].

Sur ce point, il convient de noter que le droit français, par rapport au droit italien, accorde une majeure tutelle à l'environnement; cela à partir du rôle différent que les Chartes constitutionnelles de ces deux États reconnaissent à l'environnement.

En Italie le mot « *environnement* » n'existait pas dans la version originelle de la Charte Constitutionnelle du 1947 et maintenant l'environnement est cité expressément seulement à l'article 117^[74] où est illustrée la division des pouvoirs entre les Régions et l'État central.

La protection de l'environnement, donc, découle d'une interprétation extensive que la doctrine italienne^[75] a fait de l'article 9 de la Constitution s'inspirant à la

protection du paysage qui y est évoquée^[76].

En France, différemment, la Loi constitutionnelle du 1 mars 2005, n. 205, a introduit dans le Préambule de la Constitution du 1946 une mention à l'environnement et a établi, à l'article 2 de la Constitution, l'adoption de la « *Charte de l'environnement* » composée par 10 articles et qui est partie intégrante de la Charte elle-même^[77].

Cette différence entre les deux textes constitutionnels, montre l'attention particulière du Législateur français face à l'environnement et à sa tutelle^[78]. Au même temps, on pourrait envisager que, si le Parlement italien introduisit explicitement l'environnement dans la Constitution, en découlerait probablement une tutelle plus vigoureuse de l'actuelle^[79].

3. Conclusion

Dans l'analyse du système normatif français il est possible de noter plusieurs problématiques^[80]; quelques-unes pourraient être résolues avec une intervention législative, alors que pour les autres un comportement différent des sujets protagonistes du droit de l'environnement sera suffisant.

Pour commencer, comme on l'a vu, le régime juridique français est très morcelé entre le droit civil, pénal et administratif et la conséquence est qu'on trouve plusieurs régimes de réparation dans chaque ordre normatif. Sachant que cette subdivision dérive partiellement de l'hétérogénéité du préjudice écologique, on ne peut pas éviter de condamner l'irrationalité, la redondance et le risque d'incohérence qui découle de la possibilité pour chaque ordre de prononcer des mesures non compatibles entre elles. Un possible point de départ pour chercher à établir une façon de penser plus cordonnée et harmonisée est représenté par l'utilisation de références communes ainsi qu'un langage plus uniforme. À ce propos on peut citer la « *Nomenclature des préjudices environnementaux* » de L. Neyret et G. J. Martin (2012) qui a pour but exactement de créer un sort de code commun pour les différents sujets qui sont confrontés aux mêmes problèmes. En plus il serait sûrement très utile de se référer davantage aux instruments législatifs propres à la matière tel que la Directive 2004/35 et sa transposition en droit interne. Malheureusement ni le juge ni l'administration n'utilisent suffisamment ces instruments; le premier n'est pas pris en compte par les juridictions

européennes qui ne se tournent pas vers le droit civil alors que l'administration normalement n'est pas suffisamment formée pour appliquer la Directive. En particulier il est nécessaire que tous les acteurs y fassent référence car elle est la seule qui donne une définition du préjudice écologique et qui offre des indications sur la modalité et la méthode à suivre pour la réparation^[81].

Une autre solution possible est le temps d'intervention du juge judiciaire. En fait dans la plupart des cas, il intervient après que des mesures ont déjà été prises et cela ne porte qu'à une redondance et incohérence, ainsi qu'à un possible appauvrissement de la victime, au cas où divers préjudices seraient intervenus sans que personne ne se prononce sur eux. Il serait mieux pour le magistrat de se prononcer sur le résiduel après la fin de la réparation administrative; le même discours peut être étendu aux experts appelés à réaliser l'expertise judiciaire. Le terme de la procédure administrative est signalé avec un acte^[82] qui en marque la fin expressément. Néanmoins il est nécessaire de prévoir le droit pour toute personne intéressée à demander à l'administration de prendre l'acte de bonne fin des mesures prescrites et, en cas de refus ou silence, le juge administratif doit pouvoir juger l'administration. Pour permettre une meilleure réparation du préjudice il est essentiel que le niveau de connaissance du lieu avant le dommage soit assez complet pour pouvoir déterminer avec certitude et précision quelles sont les mesures nécessaires pour recréer les mêmes ressources écologiques. La meilleure façon pour obtenir une description complète et détaillée des lieux est de constituer une base de données publique que les sujets privés ou publics pourraient alimenter avec des informations, non nécessairement destinées à être communiquées à l'administration. Bien entendu la réparation dépend aussi des critères utilisés pour l'évaluation; à ce propos il faudra créer une liste des critères communs aux experts appelés à se prononcer sur les dommages à l'environnement. Il serait aussi nécessaire d'inclure dans ladite liste des références au lieu endommagé, à la durée de l'atteinte et à la substance polluante; en fait ils peuvent déterminer des modalités de réparation significativement différentes.

Comme dans toutes les disciplines il est fondamental qu'à une bonne théorisation soit ajoutée une mise en pratique cohérente et bien structurée. En particulier, il semble évident que la qualité de maître d'œuvre soit donnée seulement à certaines personnes ayant une compétence précise et prouvée. En plus il serait utile de prévoir la création d'un coordinateur des maîtres d'œuvre

qui serait chargé de rapporter périodiquement à l'administration l'état des opérations de remise à l'état des ressources concernées ainsi que de contrôler la cohérence et l'efficacité des mesures. Du point de vue du travail du magistrat il est souhaitable d'apporter quelques modifications quant à leurs compétences et à leur travail. Pour commencer il est nécessaire d'étoffer les connaissances théoriques dont ils disposent et donc de prévoir une formation plus détaillée et surtout continue dans ce domaine. Deuxièmement il faut que les juges commencent à motiver leurs décisions plus en détail: ils doivent motiver chaque point du jugement en distinguant les atteintes portées à la nature en tant que telle et les préjudices personnels. Enfin, les magistrats doivent être encouragés à prendre plus en compte les expertises réalisées par les parties^[83].

1. B. Parance, *Préjudice écologique (approche juridique)*, dans M. Cornu, F. Orsi, J. Rochfeld (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, p. 939 ss.
2. M. Hautereau-Boutonnet, *Faut-il accorder la personnalité juridique à la nature?*, dans *Recueil Dalloz*, 2017, p. 1040.
3. « *Sont considérées les fonctions des écosystèmes c'est-à-dire les processus physiques, chimiques et biologiques associés à l'unité fonctionnelle (écosystème) mais également les interrelations des éléments entre eux et les apports tirés par chaque élément du fait du fonctionnement des autres et du tout. Ces processus assurent le fonctionnement et donc la pérennité ou la résilience des systèmes écologiques* », M.-P. Camproux Duffrene, *La reconnaissance de préjudices spécifiques en cas de catastrophe technologique. Du préjudice écologique au préjudice sanitaire*, dans *Revue juridique de l'environnement*, n. spécial, 2020, p. 215-231
4. Par exemple S. Drapier *Quel régime de responsabilité civile pour les choses communes endommagées?*, dans *Revue juridique de l'environnement*, 4, 2016, p. 691 et s., suggère une similitude entre le régime de responsabilité utilisé pour le préjudice écologique et celui applicable aux choses communes endommagées.
5. Sur les différences entre les deux types de dommage (individuel ou collectif), M.-P. Blin Franchomme, *La responsabilité environnementale: laboratoire juridique pour la consécration des nouvelles valeurs sociales*, dans *Annales de l'Université Toulouse 1 Capitole*, (sous la direction de) O. Devaux, vol. LX, 2, 2019, p. 437 et s.
6. À ce propos de l'ampleur des actions en justice qui peuvent se fonder sur le préjudice écologique, les Association Oxfam France, Association Notre Affaire à tous, Fondation pour la nature et l'Homme, Association Greenpeace France ont cité en justice l'État français en demandant son condamnation à leur verser la somme symbolique de 1 euro en réparation du préjudice moral subit et 1 euro pour le préjudice écologique subit. Les associations ont aussi demandé « *d'enjoindre au Premier ministre et aux ministres compétents de mettre un terme à l'ensemble des manquements de l'État à ses obligations - générales et spécifiques - en matière de lutte contre le changement climatique* ». Tribunal

- administratif de Paris - 1re ch. 3 février 2021, n. 1904967, n. 1904968, n. 1904972.
7. M. Prieur, *Droit environnemental*, Dalloz, Paris, 2016, titre VII, p. 1127.
 8. M. Prieur, *Droit environnemental*, cit., p. 1127.
 9. M. Prieur, *Droit environnemental*, cit., p. 1127.
 10. M. Lucas, *Préjudice écologique et responsabilité. Pour l'introduction légale du préjudice écologique dans le droit de la responsabilité administrative*, dans *Environnement et développement durable*, 4, 2014.
 11. Loi constitutionnelle n. 2005-205 du 1 mars 2005 relative à la Charte de l'environnement.
 12. Sur l'évolution du préjudice écologique, voir: D. Tsiaklagkanou, *Le préjudice écologique après l'arrêt Erika*, dans *Lamy Le Droit Maritime Français*, n. 788, février 2017, p. 162-181.
 13. Pour une analyse sur le rapport entre la responsabilité civile et le droit de l'environnement voir: S. Amrani Mekki, *Le procès, vers un droit processuel de l'environnement ? Actions préventives et principe de précaution*, dans M. Mekki (dir.), *Les notions fondamentales de droit privé à l'épreuve des questions environnementales*, 2018, p. 187
 14. L. Neyret, G. J. Martin, *La nomenclature des dommages environnementaux*, L.G.D.J., Paris, 2012.
 15. Sur le rôle des collectivités territoriales M. Lucas, *La représentation de la nature par les collectivités territoriales devant le juge judiciaire à la lumière de l'article L.142-4 du Code de l'environnement*, dans *VertigO - la revue électronique en sciences de l'environnement*, Hors-série 22, septembre 2015.
 16. La difficulté d'évaluer le préjudice écologique a été soulignée aussi par G. Leray, J. Bardy, G.J. Martin, S. Vanuxem, *Réflexions sur une application jurisprudentielle du préjudice écologique*, dans *Recueil Dalloz*, n. 27, 2020, p. 1553.
 17. Sur la reconnaissance du préjudice écologique pur par la jurisprudence on fait référence à l'article de J. Malet-Vigneaux, *De la loi de 1976 à la loi de 2016. De préjudice écologique : après les hésitations, la consécration*, dans *Revue juridique de l'environnement*, 4, 2016, p. 620 et s.
 18. Sur ce point: L. Neyret, G. J. Martin, *La nomenclature des dommages environnementaux*, L.G.D.J., Paris, 2012, p. 40-47.
 19. À ce propos, E. Truillhé-Marengo, M. Hautereau-Bouttonnet, *Le procès environnemental: du procès sur l'environnement au procès pour l'environnement*, dans [Rapport de recherche] *Mission de recherche Droit et Justice*, 2019, p. 213, soutiennent que «le législateur pourrait préciser par le biais d'une nouvelle disposition à insérer au sein du régime de réparation du préjudice écologique le fait que le juge, lorsqu'il décide que la réparation aura lieu par la voie de l'affectation des dommages-intérêts, devra préciser, au regard des demandes formulées par les parties, les modalités matérielles et temporelles des mesures en résultant afin de réparer le préjudice de manière adéquate».
 20. C. Robin, *La réparation des dommages causés par l'Erika: un nouvel échec dans l'application du principe pollueur-payeur*, dans *Revue juridique de l'Environnement*, 1, 2003.

21. Pour l'affaire similaire de la Total SA voir Cour de cassation, Chambre criminelle, 25 septembre 2012, SA Total et a., n. 3439 et le commentaire du M. P. Camproux-Duffrene et D. Guihal, *Préjudice écologique*, dans *Revue juridique de l'Environnement*, 3, 2013, p. 457-480.
22. P. Jourdain, *Consécration par la Cour de cassation du préjudice écologique*, dans *Revue trimestrielle du droit civil*, 2013, p. 119.
23. Sur cette difficulté voir E. Truilhé-Marengo, M. Hautereau-Boutonnet, *Le procès environnemental: du procès sur l'environnement au procès pour l'environnement*, cit., p. 30 et s.
24. Les difficultés de l'évaluation du préjudice écologique sont mises en évidence, par exemple, par l'arrêt de la Cour de Cassation, Chambre criminelle du 22 mars 2016 n. 13-87.650.
25. A la complexité des procédures judiciaires et aux enquêtes D. Agoguet, *Une révolution citoyenne pour la justice et l'écologie*, dans *Revue juridique de l'environnement*, 3, 2020, p. 429, propose l'utilisation de la médiation environnementale qui pourrait devenir «*vectrice de pacification et de résolution des tensions sociales que l'entrée dans une démocratie ouvertement écologique ne manquera pas de créer*».
26. L. Neyret, G. J. Martin, *La nomenclature des dommages environnementaux*, cit., p. 44.
27. Y. Jégouzo, *Pour la réparation du préjudice écologique*, dans *Rapports-droit-institutions*, 2013.
28. J.-B. Perrier, *L'indemnisation et la nécessaire évaluation du préjudice écologique*, dans *Actualité juridique pénal*, 2016, p. 320.
29. Le Conseil constitutionnel, saisi par des associations de défense de l'environnement a établi que l'expression «non négligeable» n'est pas contraire au principe posé par l'article 4 de la Charte de l'environnement, Cons. const. 5 février 2021, n. 2020-881.
30. Cour d'Appel Paris, 30 mars 2010, n. 08/02278.
31. B. Cotte, *La réparation des atteintes à l'environnement, propos d'accueil*, séminaire «*Risques, Assurances, Responsabilités*», 24 mai 2007.
32. A été reconnu par la Cour de cassation, 3e civ., 8 novembre 2018, n. 17-26.180, dans *Recueil Dalloz*, 2019, p. 419.
33. Néanmoins, comme observé dans le rapport «*Une justice pour l'environnement. Mission d'évaluation des relations entre justice et environnement*», Conseil Général de l'Environnement et du Développement Durable (CGEDD) et Inspection Générale de la Justice (IGJ), octobre 2019, «*les actions civiles des associations de défense de consommateur sont plus facilement recevable que celles reconnues aux associations environnementales*» car les associations environnementales n'ont pas le même régime juridique dont bénéficient les associations en matière de défense des consommateurs. «*Une analyse comparée des dispositions de l'articles L-142.2 du Code de l'environnement et de l'article L.621-1 du Code de la consommation montrent des différences substantielles*».
34. Commission Général de Terminologie et de Néologie, Journal Officiel du 4 février 2010, texte n°97.
35. Commissariat Général Développement Durable, Direction de l'eau et de la biodiversité

- 2012.
36. Y. Rousseau, *Évaluation économique des dommages environnementaux sur accidents industriels*, Commissariat Général au Développement Durable, 2007, p. 18-19.
 37. À partir des catastrophes technologiques M.-P. Camproux Duffrene reflète sur l'introduction dans le système juridique français de la nouvelle catégorie du préjudice écologique «*ayant une dimension non individuelle mais collective*». L'auteurice, en s'inspirant à la pandémie provoquée par le Covid-19, propose d'utiliser le model introduit avec le préjudice écologique pour la consécration d'un préjudice sanitaire «*pour la réparation des préjudices causés à la santé humaine*». M.-P. Camproux Duffrene, *La reconnaissance de préjudices spécifiques en cas de catastrophe technologique. Du préjudice écologique au préjudice sanitaire*, cit.
 38. M. Deffairi, *La reconnaissance de la spécificité de l'intérêt à agir dans le contentieux administratif environnemental, encore une occasion manquée?*, dans *Énergie-Environnement Infrastructures*, Fév 2016, Comm. 12.
 39. Cette loi a été abondamment commentée, voir notamment: *Dossier spécial «De la protection de la nature à la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages»*, dans *Revue juridique de l'environnement* 4/2016, p. 601-663; C. Cans, O. Cizel, *Loi biodiversité ce qui change en pratique*, Ed. Législatives, 2017.
 40. Pour une analyse économique et financière du préjudice écologique on renvoi à l'article de C. Fluet, *Assurance de responsabilité, assurance de choses et dommages environnementaux : une analyse économique de la Directive 2004/35/CE*, dans *Revue d'économie politique*, 2, 2016, p. 193 – 211. L'auteur essaie d'expliquer parce que il faudrait prévoir des dommages légaux imposés aux exploitants plus élevés des dépenses effectives des réparations des dommages qu'ils ont causés. De cette façon les dommages légaux jouent un rôle semblable à celui des écotaxes.
 41. J. Malet-Vigneaux, *De la loi de 1976 à la loi de 2016. De préjudice écologique : après les hésitation, la consécration*, cit., p. 625.
 42. I. Doussan, P. Steichen, *Droit privé et droit économique de l'environnement*, dans *Revue juridique de l'environnement*, 2, 2018, p. 361.
 43. M.-P. Camproux Duffrène, *Les communs naturels comme expression de la solidarité écologique*, dans *Revue juridique de l'environnement*, 4, 2020, p. 711, propose le recours à l'action populaire qui maintenant n'est pas prévue par le droit français mais qu'il est possible d'observer dans la législation italienne et portugaise.
 44. Sur le caractère inapproprié de ce type de réparation: L. Heinzmann, *Les choix des modalités de réparation du préjudice en droit de la responsabilité civile*, dans *Revue générale du droit on line*, numéro 53949, 2021.
 45. L'agence nationale *National Oceanic and Atmospheric Administration* avait été chargée de quantifier le préjudice écologique consécutif à la marée noire de l'Exxon Valdez du 1989.
 46. Oil Pollution Act - Public Law 101-380, 18 août 1990.
 47. Sur ce point voir J. Hay, *La réparation de la nature et quelques-uns de ses enjeux du point de vue de l'évaluation des atteintes écologiques*, dans *Revue juridique de l'environnement*, 4,

- 2017, p. 633.
48. Notamment, le principe du développement durable, a été introduit par le Rapport Brundtland, du nom de sa présidente, et intitulé publié «*Our Common Future*», *Commission des Nations Unies sur l'Environnement et le Développement* (World Commission on Environment and Development, WCED), 1987.
 49. Lorsque les mesures doivent être effectives pendant toute la durée des atteintes, M. Lucas, *Le contrat au service de la compensation écologique*, dans *Énergie-Environnement-Infrastructures*, n° 6, dossier n° 16, juin 2017, hypothèse le recours au droit des contrats pour la définition de ces mesures.
 50. En particulier «*une fois le dommage réalisé, il est nécessaire de pouvoir compter sur une expertise de qualité*», L. Neyret, *La réparation du préjudice écologique*, dans G. J. Martin (sous la direction de) *Synthèse du «parcours droit» des asses nationales de la biodiversité*, dans *Revue Juridique de l'Environnement*, 1, 2018, p. 134.
 51. Loi n. 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile.
 52. Cour de Justice de l'Union Européenne, arrêt du 9 mars 2010, C-378-08, *Raffinerie Mediterranée (ERG) SpA, Polimeri Europa SpA et Syndial SpA/Ministero dello Sviluppo economico et autres*, ECLI:EU:C:2010:126.
 53. M. Prieur, *Droit environnemental*, cit., p. 1156.
 54. Cour Administrative d'Appel de Bordeaux, 24 janvier 2013, affaire AZF.
 55. Arrêt du Conseil d'Etat 17 décembre 2014, n. 367202.
 56. Fond international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures 971.
 57. Sur ce point P. Billet, *Les niveaux pertinents pour la décision et l'action en faveur de la biodiversité*, dans G. J. Martin (sous la direction de) *Synthèse du «parcours droit» des asses nationales de la biodiversité*, dans *Revue Juridique de l'Environnement*, 1, 2018, p. 137-138.
 58. *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act*, 1980, aujourd'hui codifié comme 42 USC Chapter 103, Sections 9601-9675. La tractation du CERCLA est présent dans tu le manuel de droit de l'environnement américain comme, par exemple: R.S. Glicksman, D. Markell, W.W. Buzbee, D.R. Mandelker, *Environmental Protection: Law & Policy*, New York, 2011, p. 889-1002; L.A. Malone, W.M. Tabb, *Environmental law, policy and practice*, St. Paul, Mn, 2011, p. 865-984; D.A. Fabber, J. Freeman, A.E. Carlos, *Cases and materials on environmental law*, St. Paul, Mn, 2013, p. 903-970.
 59. Néanmoins a été souligné que le droit brésilien se caractérise pour «*Les manques de clarté et de précision des critères pour l'octroi des mesures provisoire*», C.C. de Olivera, L. Coutinho, *Les objectif du procès environnemental devant le juge brésilien: la protection de l'environnement par des mesures provisoires*, dans *Revue juridique de l'environnement*, vol. 45, 3/2020, p. 446-454.
 60. L. 24 Juliet 1985, art. 3.
 61. P. Moraga Sariego, *Le dommage écologique face au juge environnemental au Chili*, dans

- Revue juridique de l'environnement*, vol. 45, 3/2020, p. 455-464.
62. À ce propos la Loi n. 2020-1672 du 24 décembre 2020 relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée a été saluée avec satisfaction.
 63. *Procuraduria federal de proteccion al ambiente*.
 64. On se réfère au dispositif juridique de la transaction environnementale comme prévue à l'art. 3 du Décret-Loi n. 208 du 30 décembre 2008, converti avec Loi de conversion 27 février 2009, n. 13. Cette mesure est comparable au dispositif français du «*plaider-coupable*», rapport «*Une justice pour l'environnement. Mission d'évaluation des relations entre justice et environnement*», CGEDD et IGJ, cit., p. 73.
 65. Sur le point voir *Avis sur un projet de loi relatif au Parquet européen et à la justice pénale spécialisée*, avis rendu par le Conseil d'Etat, n. 399314, Assemblée générale - Section de l'intérieur et Section des finances, 20 janvier 2020.
 66. C. Oliveira, *Le droit brésilien: un modèle en matière de réparation du préjudice écologique?*, dans *Environnement et dév. Durable*, 10, 2014, p. 14.
 67. G. D. Comporti, *La responsabilità per danno ambientale*, dans *Foro It.*, 1987, III, 273; U. Natoli, *Osservazioni sull'art. 18 legge 349/86*, dans *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 703; L. Bigliazzi Geri, *Quale futuro dell'art. 18 legge 8 luglio 1986 n. 349?*, dans *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 686.
 68. B. Pozzo, *2. L'Italie*, dans *Revue Juridique de l'Environnement*, n. 2, 2015, p. 252-256.
 69. La version originale du code ne prévoyait pas un régime de responsabilité objective qui a été introduit avec les Loi 25 20 novembre 2009, n. 166 et Loi 6 aout 2013, n. 97 après l'ouverture d'une procédure d'infraction de la Commission Européenne contre le Gouvernement italien.
 70. Sur le dommage environnemental en Italie voir: A. Carapellucci, «*Chi inquina paga*»: *il punto su responsabilità dell'inquinatore e proprietario incolpevole nella bonifica dei siti inquinati*, dans *Resp. civ. e prev.*, 2010, 1885; L. Prati, *L'accertamento delle responsabilità ambientali e le recenti decisioni della Corte di giustizia*, dans *Ambiente e sviluppo*, 2010, 540; E. Manassero, *Una «vexata quaestio»: i requisiti minimi di prova per l'imputabilità del soggetto inquinatore*, dans *Ambiente e sviluppo*, 2011, p. 422; A. Basso, *Contaminazione di torrente ed ordinanza provinciale tra onere della prova e presunzioni civilistiche: legittima l'imposizione e di bonifica in base al criterio della «vicinitas» e del più probabile che non*, dans *Dir. e giur. agr. alim. e amb.*, 2013, p. 566; F. Degl'Innocenti, *I criteri di imputazione della responsabilità per danno ambientale*, dans *Contr. e impr.*, 2013, p. 741; M. Benozzo, *Commento al Titolo V della parte quarta. La bonifica dei siti contaminati*, dans Germanò-Rook Basile-Bruno-Benozzo, *Commento al Codice dell'ambiente*, Giappichelli, 2013, p. 672; M. Benozzo, *La responsabilità per danno ambientale da attività autorizzate tra imputazione oggettiva e assenza dell'antigiuridicità*, dans *Contratto e Impr.*, 2018, 4, p. 1323.
 71. Sur ce point voir F. Benedetti, *Il risarcimento del danno ambientale tra tutela giurisdizionale e poteri di autotutela amministrativa*, dans *Commento al Testo Unico Ambientale*, F. Giampiterno (sous la direction de), Roma, 2006, p. 249.

72. À propos de telle incohérence voir *ex multis*: E. Straziuso, *Norme in materia di tutela risarcitoria contro i danni all'ambiente*, dans *Commentario breve al Codice dell'Ambiente*, L. Costato e F. Pellizzer (sous la direction de), Padova 2007; F. Caringella, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2011, p. 777.
73. R. Míguez Núñez, *Riflessioni in tema di giustizia ecologica, Natura, danno, soggetti – Saggi*, dans *Corti supreme e salute* 2019, 2, parle de “l'intérêt propre et autonome de l'environnement”.
74. Le mot “environnement” a été introduit avec la Loi constitutionnelle du 18 octobre 2001, n. 3.
75. M.S. Giannini, *Ambiente: saggio sui diversi aspetti giuridici*, dans *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1973, p. 15; F. Merusi, Art. 9, dans G. Branca (sous la direction de), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali*, Bologna-Roma 1975; A.M. Sandulli, *La tutela del paesaggio nella Costituzione*, dans *Rivista giuridica dell'edilizia*, 1967, p. 69-88; S. Grassi, *Costituzioni e tutela dell'ambiente*, dans S. Scamuzzi (sous la direction de), *Costituzione, razionalità, ambiente*, Torino, 1994, p. 389 ss.
76. La doctrine italienne s'est également inspirée à l'article 32 sur la protection de la santé: C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Cedam, Padova, 1976, pag. 1134; A. Simoncini, E. Longo, *Articolo 32*, dans R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, *Commentario alla Costituzione*, Torino, Utet, 2005; R. Ferrara, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, dans R. Ferrara, *Salute e sanità*, Torino, Feltrinelli, 2010, pag. 8, R. Ferrara, C.E. Gallo (sous la direction de), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Milano, Giuffrè, 2014, pag. 282-283; C. Della Giustina, *Il diritto dell'ambiente nella Costituzione italiana*, dans *Riv. Giur. Ambientediritto.it*, 1,2020.
77. *Nota breve: la tutela dell'ambiente nelle costituzioni degli Stati membri dell'Unione Europea*, n. 140, *Servizio Studi del Senato della Repubblica*, octobre 2019.
78. Par exemple la doctrine française a introduit le principe de la «solidarité écologique», M. Lucas, *Réflexions sur la portée du principe de solidarité écologique*, dans *Revue juridique de l'environnement*, Vol. 45, 4/2020, p. 715-732 ; A. Michelot, *Pour un principe de solidarité écologique? De la critique à la proposition, du droit interne au droit international*, dans *Revue juridique de l'environnement*, Vol. 45, 4/2020, p. 733-750.
79. Pour une réflexion très intéressante sur le thème, voir: R. Procaccini, *La responsabilità per danno ambientale: interventi preventivi e best practices*, dans *Quaderni della Fondazione Giandomenico Romagnosi*, n. 1/2021, marzo 2021.
80. À ce propos, le rapport «*Une justice pour l'environnement. Mission d'évaluation des relations entre justice et environnement*», CGEDD et IGJ, cit., souligne que «*trois ans après sa création, le nombre de procédures de réparation intégrale du préjudice est inférieur à dix actions devant le juge civil*».
81. À ce propos: *Préjudice écologique, bien dimensionner la réparation des dommages*, Commissariat général au développement durable, décembre 2018, www.ecologique-solidaire.gouv.fr.
82. Art. R 162-18 Code environnement qui prévoit un procès-verbal qui déclare la réalisation

CERIDAP

de mesures de réparation.

83. Un remerciement particulier à Pascale Steichen professeure agrégée de droit privé de l'Université Côte d'Azur pour l'aide, les corrections et la disponibilité.

La gestione dell'emergenza pandemica tra Schmitt e Kelsen

Margherita Ramajoli

DOI: 10.13130/2723-9195/2021-2-17

L'incessante produzione normativa per la gestione dell'emergenza pandemica costituisce un interessante banco di prova per verificare la tenuta del nostro sistema tradizionale di tutela degli interessi generali che si identifica nel binomio legge generale, astratta e durevole nel tempo, da un lato, e provvedimento amministrativo tipico e puntuale, dall'altro. Le ordinanze di necessità e urgenza rivestono valore fortemente simbolico e carattere emblematico, perché mostrano un problematico rapporto tra diritto e potere. Per trovare un punto d'equilibrio tra regola ed eccezione occorre raffinare la tecnica del ricorso ai principi generali (principio di leale collaborazione, principio di supremazia dello Stato, principio di sussidiarietà, principio di ragionevolezza, principio di proporzionalità, principio di precauzione e principio di solidarietà). Gli eccessi -di centralismo, di regionalismo, di autoritarismo, di individualismo- sono sempre pericolosi.

The management of the pandemic emergency between Schmitt and Kelsen

The ongoing issuing of regulations in order to face the emergency stemming from the pandemic represents an interesting test to verify the integrity of our traditional system of protection of general interests. This system consists in the combination of general law, abstract and durable over time, on the one hand, and typical and punctual administrative provision, on the other. The orders of necessity and urgency are highly symbolic and emblematic, because they show a problematic relationship between law and power. The technique of using general principles (such as the principle of sincere cooperation, the principle of state supremacy, the principle of subsidiarity, the principle of reasonableness, the principle of proportionality, the precautionary principle and the principle of solidarity) must be refined in order to strike a balance between the rule and the exception. The excesses - of centralism, regionalism, authoritarianism and individualism - are always dangerous.

1. Tutela degli interessi generali tra regola ed eccezione

L'epidemia ha determinato uno stato d'eccezione con un potere che si espande e si consolida. Una molteplicità di atti regolativi, «*sprigionando una massa di prescrizioni dai contenuti frammentati*», ha sottoposto «*a inedita tensione non solo l'ordinamento giuridico, ma lo stesso tessuto politico e istituzionale del nostro Paese*»^[1].

L'incessante produzione normativa costituisce un interessante banco di prova per verificare la tenuta del nostro sistema tradizionale di tutela degli interessi generali che si identifica nel binomio legge generale, astratta e durevole nel tempo, da un lato, e provvedimento amministrativo tipico e puntuale, dall'altro.

All'estremo normativismo di stampo kelseniano, secondo cui il diritto si sviluppa sempre e costantemente in cristalline architetture partendo dalla norma fondamentale^[2], è dato contrapporre l'idea schmittiana che ritiene illusoria la totale giuridicizzazione del potere politico, perché il potere è per sua natura "decisione", e cioè discrezionalità, parzialità, particolarismo^[3].

Carlo Galli, riprendendo il pensiero di Schmitt, afferma che la sovranità, in quanto decisione, «*è il lato oscuro, non razionale della politica, e ha una dimensione teologico-politica perché è ... un'origine che a sua volta non ha né origine né fondamento, e che quindi non si spiega razionalmente*»^[4].

Dal punto di vista giuridico la sovranità trova espressione concreta nei decreti legge e nelle ordinanze di necessità e urgenza, la cui origine è comune e va ricercata nell'art. 63 della Costituzione prussiana^[5].

Entrambe queste tipologie di atti giuridici mostrano un problematico rapporto tra diritto e potere, tra legge e governo, tra regola ed eccezione, tra norma fondamentale e decisione singolare^[6].

L'eccezione fa parte della vita di un ordinamento giuridico proprio come ne fa parte la regola, perché quest'ultima rappresenta la possibilità della prevedibilità, mentre l'eccezione rappresenta la possibilità -ineliminabile- dell'imprevedibilità.

Il ruolo della legge, la tensione tra il suo carattere generale e le manifestazioni sempre diverse della singolarità, la difficile, ma necessaria, composizione fra la decisione "dispotica" e il rispetto di un ordine normativo indisponibile sono temi ampiamente trattati nella riflessione antica (da Platone ad Aristotele), poi ereditati dal mondo medievale e trasformati in termini moderni dalla rivoluzione

francese^[7].

Quest'ultima teorizza uno stato di necessità che in nome della lotta della luce contro le tenebre, della libertà contro il dispotismo, legittimamente azzera la legalità formale e i diritti individuali. Per Robespierre nei casi d'urgenza non occorrono leggi, bensì un governo pronto ad intervenire, libero dalle lentezze e dall'astrattezza delle regole, conta non la legge, ma l'eccezionalità della situazione^[8].

È solo nella Germania degli anni Trenta dell'Ottocento che l'espressione Stato di diritto (*Rechtsstaat*) e con essa la tematica dello stato di necessità esce dalla preistoria per entrare nella storia. Lo Stato di diritto nasce allo scopo di garantire le posizioni soggettive individuali, frenando la naturale tendenza del potere politico ad espandersi ed operare in maniera arbitraria: la pericolosità del potere è contrastata attraverso lo strumento del diritto, che consente la giuridicizzazione dell'intera struttura dello Stato^[9].

Ma la realtà concreta mostra come sia «*un pregiudizio credere che la legge possa estendersi sino ad eliminare del tutto ... la necessità ... Le aspirazioni verso la legalità sono salutari e conformi allo spirito del nostro diritto pubblico ma hanno un limite, per quanto semplice, inesorabile: quello del possibile*»^[10]. Infatti le ordinanze di necessità e urgenza sono state definite «*una valvola a disposizione della pubblica amministrazione per sfuggire alla condizione rigidissima della legge*»^[11], una sorta di meccanismo di sicurezza dell'ordinamento per fronteggiare situazioni imprevedibili.

Le ordinanze di necessità e urgenza rivestono dunque valore fortemente simbolico e carattere emblematico, in quanto evocative di un livello ulteriore di riflessione.

Se questi sono i riferimenti di teoria generale del diritto, quale è stata la concreta risposta all'attuale stato d'eccezione? Da quale modello idealtipico si è tratto ispirazione?

2. Quadro costituzionale ed esperienze pregresse

Per cercare di offrire una sistemazione a tutta la serie di decreti legge, decreti presidenziali, decreti ministeriali, ordinanze regionali, comunali che è stata emanata nell'attuale periodo pandemico, il punto logico di partenza è sempre la

Costituzione.

Infatti, mai deve essere dimenticato, neppure in tempi emergenziali, che viviamo in uno Stato di diritto.

In Italia manca però una disciplina costituzionale dell'emergenza, a differenza di quanto avviene in Spagna o in Francia. Vi è una disposizione che riguarda lo stato di guerra (art. 78 Cost.), ma essa non applicabile nelle presenti circostanze, perché guerra e pandemia non sono evidentemente la stessa cosa.

La Costituzione si limita a prevedere che in casi straordinari di necessità e urgenza il Governo adotta, sotto la sua responsabilità, decreti-legge, che sono atti provvisori sempre necessitanti di una successiva conversione in legge (art. 77, commi 2 e 3). Secondo la Carta, quindi, è il Governo nella sua completezza a dover far fronte alle situazioni emergenziali e anche Camera e Senato svolgono un ruolo parimenti centrale mediante la successiva ratifica parlamentare.

Sempre in Costituzione si rinviene il ritaglio di competenze tra Stato e Regioni relativamente alle materie chiamate in causa dall'emergenza pandemica. In generale il riparto di competenze consegnatoci dall'art. 117 Cost. risulta complesso e controverso. Su di esso si è intervenuti o si è cercato di intervenire più volte dal 1948 ad oggi, dal momento che frequenti sono le tenzioni tra Stato e Regioni che la Corte costituzionale si trova poi a dirimere, con una conflittualità altissima e inspiegabile agli occhi di un semplice cittadino.

In base all'attuale riparto di competenze unicamente lo Stato può emanare leggi in materia di ordine pubblico e di sicurezza (art. 117, comma 2, lett. h) e di profilassi internazionale (art. 117, comma 2, lett. q), mentre sussiste una competenza concorrente tra Stato e Regioni per quanto riguarda la tutela della salute (art. 117, comma 3), con la conseguenza che, se legge statale definisce i principi fondamentali relativi alla tutela della salute, le Regioni hanno la competenza ad emanare leggi all'interno della cornice fornita.

Questo è il quadro costituzionale.

Scendendo di livello nella gerarchia delle fonti del diritto, alcune leggi sono idonee potenzialmente ad assumere rilevanza in materia. Infatti, i provvedimenti emergenziali non sono certo una novità nel nostro ordinamento giuridico, perché da sempre si pone il problema di fronteggiare situazioni di necessità non prevedibili^[12].

Basti pensare alla legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale che consente al

Ministro della Sanità di emettere ordinanze urgenti e che attribuisce lo stesso potere ai Presidenti delle Regioni e ai Sindaci, logicamente con efficacia limitata ai rispettivi territori di competenza (art. 32 della legge n. 833 del 1978); oppure al Testo Unico degli enti locali, che conferisce ai Sindaci di emanare ordinanze (art. 50 del d.lgs. n. 267 del 2000); o, ancora, al codice della protezione civile che attribuisce un potere di ordinanza allo Stato, più precisamente al capo dipartimento della Protezione civile incardinato presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, potere da esercitare d'intesa con le Regioni interessate, delineando una collaborazione tra Stato e Regioni di tipo forte (art. 25 del d. lgs. n. 1 del 2018).

Indubbiamente si tratta di un impianto non sistematico, visto che disegna una costellazione di norme attributive di poteri, vuoi allo Stato, vuoi alle Regioni, vuoi ai Comuni, in maniera poco coordinata.

In questo contesto s'inserisce il particolare modello normativo adottato per la gestione della pandemia. Tale modello parte da due premesse logiche: la gestione della lotta al Coronavirus richiede l'esercizio dei poteri emergenziali essenzialmente a livello statale e il bisogno di assumere decisioni in maniera rapida richiede la concentrazione dei poteri nelle mani del Governo.

Il potere «tende a spostarsi verso l'esecutivo, minando il principio di separazione e l'indipendenza della magistratura. Questo pericolo è ancor più pronunciato in un'emergenza come la pandemia Covid 19, connotata da misure di confinamento a cui è conseguita, soprattutto nella prima fase, una ridotta funzionalità dei parlamenti e dei tribunali», come acutamente osservato dalla Commissione Europea per l'efficienza della Giustizia (CEPEJ) nel rapporto predisposto sul Funzionamento delle Corti durante la pandemia in tempo di emergenza^[13].

3. Accentramento e decentramento

Queste premesse logiche hanno subito un'ulteriore accentuazione nella logica dell'accentramento. Accentramento sia per quanto riguarda la dinamica interna al Governo, sia per quanto attiene alla dialettica tra Stato e Regioni.

La scelta concreta compiuta per la gestione dell'emergenza da Covid 19 è stata di non ricorrere a schemi normativi preesistenti, bensì di costruire un impianto normativo originale. Questo impianto è anzitutto incentrato non su decreti leggi,

bensi su quelle particolari ordinanze di necessità e urgenza che sono i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri. Impianto quindi caratterizzato dall'assunzione di ogni responsabilità politica e amministrativa in capo al Presidente del Consiglio dei Ministri e dalla marginalizzazione del Parlamento e il resto del Governo^[14].

La prima decretazione legge in materia attribuiva al Presidente del Consiglio un enorme potere atipico, che è stato via via più dettagliato dalla successiva decretazione. In particolare, le nuove norme attributive del potere hanno introdotto un termine massimo di durata per le misure adottate e hanno previsto il parere del comitato tecnico scientifico istituito presso la Protezione Civile (d.l. n. 6/2020, poi quasi interamente abrogato e sostituito dal d.l. n. 19/2020, d.l. n. 33/2020, d.l. n. 83/2020; d.l. n. 125/2020; d.l. n. 158/2020, d.l. n. 172/2020, d.l. n.1/2021, d.l. n. 2/2021, d.l. n. 12/2021 e d.l. n. 15/2021)^[15].

Nonostante quest'ultimo intervento correttivo, resta il problema che i D.P.C.M. non sono sottoposti ad alcun vaglio né delle Camere, né del Presidente della Repubblica, tant'è che sono state avanzate proposte volte ad introdurre almeno un parere preventivo del Parlamento o altre misure di raccordo^[16].

Inoltre, il procedimento di emanazione dei D.P.C.M. prevede sì un coinvolgimento anche delle Regioni, ma si tratta di un meccanismo di coordinamento "debole", perché la disciplina normativa si limita a disporre che le ordinanze in questione siano adottate una volta sentite le Regioni interessate. Ben diverso è il procedimento previsto dal codice della protezione civile, in base al quale le relative ordinanze possono essere adottate solo dopo avere acquisito l'intesa con le Regioni territorialmente interessate (art. 25 del d. lgs. n. 1 del 2018).

Con riferimento più specifico alla dialettica tra Stato e Regioni, la dinamica coinvolge sia il livello della legislazione primaria sia il livello amministrativo.

Partiamo dal primo livello. La pandemia invoca interventi legislativi rientranti anzitutto nella materia della "profilassi internazionale", che è riservata alla competenza esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, comma 2, lettera q, della Costituzione.

Ciò è stato a chiare lettere affermato dalla Corte costituzionale nell'ordinanza sospensiva dell'efficacia della legge della Regione Valle d'Aosta che aveva introdotto misure di contenimento della diffusione del virus prevedendo una

disciplina diversa e meno restrittiva di quella nazionale con riferimento alle aperture di alberghi, ristoranti e altri esercizi commerciali ^[17], ordinanza da ultimo confermata dalla sentenza di accoglimento di pochi giorni fa, le cui motivazioni arriveranno solo nelle prossime settimane ^[18].

Già dalla decisione cautelare emergono limpidamente due principi: che la pandemia *«ha richiesto e richiede interventi rientranti nella materia della profilassi internazionale di competenza esclusiva dello Stato»* e che esiste un *«interesse pubblico ad una gestione unitaria a livello nazionale della pandemia, peraltro non preclusiva di diversificazioni regionali nel quadro di una leale collaborazione»* ^[19].

In altri termini, domina il principio di supremazia dello Stato, temperato però dal principio di sussidiarietà. Esistono situazioni in cui la gestione unitaria di determinate competenze normative soddisfa l'interesse dell'intera nazione. La Costituzione consente un margine di autonomia legislativa per le Regioni, a prescindere dal fatto che esse siano a Statuto ordinario oppure a Statuto speciale, ma solo all'interno di una data cornice nazionale.

Per quanto riguarda il livello amministrativo di disciplina, esso presenta una ben maggiore vivacità, in ragione di una concorrenza confusa di competenze. Ferma restando la regia nazionale nella gestione dell'emergenza, la serie di decreti legge prima menzionata ha attribuito anche ai Presidenti delle Regioni e ai Sindaci il potere di emanare ordinanze per affrontare specifiche esigenze locali. Del resto, come si è già sopra sottolineato, da tempo il Presidente della Regione e il Sindaco hanno il potere di adottare ordinanze contingibili e urgenti e non solo nel settore della sanità pubblica.

Ora, una gestione efficiente dell'epidemia reclama l'applicazione di un altro principio di rango costituzionale e cioè del principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni tra i vari soggetti che compongono la Repubblica, principio fondamentale nell'assetto di competenze del Titolo V.

Tuttavia, in concreto, il principio di leale collaborazione è il grande assente a livello amministrativo. Manca ed è mancato un coordinamento tra i pubblici poteri, che hanno proceduto in ordine sparso, talvolta pure in maniera contraddittoria, generando tensioni tra i diversi piani istituzionali, confusione tra i cittadini e un ampio contenzioso davanti al giudice amministrativo ^[20].

L'acuirsi dei conflitti ha addirittura portato a resuscitare un istituto in

desuetudine, ossia l'annullamento straordinario governativo "a tutela dell'unità dell'ordinamento". Si tratta di un potere discrezionale assai risalente nel tempo, che spetta al Governo per la sua qualità di autorità apicale di tutta l'organizzazione pubblica (art. 6 della legge comunale e provinciale n. 383/1934, ora art. 2, comma 3, lett. *p*, della legge n. 400/1988 e all'art. 138 T.U.E.L.). Istituito in desuetudine visto che da decenni la dottrina più attenta lo ha definito in contrasto con gli artt. 5 e 130 Cost.^[21] e che comunque è applicabile solo nei confronti dei Comuni e non delle Regioni^[22].

L'occasione per consentire l'esercizio dell'annullamento governativo, che prevede un parere obbligatorio da parte del Consiglio di Stato, è stata offerta da un'ordinanza del Sindaco di Messina introduttiva di un potere di autorizzazione all'ingresso e al transito sul proprio territorio. Il Consiglio di Stato ha fornito parere favorevole al Governo per l'annullamento in via straordinaria, in quanto non è stato ritenuto configurabile un potere del Sindaco di un Comune di dettare norme che trovino applicazione ed abbiano efficacia vincolante al di fuori del perimetro della propria circoscrizione territoriale. *«In presenza di emergenze di carattere nazionale, - ha precisato il Consiglio di Stato- pur nel rispetto delle autonomie costituzionalmente tutelate, vi deve essere una gestione unitaria della crisi per evitare che interventi regionali o locali possano vanificare la strategia complessiva di gestione dell'emergenza, soprattutto in casi in cui non si tratta solo di erogare aiuti o effettuare interventi ma anche di limitare le libertà costituzionali»*^[23].

4. Alla ricerca di un equilibrio di sistema

Il tema delle restrizioni delle libertà costituzionali evocato dal Consiglio di Stato merita qualche breve riflessione supplementare, coinvolgendo in prima persona i cittadini.

Le ordinanze di necessità e urgenza sono sempre state guardate con sospetto, da qualunque soggetto adottate (Presidente del Consiglio, Commissari straordinari, singoli Ministri, Prefetti, Presidente della Regione, Sindaco).

Esse appaiono intrise di un potere autoritario, perché introducono misure che incidono pesantemente su libertà costituzionali, come le libertà di movimento e di circolazione, di soggiorno, di riunione, d'iniziativa economica, religiosa e di

culto. Tutte libertà alle quali siamo abituati e date per acquisite in uno Stato democratico.

Per quanto riguarda la regolazione della crisi pandemica attuale, originariamente, sia pure per breve periodo, la questione sanitaria ha assorbito ogni sforzo nel disegnare le politiche pubbliche, ma ben presto alla drammatica emergenza sanitaria si è venuta ad affiancare una altrettanto drammatica emergenza economica, finanziaria e sociale.

Di conseguenza per i pubblici poteri non vi è più un solo obiettivo da raggiungere, ma ve ne sono tanti, potenzialmente in conflitto tra loro (salute, libertà di circolazione, libertà d'impresa, libertà di culto, occupazione, ordine pubblico).

Come già il descritto contrasto tra livelli di governo, anche questa tensione tra autorità e singoli ha prodotto un enorme contenzioso, essenzialmente di tipo cautelare. Arbitri nel delicato bilanciamento tra salvaguardia della salute e le limitazioni e compressioni dei diritti e libertà fondamentali sono divenuti i giudici amministrativi, ma è una supplenza temporanea perché i soggetti istituzionalmente deputati ad effettuare questo bilanciamento sono anzitutto i pubblici poteri^[24].

Si tratta di un bilanciamento che presenta caratteri di notevole delicatezza, dal momento che le ordinanze di necessità e urgenza, sono espressione di un potere non solo straordinario, ma anche derogatorio, in quanto esse posseggono una capacità derogatoria di norme primarie^[25].

Al fine di limitare l'efficacia derogatoria del potere di ordinanza viene in aiuto la decennale giurisprudenza della Corte costituzionale. Da tempo la capacità derogatoria posseduta dalle ordinanze di necessità e urgenza è stata ampiamente considerata, analizzata, e, infine, circoscritta dalla giurisprudenza costituzionale. Essa, infatti, è stata chiamata fin da subito a pronunciarsi sulla possibile compressione dei diritti e delle libertà delle persone provocata da tali ordinanze.

La risposta fornita dalla giurisprudenza costituzionale è stata d'individuare il rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico quale limite alla legittimità costituzionale delle ordinanze. Ciò a far data da una sua nota sentenza degli anni Cinquanta del secolo scorso, relativa alla disciplina del potere prefettizio di ordinanza che aveva vietato lo strillonaggio in strada e la vendita a domicilio di giornali politici, per la violazione di alcuni diritti costituzionalmente

garantiti, tra cui la libertà di manifestazione del pensiero (art. 2 del r.d. n. 773 del 1931). Nel caso di specie la Corte costituzionale ha avuto modo di riconoscere la legittimità della norma, proprio perché attributiva di un potere limitato nel tempo e vincolato ai principi dell'ordinamento giuridico^[26].

Si tratta di una giurisprudenza che nutre un profondo debito nei confronti di una parte della dottrina amministrativistica^[27] e che è stata recepita almeno a partire dagli anni Novanta del secolo scorso dal legislatore ordinario, il quale nell'introdurre il potere d'ordinanza è solito precisare che le ordinanze in questione sono emanate, anche se in deroga ad ogni disposizione vigente, pur sempre nel rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico (art. 5, comma 2, legge n. 225/92, ma ancor prima nella legislazione straordinaria degli anni Ottanta in occasione di terremoti)^[28].

Di conseguenza, anche nel caso in cui la libertà del singolo e la tutela della collettività entrano tra loro in rotta di collisione, occorre raffinare la tecnica del ricorso ai principi generali per uscire dal conflitto. E' la stessa impostazione che si è sottolineato essere necessaria nella distinta ipotesi di conflitti tra istituzioni pubbliche, che reclamano l'applicazione dei principi di leale collaborazione, del principio di supremazia dello Stato e del principio di sussidiarietà.

Il giusto equilibrio tra l'interesse della collettività a evitare il propagarsi dei contagi e la libertà e l'autonomia delle persone passa dunque attraverso una puntuale applicazione sia del principio di ragionevolezza e del principio di proporzionalità, sia anche del principio di precauzione e del principio di solidarietà^[29].

Per evitare che la tenuta del nostro sistema tradizionale di tutela degli interessi generali si incrina sotto il giogo del problematico rapporto tra diritto e potere, tra legge e governo, tra regola ed eccezione, tra norma fondamentale e decisione singolare, è necessario trovare un punto d'equilibrio tra tutte queste coppie dialettiche. Gli eccessi -di centralismo, di regionalismo, di autoritarismo, di individualismo- sono sempre pericolosi.

1. F. Patroni Griffi, Relazione sull'attività della giustizia amministrativa del Presidente del Consiglio di Stato, 2021, 5.
2. H. Kelsen, Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, Napoli, 1997, trad. it. di Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtsätze, Tübingen, 1911, I ed.; Id., Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale.

- Contributo per una dottrina pura del diritto, Milano, 1989, trad. it. di *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre*, Tübingen, 1920.
3. C. Schmitt, *Teologia politica: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in *Le categorie del "politico". Saggi di teoria politica*, Bologna, 1972, 29 ss., trad. it. di *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre der Souveränität*, München-Leipzig, 1922, trad. it. in
 4. C. Galli, *Sovranità*, Bologna, 2019, rispettivamente 124 e 97.
 5. F. Cammeo, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. III, Milano, 1901, 110 ss., 194; S. Romano, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, 251 ss.
 6. Sul punto, se si vuole, M. Ramajoli, *Potere di ordinanza e Stato di diritto*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, vol. I, 735 ss.
 7. E. Raffiotta, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, 2019, 13 ss.
 8. P. Costa-D. Zolo (a cura), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, 2002, 17 ss.
 9. R. Villata-M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, II ed., 4 ss.
 10. S. Romano, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1926, 287, 269.
 11. M.S. Giannini, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, 102.
 12. R. Cavallo, voce *Ordine e ordinanza nel diritto amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, I agg., Torino, 2010, 336 ss.
 13. OSCE, *The functioning of courts in the Covid -19 Pandemic, Primer*, ottobre 2020, <https://www.osce.org/files/f/documents/5/5/469170.pdf>.
 14. M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in <https://www.giurcost.org>.
 15. E. Raffiotta, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in *BioLaw Journal*, 2020.
 16. G. Napolitano, *Proteggiamo il Parlamento*, in *La Repubblica*, 14 novembre 2020.
 17. Corte costituzionale, ord. 14 gennaio 2021, n. 4.
 18. Ma già anticipate dall'ufficio stampa della Corte costituzionale, il quale precisa che la Corte «ha ritenuto che il legislatore regionale, anche se dotato di autonomia speciale, non può invadere con una sua propria disciplina una materia avente ad oggetto la pandemia da COVID-19, diffusa a livello globale e perciò affidata interamente alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, a titolo di profilassi internazionale». (<https://www.cortecostituzionale.it/comunicatiStampa.do>).
 19. Ancora Corte cost., n. 4/2012. Sulla decisione cfr. S. Cassese, *Cambiare la rotta*, in *Corriere della sera*, 27 febbraio 2021.
 20. Su questi aspetti e sulle particolari dinamiche tra Stato e Regione sia consentito rinviare a M. Ramajoli, *Emergenza, disordine, solidarietà*, in *Il diritto dell'economia*, 2020.
 21. E. Cannada Bartoli, voce *Annulabilità*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, vol. II, 484 ss., 491-492.

CERIDAP

22. Corte cost., 21 aprile 1989, n. 229, in Foro it., 1989, I, 2085.
23. Cons. Stato, sez. I, parere 7 aprile 2020, n. 735.
24. F. Patroni Griffi, Relazione, cit., 5 ss.
25. G. Morbidelli, Delle ordinanze libere a natura normativa, in Dir. amm., 2016, 33 ss.
26. Corte costituzionale, 2 luglio 1956, n. 8.
27. F. Cammeo, C. Vitta, Sanità Pubblica, in V.E. Orlando (a cura di), Trattato di diritto amministrativo italiano, cit., IV, 2° parte, Milano, 1905, 213 ss., 258-259.
28. R. Cavallo Perin, Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza, Milano, 1990, 1 ss
29. Su quest'ultimo principio cfr. B. Tonoletti, Costituzione giuridica delle cose e rigenerazione del legame sociale, in Dir. amm., 2019, 249 ss.

L'Unione Europea come comunità di implementazione. Strategie nazionali di recepimento delle direttive europee

Karl-Peter Sommermann e Cristina Fraenkel-Haerberle

DOI: 10.13130/2723-9195/2021-2-18

Alla luce di un ordinamento dell'Unione Europea sempre più diversificato e complesso, le amministrazioni degli Stati membri sono chiamate a compiere un costante sforzo di adeguamento. La gamma degli interventi richiesti in sede di trasposizione del diritto dell'Unione Europea spazia, nelle diverse prassi nazionali, da adattamenti puntuali a un sostanziale ripensamento delle regole procedurali e organizzative. L' "europeizzazione" dei diritti nazionali assume quindi innumerevoli connotazioni che variano tipologicamente dalle modifiche direttamente riconducibili al diritto sovranazionale a quelle che assimilano nell'ordinamento interno le trasformazioni indotte dall'integrazione europea pur in assenza di una specifica prescrizione normativa. L'analisi, effettuata nell'ambito del progetto di ricerca recentemente conclusosi al German Research Institute of Public Administration (Speyer) sull' "europeizzazione e internazionalizzazione delle amministrazioni nazionali in chiave comparata", esamina, prendendo a paradigma la trasposizione delle direttive in materia ambientale, le diverse strategie di implementazione messe in atto dagli Stati membri dell'UE. I risultati di questo studio comparato mostrano un quadro eterogeneo e difficilmente riconducibile ad un modello comune di implementazione.

The European Union as an implementing community. National strategies for the transposition of European directives

It has long been a commonplace that the European Union forms a community of law and that the principle of "integration through law" is one of its central characteristics. In view of the growing scope and complexity of Union law, which requires ever new adaptations from the Member States, research on the implementation of Union law, which also works empirically, is gaining considerable importance. An international

research project conducted at the German Research Institute for Public Administration was dedicated to the implementation and adaptation strategies of selected EU Member States. It investigated the transposition of organisational and procedural requirements for national administrations as laid down in EU directives related to environmental and energy policy. The investigation focused on various modalities of transposition: minimum transposition (“copy out”), the enactment of provisions that create obligations going beyond the requirements of the Directive (“gold-plating”) and the extension of the rules or principles of the Directive to other fields of law (“spill-over”), either by including a subject area not provided for in the Directive in the scope of application of the transposition provisions (spill-over in the narrow sense) or by fundamentally reforming a legal area on the occasion of the Directive (spill-over in the broad sense). The comparative analysis revealed a low degree of strategic use of transposition modalities. However, there is a growing awareness among Member States that they belong not only to a law community, but also to an implementation community. This is not least due to the mechanisms and procedures of intertwining Union and national action.

1. L’implementazione del diritto dell’Unione Europea come campo d’indagine^[1]

Costituisce ormai da tempo un concetto consolidato che l’Unione Europea sia una “comunità di diritto” e che il principio della “*integration through law*”^[2] rappresenti uno dei suoi principali tratti distintivi. Come “comunità di diritto”, l’Unione europea non solo richiede a tutti gli Stati membri il rispetto di standard giuridici comuni, racchiusi nel proprio diritto primario e secondario, ma è parimenti tenuta a offrire ai cittadini dell’Unione, in sede di recepimento del diritto europeo, le stesse garanzie che lo Stato di diritto offre a livello nazionale. In questa prospettiva, il concetto di “comunità di diritto” è assimilabile a quello di “Stato di diritto”^[3]. A partire dagli anni '90, il principio dello “Stato di diritto” è esplicitamente contemplato dal diritto primario dell’UE^[4] e – in una prospettiva generale – rappresenta una garanzia anche rispetto alle violazioni del principio dello Stato di diritto perpetrate dagli stessi Stati membri^[5]. Scaturito originariamente dalle tradizioni di libertà e dalle guarentigie costituzionali degli Stati nazionali europei, per essere successivamente recepito a livello dell’Unione,

tale postulato costituzionale ora compie il percorso inverso, cementando la tutela a livello nazionale.

Sono ormai innumerevoli gli studi e le pubblicazioni sull'interazione tra il diritto degli Stati membri e quello dell'Unione europea e in particolare sull'europeizzazione del diritto amministrativo nazionale. L'attenzione invece riservata al *diverso* recepimento del diritto europeo all'interno degli Stati membri, nonostante il suo fondamentale impatto sulle prassi implementative nazionali, è stata finora contenuta^[6]. Ciò vale, in particolare, per l'implementazione delle direttive. Fondamentale importanza per la compenetrazione tra diritto europeo e diritto nazionale assume la questione se, anche nei casi in cui il diritto dell'Unione riconosca agli Stati membri un margine di azione, si possano raggiungere standard giuridici equivalenti negli ordinamenti nazionali. Se già l'attuazione dei regolamenti dell'Unione Europea evidenzia forti scostamenti tra gli Stati membri non unicamente riconducibili ai diversi contesti, bensì anche a culture amministrative differenti^[7], il recepimento delle direttive aggiunge nuove variabili, suscettibili di favorire notevoli divaricazioni. Tali elementi di differenziazione spaziano dall'organizzazione statale (come la diversa distribuzione delle competenze legislative e gli interessi divergenti perseguiti dalle unità sub-statali), per ricomprendere costruzioni e categorie dogmatiche disomogenee (incluso l'adattamento, eventualmente necessario, a preesistenti codificazioni uniformatrici), fino alle influenze culturali e delle politiche nazionali sull'attività legislativa.

In considerazione della crescente ampiezza e complessità del diritto dell'Unione, che richiede costantemente nuovi adattamenti da parte degli Stati membri, lo studio delle strategie implementative assume un ruolo sempre più rilevante anche per la scienza giuridica. Esso è saldamente ancorato a un approccio scientifico orientato al dato fattuale (*wirklichkeitswissenschaftlicher Ansatz*)^[8], avendo come punto di fuga un'implementazione giuridica efficace. Il suo campo d'indagine non può limitarsi all'analisi giuridica, dovendo includere anche studi empirici^[9]. Risulta particolarmente utile, a questo proposito, l'esame delle controversie giurisdizionali e delle relative decisioni giurisprudenziali, la cui ricostruzione dei fatti mette a disposizione un ricco materiale empirico. Sebbene si possano estrapolare da un alto numero di casi carenze strutturali simili della strategia di implementazione e forse anche della cultura amministrativa, l'analisi casistica

mette normalmente in rilievo solo singoli aspetti dell'applicazione della legge. Lo studio dell'implementazione non può quindi in alcun modo limitarsi a questi dati episodici. L'analisi deve invece includere un ampio spettro di questioni da approfondire, che spaziano dalla concretizzazione delle disposizioni legislative da parte del diritto secondario e delle norme interne all'amministrazione, tra cui circolari e istruzioni, riferite allo svolgimento di fatto (e quindi non solo giuridico) dei processi decisionali, fino all'analisi del comportamento dei pubblici funzionari nei confronti dei cittadini. In riferimento al diritto dell'Unione Europea, lo studio dell'implementazione non investe unicamente l'esegesi e l'attuazione del diritto dell'Unione da parte delle autorità nazionali, ma anche le modalità in cui le direttive vengono recepite. Il riferimento normativo è l'art. 197, c. 1, TFUE, che considera «*l'attuazione effettiva del diritto dell'Unione*» una «*questione di interesse comune*» e che quindi identifica l'Unione Europea come una «comunità di implementazione».

Un progetto di ricerca internazionale, condotto negli ultimi cinque anni al *Deutsches Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung* (Istituto di ricerca tedesco per la Pubblica amministrazione) a Speyer, ha affrontato un aspetto di questa problematica, analizzando le strategie di implementazione e di adeguamento adottate da Stati membri selezionati dell'UE^[10].

La ricerca è focalizzata sul recepimento delle direttive in ambito ambientale e sulla politica energetica dell'Unione Europea, che, come noto, perseguono l'obiettivo di promuovere un ravvicinamento strutturale e di favorire l'interoperabilità, anche mediante l'uniformazione dei procedimenti amministrativi e degli assetti organizzativi nazionali. Sebbene gli aspetti procedurali e organizzativi siano, come si è detto, particolarmente radicati nell'«*evoluzione storica delle singole tradizioni statali*»^[11], finora mantenute dall'UE, in linea di principio, nella sfera dell'autonomia nazionale, questo criterio risulta progressivamente eroso da un diritto europeo sempre più penetrante^[12]. Per lo studio comparato delle strategie di implementazione, l'analisi del recepimento di tali direttive, proprio in quanto incidenti sul procedimento amministrativo e sull'organizzazione delle amministrazioni, risulta quindi di particolare interesse, non solo in quanto pone in risalto l'effetto nomopoietico del diritto europeo sull'organizzazione e l'azione statale, ma anche perché consente di analizzare efficacemente la reazione degli Stati membri agli interventi sugli apparati amministrativi nazionali e agli impulsi

per il loro ulteriore sviluppo. In questo senso, il progetto di ricerca mira ad ottenere informazioni sulla prassi implementativa e, per quanto possibile, sulle strategie di implementazione degli Stati membri selezionati per l'indagine. L'analisi cerca di rispondere, *inter alia*, ai seguenti specifici quesiti:

- è riscontrabile nell'implementazione delle direttive UE una tendenziale propensione per un recepimento minimalista (implementazione 1:1)? In che misura si fa ricorso alla tecnica implementativa del «*copy out*»?
- È riscontrabile in fase implementativa il ricorso al *gold plating*, cioè all'emanazione di disposizioni che prescrivono obblighi che vanno oltre i requisiti prescritti da una direttiva?
- Sono riscontrabili situazioni, in cui il recepimento di una direttiva viene esteso a materie non interessate dal diritto europeo (*spill over* in senso stretto), oppure rappresenta addirittura l'occasione per operare una riforma generale di un intero ambito dell'amministrazione (*spill over* in senso lato)?
- Sono riscontrabili specifici ostacoli o difficoltà di recepimento, riconducibili alle particolarità dell'ordinamento costituzionale nazionale, dell'organizzazione statale, della tradizione giuridica o della cultura amministrativa?

Qui di seguito verranno riportati unicamente i risultati della ricerca sull'implementazione delle direttive in materia ambientale emergenti dall'analisi comparata delle tecniche e delle strategie di recepimento adottate dagli Stati membri. Il progetto si è incentrato sulle direttive europee sulla valutazione di impatto ambientale^[13], sulla valutazione ambientale strategica^[14], sull'autorizzazione integrata ambientale^[15], sul diritto all'informazione ambientale^[16] e sulla partecipazione del pubblico^[17], che hanno notoriamente introdotto una disciplina particolarmente innovativa. Anche in passato, del resto, il settore della tutela dell'ambiente, a causa del suo sviluppo dinamico e del suo ruolo pionieristico nella sperimentazione di nuove modalità procedurali, è divenuta «ambito di riferimento»^[18] centrale nella comparazione, assumendo il ruolo di locomotiva dell'innovazione nell'ordinamento europeo.

Per l'analisi sull'implementazione delle direttive concernenti il settore energetico si rinvia invece al volume in lingua tedesca «*Praxis der Richtlinienumsetzung im Europäischen Verwaltungsverbund*»^[19] dove sono presentati i risultati della ricerca.

2. Le diverse tecniche di trasposizione delle direttive negli Stati membri

Nell'analisi delle modalità di attuazione delle direttive negli Stati membri, tre varianti assumono, come accennato, particolare interesse, essendo frequentemente legate a considerazioni strategiche: in primo luogo, l'attuazione minimale, finalizzata alla minore interferenza possibile nell'ordinamento degli Stati membri; in secondo luogo il “*gold plating*”, che si caratterizza per l'aggiunta di prescrizioni non previste dal diritto europeo e che viene quindi ritenuto controproducente anche da Bruxelles, in quanto può comportare distorsioni o ibridazioni suscettibili di pregiudicare il conseguimento degli obiettivi posti dal diritto europeo^[20]; e in terzo luogo, la tecnica dello “*spill over*”, che estende l'ambito di attuazione oltre quanto specificato da una direttiva e può persino sfociare in riforme strutturali del diritto nazionale. Soprattutto quest'ultima tecnica evidenzia potenzialità innovatrici del diritto dell'Unione, che vanno ben oltre il suo ambito di intervento.

2.1. Diffusa preferenza per un'implementazione minimalista?

La trasposizione delle direttive europee negli ordinamenti degli Stati membri richiede, come è noto, l'introduzione di istituti giuridici spesso estranei alla tradizione nazionale.

L'analisi comparata delle tecniche di recepimento poste in essere dagli Stati membri ha tuttavia evidenziato una diffusa propensione ad una trasposizione “minimalista” delle regole dettate da Bruxelles. Particolarmente emblematica appare a questo proposito la posizione dell'ordinamento austriaco, che, a partire dal 2000, ha inserito nei propri programmi di governo l'impegno a contrastare, anche a livello politico e persino con operazioni “ostracizzanti”, un'attuazione “esorbitante” del diritto europeo, arrivando nella corrente legislatura (2017-2022) a contrastare fortemente il *gold plating*^[21].

Anche in Germania l'obiettivo dichiarato dell'attuazione “uno a uno” (*Eins-zu-eins-Umsetzung*) delle prescrizioni del diritto europeo è stato espressamente (e ripetutamente) inserito anche nell'attuale patto di coalizione, risalente al 2018

(oltre che negli accordi delle precedenti legislature), come principio guida della politica governativa^[22]. Questa modalità di recepimento lascia spazio a diverse interpretazioni: da un lato si ritiene che le direttive europee debbano essere trasposte (con teutonica precisione) in modo accurato, cioè senza omettere nulla, dall'altro – e in particolare – viene posta in risalto l'esigenza di non intervenire sull'ordinamento nazionale oltre lo stretto necessario^[23]. Da questa soluzione minimalista ci si aspetta, infatti, un minore impatto sul *corpus* legislativo e sull'organizzazione dell'amministrazione^[24].

Nella stessa direzione si muoveva l'ormai abrogata «*Transposition Guidance, how to implement European Directives effectively*» del *Department for Business, Enterprise & Regulatory Reform* britannico, stabilendo come principio di riferimento per l'implementazione delle direttive: «*ensure that (save in exceptional circumstances) the UK does not go beyond the minimum requirements of the measure which is being transposed*», e richiedendo una giustificazione apposita per qualsiasi intervento normativo inquadrabile come *gold plating*^[25]. Anche in merito al rispetto dei termini previsti per il recepimento di un atto europeo la *Transposition Guidance* stabiliva che gli atti di recepimento dovessero essere emanati possibilmente all'ultimo momento, e preferibilmente addirittura il giorno della scadenza, a meno che necessità impellenti non imponessero un'attuazione anticipata^[26].

Un esempio analogo è riscontrabile anche in Italia, dove la legge di stabilità del 2012^[27], introducendo un emendamento alla legge di semplificazione del 2005^[28] ha previsto che l'analisi dell'impatto della regolamentazione (AIR) preveda in un'apposita sezione che dia conto del rispetto dei «*livelli minimi di regolazione comunitaria*». In base a questa disposizione che ha introdotto il c.d. «*divieto del gold plating*», gli atti di recepimento delle direttive europee non possono, di regola, prevedere «*l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse*»^[29].

Queste soluzioni minimali, che spesso limitano la trasposizione ad un mero «*copy-out*», ossia alla ripresa letterale delle disposizioni delle direttive, tentano – in sostanza – di contenere lo sforzo di adattamento dei legislatori e delle amministrazioni. Proprio in quest'ottica nel 2006 il Consiglio di Stato francese ha raccomandato al governo di privilegiare una strategia implementativa minimale, in base alla quale gli atti normativi europei devono essere possibilmente recepiti

letteralmente (*transposition par recopie*). Tale tecnica è peraltro considerata maggiormente rispettosa del diritto primario e secondario dell'Unione Europea perché meno suscettibile di generare fraintendimenti, errori o omissioni^[30].

Anche a livello europeo l'*Agenda for Better Regulation of the European Commission* (2015) raccomanda agli Stati membri di evitare un *gold plating* ingiustificato, in sede di implementazione del diritto UE, in considerazione dei possibili maggiori oneri (e quindi svantaggi competitivi)^[31] provocati da questa tecnica implementativa per le aziende e la pubblica amministrazione (così detto «*regulatory burden*»)^[32]. All'opposto, secondo la Commissione Europea, «*spetta alle autorità degli Stati membri sfruttare le opzioni di semplificazione offerte dalla legislazione dell'UE e verificare che quest'ultima sia applicata a livello nazionale, regionale e locale con la maggiore efficacia ed efficienza possibile*»^[33]. Indipendentemente dalle raccomandazioni europee, ci sono altre due ragioni che consigliano ai governi ed ai legislatori nazionali di preferire al *gold plating* un'attuazione minimalista e cioè, da un lato, l'obiettivo di contenere al massimo "l'influenza esterna" di matrice europea, dall'altro, quello di scogiurare procedure di attuazione complicate e spesso controverse.

2.2. La strategia del “*gold plating*” come implementazione “esorbitante” e la sua diffusione nel contesto europeo

Alla luce di tale veloce panoramica, la diffusa preferenza per politiche di “no gold plating” – in base alle quali ogni recepimento non minimalista del diritto europeo assume una connotazione negativa^[34] – potrebbe sembrare un formidabile deterrente alle pratiche di implementazione esorbitante. Vi sono tuttavia anche indici di segno opposto.

Con l'espressione *gold plating* si intende, infatti, una tecnica di trasposizione del diritto europeo che gli consente di sconfinare, con riguardo all'oggetto o alle conseguenze giuridiche, rispetto alla sfera applicativa prefigurata dall'atto che s'intende recepire^[35].

Rispetto all'oggetto tale tecnica può, ad esempio, comportare come è avvenuto in Italia, l'estensione dell'ambito di applicazione della direttiva sulla prevenzione e riduzione integrata dell'inquinamento da emissioni industriali a impianti diversi da quelli contemplati dal diritto UE^[36]. Si ha invece *gold plating* rispetto alle

conseguenze giuridiche, qualora vengano introdotti meccanismi di *enforcement* o sanzioni più severe di quanto previsto da un atto comunitario^[37], ad esempio qualora, i valori limite di inquinamento, stabiliti a livello europeo, vengano resi più severi in sede di implementazione nazionale^[38].

La sfera di attuazione di una direttiva può quindi essere superata sia, esternamente – mediante lo sconfinamento in ambiti non contemplati dalla direttiva, secondo la tecnica dello *spill over*, che verrà approfondita nel prossimo paragrafo – sia “internamente”, qualora il legislatore nazionale regoli aspetti non considerati dalla direttiva stessa. In questi casi si ha una maggiore intensità normativa a livello nazionale rispetto al paradigma europeo, mediante un utilizzo “*intra muros*” dello spazio attribuito alla discrezionalità degli Stati membri^[39].

In relazione all’atto di recepimento si presentano invece due ipotesi. In primo luogo la trasposizione esorbitante può essere attuata all’interno di uno stesso atto il cui ambito di applicazione viene ad essere più ampio di quanto previsto dal diritto europeo (si pensi all’inserimento tra i soggetti obbligati, ai sensi della legge sull’informazione ambientale, di amministrazioni per le quali il diritto europeo prevede invece un’esenzione). In altri casi invece disposizioni che talvolta riprendono, addirittura pedissequamente, quanto disposto dal diritto europeo vengono inserite in un autonomo atto normativo, avente un oggetto diverso^[40].

Il ricorso al *gold plating* può essere sostenuto da diverse circostanze. Può, ad esempio, verificarsi il caso in cui il diritto nazionale già prima del recepimento di una direttiva risulti conforme ai requisiti prescritti dal diritto UE, anche in settori non rientranti nella sua sfera di applicazione^[41]. Viceversa considerazioni politiche possono avere un peso, qualora una soluzione introdotta sulla spinta del diritto europeo venga considerata particolarmente innovativa e convincente, e conseguentemente estesa anche ad ambiti diversi^[42]. Si è visto, ad esempio, che la direttiva che dà applicazione al secondo pilastro della Convenzione di Aarhus^[43] e consente la partecipazione di cittadini e organizzazioni non governative a progetti aventi rilevanza ambientale, è stata ritenuta particolarmente idonea a promuovere la “democrazia ambientale”, motivo per cui – come si illustrerà più avanti – questa soluzione è stata favorevolmente accolta come suscettibile di estensione.

La possibilità di ricorrere al *gold plating* dipende peraltro dal grado di armonizzazione che il diritto europeo richiede dal legislatore nazionale. Se esso prescrive un’armonizzazione completa (*Vollharmonisierung*), si ha la totale

sostituzione delle normative nazionali con uno standard comune. Tale meccanismo determina una sorta di svuotamento del potere statale di intervenire ed inibisce conseguentemente l'adozione di una diversa disciplina da parte degli Stati membri. Viceversa, se una direttiva prevede un'armonizzazione minima (*Mindestharmonisierung*), si avrà un ravvicinamento solo parziale della normativa statale, ma potranno essere adottate misure di maggiore protezione. In quest'ultimo caso lo spazio discrezionale di cui gli Stati membri possono disporre rimane esterno alla sfera del diritto UE^[44].

La preferenza per un'armonizzazione completa o minima va stabilita caso per caso. Vi sono però materie in cui il TFUE contiene indicazioni precise. Per esempio, nell'ambito del ravvicinamento normativo avente ad oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno, all'art. 114 commi 4 e 5 TFUE è previsto che, sotto la vigilanza della Commissione Europea, gli Stati membri possano mantenere o introdurre disposizioni nazionali relative, *inter alia*, alla protezione dell'ambiente, anche in esito all'adozione di una misura di armonizzazione a livello europeo, derogando quindi ai requisiti da essa stabiliti^[45]. Il *gold plating* può inoltre essere messo in atto anche nel caso di direttive che prevedano un'armonizzazione completa, purché il diritto primario contempli una clausola di rafforzamento della tutela che consenta agli Stati membri di mantenere standard nazionali più elevati^[46]. Ad esempio, l'art. 193 TFUE prevede che le misure di protezione nell'ambito della tutela dell'ambiente, adottate in base all'articolo 192, non impediscano ai singoli Stati membri di introdurre standard di tutela più rigorosi. In questo settore il *gold plating* è incoraggiato da una previsione espressa dei Trattati, analogamente a quanto avviene nell'ambito della tutela dei consumatori, ove la facoltà di introdurre norme di protezione più severe è prevista dall'art. 169, c. 4, TFEU^[47].

2.3. L'uropeizzazione indiretta (*spill over*) come opportunità per promuovere riforme ad ampio raggio in ambiti non toccati da una direttiva dell'UE

Si riscontrano talora situazioni particolari di *gold plating*, in cui l'uropeizzazione del diritto amministrativo, viene estesa – come si è detto – per via indiretta a materie non interessate dal diritto europeo, oppure il recepimento di un atto

dell'Unione Europea rappresenta addirittura l'occasione per operare una riforma generale dell'amministrazione^[48].

In pratica, mentre il *gold plating* viene prevalentemente inteso come un'implementazione esorbitante effettuata nell'ambito di attuazione di una direttiva, lo *spill over* viene a denotare lo sconfinamento del diritto europeo in ambiti esterni alla propria sfera d'influenza^[49]. In questi casi di europeizzazione indiretta, determinati standard, procedure e assetti organizzativi, prefigurati dal diritto europeo, vengono ad impattare altri soggetti, luoghi o oggetti, a cui si applicano di riflesso^[50].

Sebbene l'adozione di dure politiche di “*no gold plating*” potrebbe sembrare incompatibile con il diffondersi di pratiche di implementazione indiretta vi sono tuttavia dei segnali contrari. In particolare, il principio della libertà dell'informazione è una chiara dimostrazione di come, nonostante una trasposizione titubante del diritto europeo in materia di accesso alle informazioni ambientali, il legislatore nazionale sia stato stimolato a trasferire i principi contenuti nella direttiva 2003/4/CE (libertà di accesso alle informazioni ambientali e diffusione delle medesime da parte della P.A., nozione ampia di informazione ambientale non limitata ad un documento amministrativo e legittimazione all'accesso slegata dalla dimostrazione di un interesse qualificato) anche ad altri ambiti del diritto.

Prendendo ad esempio la Germania, vi è un ampio consenso tra gli studiosi in merito al fatto che la legislazione sull'accesso all'informazione ambientale (primo pilastro della Convenzione di Aarhus) abbia rappresentato il punto di partenza di un'ampia parabola legislativa in materia di trasparenza^[51].

In proposito si ritiene che nel diritto tedesco si sia passati, a partire dalla prima direttiva del 1990^[52], da una fase di vera e propria “astinenza normativa” (*Regelungsabstinenz*) ad una legislazione quasi ipertrofica in tema di trasparenza^[53]. Infatti, da allora tale principio è tutelato dalla legge sulla libertà d'informazione (*Informationsfreiheitsgesetz – IFG*) della Federazione, entrata in vigore il 1 gennaio 2006^[54], oltre che da diverse leggi di analogo tenore, promulgate dai *Länder* tedeschi nell'ambito della loro competenza in materia di provvedimento amministrativo^[55], già a partire dalla fine degli anni novanta del secolo scorso^[56].

In particolare, le leggi sulla libertà di accesso alle informazioni hanno sancito un

diritto alla trasparenza che va ben oltre il settore ambientale, ma che ne riprende i principi. La legge sulla trasparenza della città di Amburgo prevede, ad esempio, oltre ad un diritto di accesso su richiesta, un vero e proprio obbligo di pubblicazione di una lista di documenti da parte della P.A. (*proactive disclosure*)^[57]. Lo stesso dicasi della legge sulla trasparenza del *Land* Renania-Palatinato^[58], che disciplina l'istituzione di una "piattaforma digitale della trasparenza" su cui l'amministrazione è tenuta a pubblicare d'ufficio i documenti riportati in un apposito elenco^[59]. È anche previsto un feedback anonimo, cioè una funzione mediante la quale gli utenti della piattaforma possono valutare la qualità delle informazioni offerte e formulare proposte migliorative^[60]. La legge disciplina inoltre unitariamente il diritto di informazione ambientale e la libertà d'informazione in generale, superando il sistema dualistico previsto altrove^[61].

Anche in altri settori ove, similmente al diritto ambientale, vengono in rilievo interessi diffusi, come nell'ambito della tutela dei consumatori, una normativa analoga sull'accesso alle informazioni è stata disciplinata con apposita legge (*Verbraucherinformationsgesetz – VIG*)^[62]. Inoltre, in esito alla riunificazione tedesca, i *Länder* dell'ex Germania dell'est hanno inserito nelle loro Costituzioni il diritto di accesso alle informazioni ambientali, dando in tal modo nuovi impulsi alla strategia della trasparenza^[63]. Tale fermento normativo ha, infine, indotto la dottrina tedesca ad auspicare l'adozione di un codice unitario sulla libertà di informazione^[64].

Anche nel Regno Unito, parallelamente alla promulgazione delle *Environmental Information Regulations* (EIR), il *Freedom of Information Act* (FOIA), entrato in vigore nel 2004, ha introdotto la figura dell'*Office of Information Commissioner*, avente la funzione di promuovere un diritto generalizzato di accesso alle informazioni detenute dall'amministrazione^[65]. Sono state inoltre istituite autorità indipendenti (*Tribunals*) per la tutela di un diritto all'informazione inteso in senso assai più ampio da quanto previsto dall'EIR^[66]. Si tratta di organi di controllo creati *ex novo* all'interno dell'amministrazione allo scopo di imprimere una vera svolta, superando la *culture of secrecy* a favore di un *legal right to know*^[67].

Il caso italiano rappresenta un esempio particolarmente emblematico nell'analisi degli effetti di *spill over* della direttiva sull'informazione ambientale. La recente normativa varata in materia di trasparenza (decreto Madia n. 97/2016)^[68], che

punta a un diritto generale di accesso alle informazioni, a prescindere dalla posizione giuridica fatta valere, come previsto dall'art. 7 della legge delega n. 124/2015^[69], pare riprendere pedissequamente i principi della direttiva 2003/4/CE sull'informazione ambientale^[70]. In tal senso l'art. 2, c. 1, del decreto Madia prevede che tale trasparenza sia «*intesa come accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche*», con cui si esplicita altresì l'obiettivo di garantire un controllo sociale dell'attività amministrativa e di combattere la corruzione^[71].

In materia di partecipazione dei cittadini nelle attività aventi un impatto sull'ambiente, come seconda colonna della Convenzione di Aarhus, un effetto *di spill over* è altresì riscontrabile nella previsione del vigente codice italiano dei contratti pubblici^[72] sull'organizzazione di dibattiti pubblici (*débats publics*) per i progetti infrastrutturali di maggiori dimensioni. L'istituto giuridico del dibattito pubblico non è menzionato in nessuna delle tre direttive europee, attualmente in vigore in materia di appalti e concessioni^[73], e nemmeno dalla normativa precedente, essendo piuttosto riconducibile all'influsso della Convenzione di Aarhus^[74]. In attuazione del Codice dei contratti, l'istituto del dibattito pubblico è stato disciplinato in Italia con D.P.C.M. del 10 maggio 2018, n. 76, recante le modalità di svolgimento, tipologie e soglie dimensionali delle opere sottoposte a dibattito pubblico, che ha allocato la Commissione Nazionale per il Dibattito Pubblico presso il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti^[75]. Tale istituto tuttavia non è stato incredibilmente ancora mai utilizzato, poiché la Commissione nazionale sul dibattito pubblico è stata nominata solo il 30 dicembre 2020^[76].

Questa forma di partecipazione si è ispirata alla tradizione francese della *Commission Nationale du Débat Public*, istituita nel 1995 dalla cosiddetta *Loi Barnier*^[77] per sottoporre a verifica la compatibilità ambientale di grandi infrastrutture, e che in Francia ha ormai una tradizione consolidata anche in altri contesti. Basti ricordare che in occasione delle proteste innescate dai “*gilet jaunes*” la Commissione nazionale è stata invitata nel 2018, su iniziativa del presidente Macron, a convocare un “*Grand débat National*” per discutere le proposte

riformatrici, avanzate dalla società civile^[78].

Diversamente dal *gold plating*, si ritiene che lo *spill over* possa essere praticato anche nel caso di direttive che prevedano la piena armonizzazione del diritto europeo, considerando che il suo obiettivo non è quello di ampliare l'oggetto o di rendere più rigorosi gli standard normativi rispetto ad un atto normativo europeo, bensì quello di estenderne gli effetti di fuori della sua sfera di applicazione, allo scopo di preservare la coerenza e l'omogeneità del sistema giuridico nazionale, oltre che di evitare ingiustificate differenziazioni^[79].

3. Cenni conclusivi

Se la funzionalità dell'ordinamento giuridico dell'Unione Europea dipende dall'effettiva implementazione del suo diritto primario e secondario, la trasposizione delle direttive europee da parte degli Stati membri assume, evidentemente, un ruolo di primo piano. Le direttive rappresentano notoriamente un compromesso tra l'obiettivo di preservare l'identità del diritto nazionale e le esigenze di armonizzazione a livello europeo^[80]. L'implementazione deve avvenire in modo che lo spazio conformativo attribuito agli Stati membri («*la scelta della forma e dei mezzi*», secondo il disposto dell'art. 288, c. 3, TFUE) venga utilizzato per garantire la massima effettività del diritto dell'Unione nel contesto nazionale. Senza un'implementazione effettiva la comunità di diritto perderebbe infatti la propria capacità di integrazione e la forza dello Stato di diritto risulterebbe decisamente compromessa.

L'obiettivo di avviare un processo di consolidamento normativo che ponga in risalto il principio di sostenibilità e l'approccio integrato a cui è improntato il diritto europeo consiglia un recepimento sistematico^[81]. In tal senso appare positivo che il legislatore italiano abbia recepito in modo coordinato le direttive sulla valutazione d'impatto ambientale (VIA), la valutazione ambientale strategica (VAS) e l'autorizzazione integrata ambientale (AIA) nell'ambito del Titolo II del Codice dell'ambiente, allo scopo di snellire le procedure e fare confluire le disposizioni in un disegno organico^[82].

Maggiori difficoltà invece si presentano nel caso in cui le direttive europee intervengano in materie già disciplinate a livello nazionale nell'ambito di un codice unitario. Il progetto di ricerca condotto a Speyer ha evidenziato che gli

obblighi di implementazione difformi dall'architettura della codificazione preesistente, richiedono, infatti, o una nuova codificazione, oppure l'emanazione di una legge speciale, che può rivelarsi incompatibile con la codificazione già in essere^[83]. Ad esempio il recepimento delle direttive in materia ambientale ha determinato in vari ordinamenti nazionali, tra cui quello tedesco e polacco, l'emersione di una normativa speciale, che ha prodotto una "decodificazione" strisciante delle leggi sul procedimento amministrativo^[84], il cui compito è invece precisamente quello di (possibilmente) accorpate le disposizioni della legislazione di settore in un codice generale, nell'intento di incrementare la coerenza e la razionalità del sistema.

Le riserve formulate in Germania nei confronti del progetto (fallito) di Codice dell'ambiente, e quindi di una codificazione unitaria della materia, sono dovute al timore che le regole provenienti da Bruxelles possano confliggere con un corpo normativo unitario e coeso, alterandone l'organicità^[85].

L'obbligo di implementare le direttive europee rappresenta una declinazione del principio di leale collaborazione, di cui all'art. 4, c. 3, TUE, nonché del principio dell'*effet utile* e di equivalenza (già divieto di discriminazione), secondo cui le procedure introdotte dal diritto dell'UE non dovrebbero rivelarsi più farraginose di quelle previste a livello nazionale^[86]. In questo contesto l'implementazione di un programma normativo non dovrebbe esaurirsi nella trasposizione del disposto letterale delle direttive. Solo un'effettiva implementazione può essere, infatti, considerata rispondente a ciò che in Germania viene definita "responsabilità di integrazione" (*Integrationsverantwortung*), di cui all'art. 23, c. 1, *Grundgesetz* (*GG*), che denota l'obbligo del legislatore nazionale di farsi parte diligente nell'adempimento degli obblighi scaturenti dai Trattati^[87].

A tale tesi è stato obiettato, tuttavia, che, in fondo, il diritto europeo si limiti a richiedere dagli Stati membri l'adozione delle disposizioni legislative e amministrative, necessarie a dare attuazione ad una direttiva entro il termine prestabilito. In quest'ottica l'obbligo di recepimento verrebbe conseguentemente soddisfatto unicamente in base alla formale adozione di un'apposita disciplina a livello nazionale^[88].

Molto più arduo è invece stabilire se gli Stati membri abbiano provveduto a tutti gli adempimenti procedurali, organizzativi e finanziari per garantire l'*effet utile* del diritto europeo^[89]. Talora, come è stato stigmatizzato in relazione

all'ordinamento spagnolo^[90], il recepimento di una direttiva avviene esternamente al circuito parlamentare, mediante decreto legge, oppure – come avviene in Italia – si concreta nell'emanazione di una legge delega annuale, con la quale il governo viene incaricato di adottare tutti i provvedimenti necessari^[91].

È lecito chiedersi fino a che punto tale politica nazionale influisca sullo sfruttamento ottimale del margine di discrezionalità riconosciuto agli Stati membri nell'attuazione del diritto dell'Unione, potendo risultare contraria al principio di sussidiarietà e di proporzionalità, intesa come scelta dello strumento più idoneo per raggiungere lo scopo, proclamati all'art. 5, commi 3 e 4 TFUE^[92]. Le tecniche di recepimento dovrebbero infatti consentire agli Stati membri di inserire armoniosamente le prescrizioni normative europee, che spesso si configurano come *legal transplants*^[93], nell'ordinamento giuridico nazionale^[94].

Le direttive europee utilizzano, come è noto, una terminologia e una tecnica normativa inconsueta rispetto a quella familiare agli Stati membri e pertanto la loro trasposizione letterale non garantisce, ma anzi può pregiudicare, il loro corretto recepimento. Al contrario, la libera scelta della forma consente agli Stati membri di porre in essere ciò che gli studi politologici definiscono “*customization*”, cioè l'adattamento del programma normativo europeo mediante la sua integrazione nella tradizione nazionale^[95].

L'analisi svolta nell'ambito del progetto di ricerca ha sostanzialmente evidenziato, nonostante la presenza di elementi comuni, l'impossibilità di identificare una specifica strategia di implementazione nei singoli Stati esaminati nel settore della protezione dell'ambiente. Gli Stati membri tendono piuttosto a reagire in ordine sparso, in sintonia con la loro particolare tradizione nazionale, oltre che in base al colore politico di volta in volta prevalente. La generale avversione per il *gold plating*, diffusa in vari Stati membri, può essere difficilmente interpretata come un'autonoma strategia di trasposizione, considerando che anche le istituzioni europee si mostrano critiche rispetto alle tecniche di implementazione esorbitanti^[96]. Tuttavia, lo sviluppo di parametri e cataloghi dettagliati di criteri, come nel caso della menzionata (ma ormai abrogata) *Transposition Guidance* del governo britannico, può contribuire a una maggiore prevedibilità e coerenza nell'implementazione del diritto europeo. In futuro, l'Unione Europea e i suoi Stati membri sentiranno la mancanza del contributo fornito dal Regno Unito ad una razionalizzazione della formulazione e implementazione del diritto europeo.

Il Regno Unito è stato peraltro anche una delle principali forze trainanti della *Better Regulation Policy* dell'Unione europea^[97].

La consapevolezza degli Stati membri di appartenere non solo a una comunità di diritto, ma anche di implementazione, è rafforzata da meccanismi e procedure che favoriscono la compenetrazione tra l'azione dell'Unione Europea e quella nazionale, ad esempio nel quadro della cooperazione delle agenzie europee di regolazione ed esecutive, che vengono a formare una struttura reticolare con le amministrazioni nazionali, cooperando non solo al livello dei membri dei rispettivi Consigli di amministrazione. Sul fronte dell'organizzazione amministrativa, si sono già delineate negli Stati membri, in singole aree, organizzazioni isomorfe, che garantiscono nel contempo un collegamento con un'amministrazione dell'Unione, sempre più articolata in agenzie. Tali considerazioni valgono, non da ultimo, per il settore energetico, dove da tempo si parla di attività regolatoria integrata (*Regulierungsverbund*)^[98]. Al settore energetico è stata dedicata la seconda parte del progetto^[99], i cui risultati non hanno potuto essere esposti in questa sede. Il recepimento delle direttive europee ha richiesto anche in questo ambito un notevole sforzo di adeguamento da parte degli Stati membri^[100], che ha in parte dato luogo a reinterpretazioni della Costituzione (*Verfassungswandel*)^[101] e financo a vere e proprie riforme costituzionali.

Lo studio comparato delle tecniche di implementazione, al quale il progetto ha voluto dare un piccolo apporto, può non solo contribuire allo sviluppo delle *best practices* nell'attuazione delle direttive, ma anche identificare soluzioni deficitarie nell'applicazione del diritto dell'Unione, individuarne le cause di fatto e di diritto e supportare i necessari processi di adattamento del diritto e della cultura amministrativa^[102]. Di conseguenza, l'analisi comparativa dell'implementazione si configura come un importante tassello della scienza giuridica e della scienza amministrativa in Europa.

1.

Per quanto le considerazioni qui riportate costituiscano il frutto di riflessioni e valutazioni condivise, i paragrafi 1 e 3 sono da attribuire a Karl-Peter Sommermann e il paragrafo 2 a Cristina Fraenkel-Haerberle che ha curato la redazione del testo in lingua italiana. Gli autori ringraziano Sabrina Tranquilli per la rilettura dell'articolo e i preziosi suggerimenti.

2.

- Cfr. M. Cappelletti, M. Seccombe, J.H. Weiler, *Integration through law: Europe and the American federal experience*, in M. Cappelletti, M. Seccombe, J. Weiler, *Integration through Law*, vol. I, De Gruyter, Berlin, 1986, p. 3-68. Per una valutazione della prospettiva d'indagine "integration through law" si veda A. Vauchez, *'Integration-through-Law'. Contribution to a Socio-history of EU political Commonsense*, EUI Working Papers RSCAS 2008/10, San Domenico di Fiesole, 2008.
3. Cfr. Corte giust., sentenza 25 luglio 2002, C-50/00, Unión de Pequeños Agricultores, ECLI:EU:C:2002:462, p.to 38; nel testo in lingua inglese la Corte fa uso dell'espressione emblematica: «community based on the rule of law».
 4. Si vedano il preambolo del TUE nella versione del Trattato di Maastricht del 1992; l'art. 6 del TUE nella versione del Trattato di Amsterdam del 1997 e il vigente art. 2 TUE.
 5. Sull'obbligo degli Stati membri di affermare il principio dello Stato di diritto (effettività della tutela giurisdizionale) cfr. Corte giust., sentenza 5 novembre 2019, C-192/18, Commissione/Polonia, ECLI:EU:C:2019:924, p.to 98: «*In via preliminare, occorre ricordare che l'articolo 19 TUE, che concretizza il valore dello Stato di diritto affermato all'articolo 2 TUE, affida ai giudici nazionali e alla Corte il compito di garantire la piena applicazione del diritto dell'Unione in tutti gli Stati membri nonché la tutela giurisdizionale spettante ai singoli in forza di detto diritto*».
 6. Un precedente studio comparativo sull'implementazione delle direttive è contenuto in H. Siedentopf, J. Ziller, *Making European Policies Work. The Implementation of Community Legislation in the Member States*, 2 volumi, Bruylant, Bruxelles et al., 1988.
 7. Cfr. Sul punto K.-P. Sommermann, *Gemeineuropäische Verwaltungskultur als Gelingensbedingung europäischer Integration?*, in *DÖV*, 11, 2015, p. 449, 452 ss.
 8. Sull'approccio della scienza orientato al dato fattuale nella teoria dello Stato si veda già H. Heller, *Staatslehre*, Gerhart Niemeyer, Leiden, 1934, p. 42 ss.
 9. Sul concetto di studio dell'implementazione si veda anche E. J. Lohse, *Rechtsangleichungsprozesse in der Europäischen Union. Instrumente, Funktionsmechanismen und Wirkparameter effektiver Harmonisierung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017, p. 166: «*Lo studio dell'implementazione si occupa dell'attuazione e dell'applicazione delle leggi, unitamente alla definizione dei fattori giuridici, paragiuridici ed extragiuridici, che all'interno di uno Stato favoriscono l'effettiva applicazione del diritto, soprattutto da parte delle autorità amministrative e dei privati nel diritto amministrativo*». Lo studio dell'implementazione è stato inizialmente teorizzato nelle scienze sociali in relazione all'implementazione di programmi politici; cfr. R. Mayntz, *Die*

Implementierung politischer Programme - Theoretische Überlegungen zu einem neuen Forschungsgebiet, in R. Mayntz, *Implementation politischer Programme. Empirische Forschungsberichte*, Athenäum, Königstein i.Ts., 1980, p. 1-17; Id., *Zur Einleitung: Probleme der Theoriebildung in der Implementationsforschung*, in R. Mayntz, *Implementation politischer Programme II - Ansätze zur Theoriebildung*, Springer, Wiesbaden, 1983 p. 7-24.

10. Sono state studiate in particolare le strategie di implementazione adottate in materia ambientale da Belgio, Francia, Germania, Italia, Polonia, Regno Unito, Spagna e Ungheria.
11. H. Strebel, *Vergleichung und vergleichende Methode im öffentlichen Recht*, in *ZaöRV*, 24, 1964, p. 405, 409.
12. Sulla sempre maggiore relativizzazione dell'autonomia procedurale e amministrativa degli Stati membri si veda D.-U. Galetta, *Procedural Autonomy of EU Member States: Paradise Lost?*, Springer, Berlin et al., 2010. Sulle restrizioni dell'autonomia procedurale imposte dalla Corte di giustizia, si veda anche C. Krönke, *Die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten der Europäischen Union*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013, p. 241 ss.
13. Direttiva 2011/92/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati.
14. Direttiva 2001/42/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 giugno 2001, concernente la valutazione degli effetti di determinati piani e programmi sull'ambiente.
15. Direttiva 2004/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale.
16. Direttiva 2003/4/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2003, sull'accesso del pubblico all'informazione ambientale.
17. Direttiva 2010/75/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 novembre 2010, relativa alle emissioni industriali (prevenzione e riduzione integrate dell'inquinamento).
18. Vgl. E. Schmidt-Aßmann, *Zur Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts - Reformbedarf und Reformansatz*, in W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Aßmann, G. F. Schuppert, *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts: Grundfragen*, Nomos, Baden-Baden, 1993, p. 11, 14.
19. C. Fraenkel-Haeberle, J. Socher, K.-P. Sommermann, *Praxis der Richtlinienumsetzung im*

Europäischen Verwaltungsverbund: die Reichweite der Umgestaltung der nationalen Umwelt- und Energieverwaltung, Duncker & Humblot, Berlin, 2020. Dal progetto era precedentemente scaturito il seguente volume collettaneo in lingua tedesca e italiana: C. Fraenkel-Haerberle, D.-U. Galetta, K.-P. Sommermann, *Europäisierung und Internationalisierung im Vergleich: deutsch-italienische Analysen zur Denationalisierung der Öffentlichen Verwaltung*, Duncker & Humblot, Berlin, 2017.

20. Si veda lo studio del Directorate-General for Internal Policies – Policy Department «'Gold-plating' in the EAFRD. To what extent do national rules unnecessarily add to complexity and, as a result, increase the risk of errors?», redatto su incarico del Parlamento Europeo, Doc. IP/D/ALL/FWC/2009-056 v. 27.02.2014. Si legge nell'abstract all'inizio del documento (p. 1): «'Gold-plating' refers to obligations that go beyond EU requirements: an excess of norms, guidelines and procedures accumulated at national, regional and local levels interfering with the expected policy goals.»
21. F. Leidenmühler, *Die freiwillige „Übererfüllung“ unionsrechtlicher Vorgaben durch die Mitgliedstaaten. Ein Beitrag zur rechtsdogmatischen und rechtspolitischen Diskussion um das sog. „Gold Plating“*, in *EuR*, 4, 2019, p. 383 s.
22. Patto di coalizione tra CDU, CSU e SPD, XIX legislatura, del 7.2.2018, pp. 13, 57, 64, 137. Una formulazione analoga era già contenuta nel patto di coalizione CDU, CSU e SPD, XVIII legislatura, del 16.12.2013, p. 15 e nel patto di coalizione tra CDU, CSU e FDP, XVII legislatura, del 26.10.2009, p. 115. La neoelitta Cancelliera Merkel aveva affermato questo principio già nella sua prima dichiarazione governativa del 30.11.2005 *Regierungserklärung von Bundeskanzlerin Dr. Angela Merkel* (bundesregierung.de) 01.2.2021□.
23. J. Schwarze, *Richtlinienumsetzung „eins zu eins“*, in R. Pitschas, A. Uhle, *Festschrift für Rupert Scholz zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 2007, p. 167 (175 ss.).
24. Cfr. sul punto M. Payrhuber, U. Stelkens, „1:1-Umsetzung“ von EU-Richtlinien: *Rechtspflicht, rationales Politikkonzept oder (wirtschafts)politischer Populismus? – zugleich zu Unterschieden zwischen Rechtsangleichungs- und Deregulierungsrichtlinien*“, in *EUR*, 2, 2019, p. 190.
25. *Department for Business, Innovation and Skills, Transposition Guidance: How to implement European Directives effectively*, London, 2011 (da ultimo emendata nel 2018) e ora abrogata in seguito all'abbandono dell'UE da parte del Regno Unito, come citata da J. Socher, *Annäherung nationaler Verwaltungssysteme trotz „no gold plating“-Politiken?*, in C. Fraenkel-Haerberle, D.-U. Galetta, K.-P. Sommermann, *Europäisierung und Internationalisierung der nationalen Verwaltungen im Vergleich*, cit., p. 69.

26. Transposition Guidance, cit., p. 28, guiding principle 5(e). Si veda J. Socher, *Die Umsetzung organisations- und verfahrensrechtlicher Vorgaben des Umweltrechts in Großbritannien*, in C. Fraenkel-Haeblerle, J. Socher, K.-P. Sommermann, *Praxis der Richtlinienumsetzung im europäischen Verwaltungsverbund*, cit., p. 92.
27. L. n. 183/2011 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato).
28. L. n. 246/2005 (Semplificazione e riassetto normativo per l'anno 2005).
29. Comma aggiunto dall'art. 14, c. 2, della l. n. 183/2011.
 «Costituiscono livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie l'introduzione o il mantenimento di requisiti, standard, obblighi e oneri non strettamente necessari per l'attuazione delle direttive; b) l'estensione dell'ambito soggettivo o oggettivo di applicazione delle regole rispetto a quanto previsto dalle direttive, ove comporti maggiori oneri amministrativi per i destinatari; c) l'introduzione o il mantenimento di sanzioni, procedure o meccanismi operativi più gravosi o complessi di quelli strettamente necessari per l'attuazione delle direttive.» (comma aggiunto dall'art. 14, c. 2, L. n. 183/2011). Si veda sul punto più estesamente E. Buoso, *Prospektive und verifizierende Regelungsfolgenabschätzung sowie "Gold-Plating"- Verbot als allgemeine Strategie der Umsetzung des Unionsrechts in Italien*, in C. Fraenkel-Haeblerle, J. Socher, K.-P. Sommermann, *Praxis der Richtlinienumsetzung im europäischen Verwaltungsverbund*, cit., p. 119.
30. M. Payrhuber, U. Stelkens, *1:1-Umsetzung“ von EU-Richtlinien: Rechtspflicht, rationales Politikkonzept oder (wirtschafts)politischer Populismus? – zugleich zu Unterschieden zwischen Rechtsangleichungs- und Deregulierungsrichtlinien*, cit., p. 192. Gli autori precisano che nei Paesi Bassi la trasposizione minimale viene effettuata mediante rinvio (statico o dinamico) all'atto di diritto europeo da recepire nell'ordinamento nazionale.
31. In proposito è diffuso il timore di pregiudicare l'attrattiva della Germania come *location* economica (cosiddetta “*Standortattraktivität*”) nei confronti degli investitori e degli operatori esteri.
32. Commissione Europea, *Legiferare meglio per ottenere risultati migliori – Agenda dell'UE*, 19.5.2015, COM (2015) 215 final, p. 8, ove la Commissione chiede al Parlamento Europeo e al Consiglio di «*esortare gli Stati membri a recepire il diritto dell'UE senza gold plating ingiustificati. Sebbene in alcuni casi il gold plating possa aiutare a conseguire gli obiettivi della legislazione nel contesto locale o miri ad accrescerne i vantaggi, in altri può imporre nuovi oneri significativi. Gli Stati membri dovrebbero essere invitati a spiegare i*

- motivi del gold plating».*
33. Programma di controllo dell'adeguatezza e dell'efficacia della regolamentazione (REFIT): situazione attuale e prospettive, 18.6.2014, COM (2014) 368 final, p. 7.
34. Sia consentito rinviare a C. Fraenkel-Haerberle, *Indirekte Europäisierung und prägender Einfluss der Rechts- und Verwaltungskultur*, in C. Fraenkel-Haerberle, D.-U. Galetta, K.-P. Sommermann, *Europäisierung und Internationalisierung im Vergleich: deutsch-italienische Analysen zur Denationalisierung der Öffentlichen Verwaltung*, cit., p. 137.
35. Si veda in proposito la ricostruzione di E. Lohse, *Rechtsangleichungsprozesse in der Europäischen Union*, cit., p. 360 ss.
36. La direttiva 96/61/CE del Consiglio del 24 settembre 1996 sulla prevenzione e la riduzione integrate dell'inquinamento (ora direttiva 2010/75/EU), prevedeva sei categorie di impianti da sottoporre a IPPC (*integrated pollution prevention and control*). Con d.lgs. n. 128/2010 (Modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, recante norme in materia ambientale) l'Italia ha esteso l'IPPC a numerosi altri impianti di cui all'allegato VIII.
37. Tra le sanzioni introdotte – a detta della dottrina tedesca – dilatando l'ambito di attuazione della direttiva sulla VIA, rientra il § 4, c. 1 *UmwRG* (legge sull'accesso alla giustizia nel settore ambientale), che qualifica determinate violazioni della normativa sulla VIA come «*vizi assoluti del procedimento*», di cui non è prevista l'irrilevanza, in deroga a quanto altrimenti stabilito dal § 46 *VwVfG* (legge sul procedimento amministrativo) sui vizi di forma, del procedimento e sulla competenza territoriale, che non hanno palesemente influito sul contenuto di una decisione. Cfr. M. Payrhuber, U. Stelkens, *1:1-Umsetzung“ von EU-Richtlinien: Rechtspflicht, rationales Politikkonzept oder (wirtschafts)politischer Populismus? – zugleich zu Unterschieden zwischen Rechtsangleichungs- und Deregulierungsrichtlinien*, cit., p. 218.
38. C. D. Classen, *Überschießende Effekte der Umsetzung von Richtlinien in den EU-Mitgliedstaaten aus rechtlicher Perspektive*, in C. Fraenkel-Haerberle, J. Socher, K.-P. Sommermann, *Praxis der Richtlinienumsetzung im Europäischen Verwaltungsverbund*, cit., p. 291.
39. T. Kuhn, *Überschießende Umsetzung bei mindest- und vollharmonisierenden Richtlinien: Einheitliche oder gespaltene Anwendung?*, in *EuR*, 2, 2012, p. 222. L'autore utilizza la metafora del «*formaggio emmenthal con fori più o meno larghi*».
40. C. D. Classen, *Überschießende Effekte der Umsetzung von Richtlinien in den EU-*

- Mitgliedstaaten aus rechtlicher Perspektive*, cit., p. 292.
41. Ibid., p. 293. L'Autore fa inoltre presente che il ricorso al *gold plating* può venire in rilievo, qualora il legislatore ritenga per ragioni sistematiche che sia controproducente operare una distinzione tra gli ambiti contemplati dal diritto europeo ed altri settori che ne rimangono esclusi. Un obiettivo può essere, ad esempio, quello di evitare una discriminazione della popolazione nazionale, in casi in cui, soprattutto nell'ambito del mercato interno, le norme UE (non solo di rango primario, ma anche secondario) abbiano ad oggetto unicamente fattispecie di rilevanza transfrontaliera, mentre la disciplina nazionale rimane una mera questione di diritto interno. In questo ambito il *gold plating* può puntare alla coerenza normativa mediante l'estensione dell'ambito di attuazione della normativa europea anche a fattispecie di mera rilevanza nazionale (Ivi, p. 295).
42. C. D. Classen, *Überschießende Effekte der Umsetzung von Richtlinien in den EU-Mitgliedstaaten aus rechtlicher Perspektive*, p. 295.
43. Convenzione di Aarhus sull'accesso alle informazioni, la partecipazione dei cittadini e l'accesso alla giustizia in materia ambientale del 1998 (La Convenzione di Aarhus — italiano isprambiente.gov.it).
44. E. Lohse, *Rechtsangleichungsprozesse in der Europäischen Union*, cit., p. 566.
45. F. Leidenmühler, *Die freiwillige „Übererfüllung“ unionsrechtlicher Vorgaben durch die Mitgliedstaaten. Ein Beitrag zur rechtsdogmatischen und rechtspolitischen Diskussion um das sog. „Gold Plating“*, cit., p. 397.
46. Ibid., p. 394.
47. Ibid., p. 398.
48. K.-P. Sommermann, *Gemeineuropäische Verwaltungskultur als Gelingensbedingung Europäischer Integration*, cit., p. 451 s.
49. J. Socher, *Annäherung nationaler Verwaltungssysteme trotz „no gold plating“-Politiken?*, in C. Fraenkel-Haeberle, D.-U. Galetta, K.-P. Sommermann, *Europäisierung und Internationalisierung im Vergleich: deutsch-italienische Analysen zur Denationalisierung der Öffentlichen Verwaltung*, cit., p. 68.
50. K.-P. Sommermann, *Gemeineuropäische Verwaltungskultur als Gelingensbedingung Europäischer Integration*, cit., p. 449.
- 51.

CERIDAP

- H. Maurer, C. Waldhoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Beck, München, 2017, p.to 31;
B. Wegener, *Aktuelle Fragen der Umweltinformationsfreiheit*, in *NVwZ*, 10, 2015, p. 609.
52.
Direttiva 90/313/CEE del Consiglio, del 7 giugno 1990, concernente la libertà di accesso all'informazione in materia di ambiente.
53.
C. Gusy, *Informationsfreiheit, Öffentlichkeitsarbeit, Transparenz*, in *JZ*, 4, 2014, p. 172.
54.
Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes (IFG) del 5.9.2005, *BGBL. I*, p. 2722.
55.
Art. 84, c. 1, *GG*.
56.
Ad eccezione di Baden-Württemberg, Baviera, Assia, Bassa Sassonia e Sassonia sono state emanate leggi sulla trasparenza in tutti i *Länder* tedeschi. In tempi recenti sono stati varati anche regolamenti comunali sulla trasparenza, ad esempio nel Comune di Lipsia (*Leipzig- Informationsfreiheitsatzung – IFS* del 1.12.2012, *Leipziger Abl.* n. 2 del 26.1.2013); cfr. R. Götze, *Aktuelle Entwicklungen im Umweltinformationsrecht*, in *LKV*, 6, 2013, p. 241 s.
57.
HmbGVBl. I, 2012, p. 271, § 3.
58.
GVBl. 2015, p. 383.
59.
Si vedano i §§ 6 e 7.
60.
Ivi § 6, c. 3.
61.
Sia consentito rinviare più estesamente a C. Fraenkel-Haerberle, J. Socher, *Direct and Indirect Europeanisation of National Administrative Systems. Implementation and Spillover Effects of the Environmental Information Directives in a Comparative Perspective*, in *Revista Catalana de Dret Public*, 56, 2018, p. 125 ss.
62.
Verbraucherinformationsgesetz del testo pubblicato il 17.10.2012 (*BGBL. I*, p. 2166, 2725), come modificato dall'art. 2, c. 34 della legge del 7.8.2013 (*BGBL. I*, p. 3154).
63.
D. König, *Das Umweltinformationsgesetz – ein Modell für mehr Aktenöffentlichkeit*, in *DÖV*, 1, 2000, p. 53.
64.
M. Payrhuber, U. Stelkens, *1:1-Umsetzung“ von EU-Richtlinien Rechtspflicht, rationales Politikkonzept oder (wirtschafts)politischer Populismus? – zugleich zu Unterschieden zwischen Rechtsangleichungs- und Deregulierungsrichtlinien“*, cit., p. 219.

65. Freedom of Information Act 2000, c. 36, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/36/contents> <29.1.2021>.
66. Sulla genesi del *Freedom of Information Act* 2000 si veda S. Roll, *Zugang zu Umweltinformationen und Freedom of Information*, Duncker & Humblot, Berlin, 2003, in particolare p. 62-75 e 172-196.
67. J. Socher, *Die Umsetzung organisations- und verfahrensrechtlicher Vorgaben des Umweltrechts in Großbritannien*, cit., p. 99; K.-P. Sommermann, *La exigencia de una Administración transparente en la perspectiva de los principios de democracia y del Estado de Derecho*, in R. García Macho, *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, Madrid et al., 2010, p. 11, 12 (con nota 2), 15 s.
68. D. Lgs. n. 97/2016 (Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche).
69. L. n. 124/2015 (Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza).
70. Così recita l'art. 7 lett. h della legge delega n. 124/2015: «fermi restando gli obblighi di pubblicazione, riconoscimento della libertà di informazione attraverso il diritto di accesso, anche per via telematica, di chiunque, indipendentemente dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti, ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni [...]; previsione di sanzioni a carico delle amministrazioni che non ottemperano alle disposizioni normative in materia di accesso, di procedure di ricorso all'Autorità nazionale anticorruzione in materia di accesso civico e in materia di accesso ai sensi della presente lettera, nonché della tutela giurisdizionale ai sensi dell'articolo 116 del codice del processo amministrativo, di cui all'allegato 1 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, e successive modificazioni.»
71. Si veda più estesamente D.-U. Galetta, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del D. Lgs. N. 33/2013*, in www.federalismi.it, 2.3.2016; Id., *La trasparenza per un nuovo rapporto tra cittadino e la P.A.: un'analisi storico-evolutiva nella prospettiva di diritto comparato europeo*, in *RIDPC*, 5, 2016, p. 1019 ss.; Id., *The Italian Freedom of Information Act 2016. Why Transparency- On-Request is a Better Solution?*, in *Italian Journal of Public Law* 2, 2016, p. 268 ss.

72.
D. Lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici), art. 22.
73.
Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014 , sull'aggiudicazione dei contratti di concessione; direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014 , sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE; direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014 , sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE.
74.
R. Dipace, *Sviluppo sostenibile, prevenzione e precauzione nella disciplina dei lavori pubblici*, in L. Giani, M. D'Orsogna, A. Police, *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, p. 278.
75.
Si veda sul punto G. della Cananea, *Exit or voice? Débat public goes to Italy*, in *European Public Law*, 2, 2019, p. 157 ss.
76.
<https://www.mit.gov.it/comunicazione/news/infrastrutture-grandi-opere/infrastrutture-istituita-commissione-nazionale-per-22.2.2021>. Si veda sul punto il commento di N. Posteraro, *Grandi opere e partecipazione democratica: alcune riflessioni sul dibattito pubblico italiano "à la française"*, in *Ist. del Federalismo*, 3, 2020, p. 607 ss.: https://www.regione.emilia-romagna.it/affari_ist/rivista_3_2020/Posteraro.pdf 22.3.2021.
77.
L. n. 9-101 del 2.2.1995, JORF 1995, p. 1840.
78.
M. Kordeva, *Die Umsetzung organisations- und verfahrensrechtlicher Vorgaben des Umweltrechts der Union in Frankreich*, in C. Fraenkel-Haeberle, J. Socher, K.-P. Sommermann, *Praxis der Richtlinienumsetzung im europäischen Verwaltungsverbund*, cit., p. 84.
79.
F. Leidenmühler, *Die freiwillige „Übererfüllung“ unionsrechtlicher Vorgaben durch die Mitgliedstaaten*, cit., p. 387.
80.
P. Reimer, *Richtlinienkonforme Rechtsanwendung: Spielräume und Bindungen nach mitgliedstaatlichem Recht*, in *JZ*, 19, 2015, p. 911. L'accento posto sull'armonizzazione normativa è ribadito da T. von Danwitz, *Rechtswirkungen von Richtlinien in der neueren Rechtsprechung des EuGH*, in *JZ*, 14, 2007, p. 698.
81.
Come si desume esplicitamente già dal disposto dell'art. 11 TFUE. Si veda più estesamente Z. Cieslik, *Ausgewählte Aspekte der Umsetzung des EU-Umweltrechts in Polen*, in C.

- Fraenkel-Haeblerle, J. Socher, K.-P. Sommermann, *Durchführung des Unionsrechts im europäischen Verwaltungsverbund*, cit., p. 131 s.
82. D. Lgs. n. 152/2006 (Codice dell'ambiente), Parte II, artt. 4-52. Si veda C. Fraenkel-Haeblerle, *Europäische Vorgaben im Umweltbereich und ihre Umsetzung in Italien aus verfahrensrechtlicher und organisatorischer Sicht*, in Id., J. Socher, K.-P. Sommermann, *Praxis der Richtlinienumsetzung im europäischen Verwaltungsverbund*, cit., p. 104.
83. K.-P. Sommermann, *Die Umsetzung von Richtlinien im Umwelt- und Energiebereich durch die EU-Mitgliedstaaten: vergleichende Schlussfolgerungen*, in C. Fraenkel-Haeblerle, J. Socher, K.-P. Sommermann, *Praxis der Richtlinienumsetzung im europäischen Verwaltungsverbund*, cit., p. 326
84. Per la Germania si veda la Legge sul procedimento amministrativo del 25.5.1976, nel testo pubblicato il 23.1.2003 (*BGBI. I S. 102*), da ultimo modificato dall'art. 5, c. 26, della legge del 21.7.2019 (*BGBI. I S. 846*); per la Polonia la Legge sul procedimento amministrativo del 14.6.1960, Dz. U. 2018, Pos. 2096. Per la Germania cfr. M. Burgi, *Verwaltungsverfahrenrecht zwischen europäischem Anpassungsdruck und nationalem Gestaltungswillen*, in *JZ*, 3, 2010, p. 107; K.-P. Sommermann, *Das Verwaltungsverfahrensgesetz im europäischen Kontext: eine rechtsvergleichende Bilanz*, in H. Hill, Id., U. Stelkens, J. Ziekow, *35 Jahre Verwaltungsverfahrensgesetz – Bilanz and Perspektiven*, Duncker & Humblot, Berlin, 2011, p. 191, 196 s. Relativamente alla decodificazione del procedimento amministrativo tedesco in ambito ambientale vengono in rilievo, ad esempio, la legge sull'informazione ambientale (*Umweltinformationsgesetz – UIG*), la legge sulla valutazione d'impatto ambientale (*Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung – UVPG*), la legge sull'accesso alla giustizia in ambito ambientale (*Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz – UmwRG*), la legge sull'*emission trading* (*Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz – TEHG*). Per la Polonia si vedano A. Wróbel, *Entwicklung des polnischen Verwaltungsverfahrenrechts*, in H. Hill, K.-P. Sommermann, U. Stelkens, J. Ziekow, *35 Jahre Verwaltungsverfahrensgesetz – Bilanz and Perspektiven*, cit., p. 171, 177; Z. Cieslik, *Ausgewählte Aspekte der Umsetzung des EU-Umweltrchts in Polen*, cit., p. 135 ss.
85. K.-P. Sommermann, *Die Umsetzung von Richtlinien im Umwelt- und Energiebereich durch die EU-Mitgliedstaaten: vergleichende Schlussfolgerungen*, cit., p. 326. In merito al progettato (e mai realizzato) Codice Federale dell'Ambiente si veda J. Sanden, *Die Prinzipien des Umweltgesetzbuches*, in *ZUR*, 1, 2009, p. 3; B. Weber, D. Riedel, *Brauchen wir das Umweltgesetzbuch noch? Wider die Legendenbildung über das gescheiterte UGB*, in *NVwZ*, 16, 2009, p. 998.
86. M. Payrhuber, U. Stelkens, *1:1-Umsetzung“ von EU-Richtlinien Rechtspflicht, rationales*

- Politikkonzept oder (wirtschafts)politischer Populismus? – zugleich zu Unterschieden zwischen Rechtsangleichungs- und Deregulierungsrichtlinien*“, cit., p. 203.
87. Ibid., p. 217.
88. J. Barnes, *Die Umsetzung organisations- und verfahrensrechtlicher Vorgaben des Umweltrechts in Spanien*, in C. Fraenkel-Haerberle, J. Socher, K.-P. Sommermann, *Praxis der Richtlinienumsetzung im europäischen Verwaltungsverbund*, cit., p. 149
89. Ibid., p. 149
90. Ibid., p. 147 s.
91. Obbligo introdotto, nell'ordinamento italiano, dalla l. n. 86 del 9.3.1989 (conosciuta anche come la «legge La Pergola»). Ai sensi dell'art. 30 della l. n. 234/2012 (Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea), che ha attuato una riforma organica della materia, la legge di delegazione europea contiene le deleghe legislative necessarie per assicurare il recepimento delle direttive europee. Affianco alla legge di delegazione europea è prevista l'adozione annuale di una legge europea, che contiene più in generale disposizioni volte a garantire l'adeguamento dell'ordinamento interno a quello europeo.
92. F. Leidenmühler, *Die freiwillige „Übererfüllung“ unionsrechtlicher Vorgaben durch die Mitgliedstaaten*, cit., p. 393.
93. Si definisce *legal transplant* «ogni manifestazione esistente in uno Stato di un concetto giuridico, traslata volontariamente o sulla spinta di un obbligo fattuale o normativo da un ordinamento giuridico, in cui precedentemente operava (o generalmente continua ad operare) in un altro ordinamento giuridico»; cfr. E. Lohse, *Rechtsangleichungsprozesse in der Europäischen Union*, cit., p. 109.
94. K.-P. Sommermann, *Die Umsetzung von Richtlinien im Umwelt- und Energiebereich durch die EU-Mitgliedstaaten: vergleichende Schlussfolgerungen*, cit., p. 319.
95. M. Payrhuber, *U. Stelkens, 1:1-Umsetzung“ von EU-Richtlinien Rechtspflicht, rationales Politikkonzept oder (wirtschafts)politischer Populismus? – zugleich zu Unterschieden zwischen Rechtsangleichungs- und Deregulierungsrichtlinien*“, cit., p. 201.
96. K.-P. Sommermann, *Die Umsetzung von Richtlinien im Umwelt- und Energiebereich durch die EU-Mitgliedstaaten: vergleichende Schlussfolgerungen*, cit., p. 330.
- 97.

- Vgl. OECD, *Better Regulation in Europe: United Kingdom*, Paris, 2010, p. 37 a.
98. Si veda *ex multis* G. Britz, *Vom europäischen Verwaltungsverbund zum Regulierungsverbund?*, in *EuR*, 41, 2006, p. 46-77; J. Haller, *Der Verwaltungsverbund in der Energieregulierung*, Nomos, Baden-Baden, 2013, p. 35 ss.; M. Schüler, *Der institutionelle Regulierungsrahmen für die europäische Energiewirtschaft*, Nomos, Baden-Baden, 2019.
99. Vgl. C. Fraenkel-Haeberle, J. Socher, K.-P. Sommermann, *Praxis der Richtlinienumsetzung im Europäischen Verwaltungsverbund*, cit., Parte II (p. 177-288).
100. Lo sforzo di adeguamento degli Stati membri nell'ambito dell'armonizzazione normativa è ampiamente scandagliato nelle sue molteplici prospettive dalla ricerca di E. J. Lohse, *Rechtsangleichungsprozesse in der Europäischen Union*, cit.
101. Relativamente alle “reinterpretazioni costituzionali programmate” sulla spinta delle norme del diritto europeo si veda K.-P. Sommermann, *Verfassungswandel im Prozess der europäischen Integration und der Globalisierung*, in U. Steiner, G. Manssen, M. Jachmann, C. Gröpl, *Nach geltendem Verfassungsrecht. Festschrift für Udo Steiner zum 70. Geburtstag*, R. Boorberg, Stuttgart et al., 2009, p. 796, 800 ss.
102. Sulla necessità di un nucleo di elementi comuni della cultura amministrativa in Europa si veda K.-P. Sommermann, *Gemeineuropäische Verwaltungskultur als Gelingensbedingung europäischer Integration?*, cit., e K.-P. Sommermann, *Towards a Common European Administrative Culture?*, in K. König, S. Kropp, S. Kuhlmann, C. Reichard, J. Ziekow, *Grundmuster der Verwaltungskultur – Interdisziplinäre Diskurse über Grundformen der öffentlichen Verwaltung*, Nomos, Baden-Baden, 2014, p. 605-628.

Il Bundesverfassungsgericht tedesco, giudice
“delle leggi” o “del destino” dell’integrazione
europea? Prime considerazioni sulla pronuncia
del 15 aprile 2021 del Tribunale costituzionale
federale tedesco - 2 BvR 547/21

Monica Bonini

DOI: 10.13130/2723-9195/2021-2-19

Con la pronuncia 2 BvR 547/21, il Secondo Senato del Tribunale costituzionale federale tedesco ha respinto l’istanza d’urgenza volta a impedire l’entrata in vigore della legge federale di ratifica della «Decisione sulle risorse proprie» adottata dai Capi di Stato e di Governo dell’Unione europea nel dicembre 2020. Al tempo stesso, però, il Tribunale ha dichiarato ammissibile e non manifestamente infondato il ricorso diretto di costituzionalità presentato insieme all’istanza. Sebbene l’ipotesi appaia improbabile, in futuro la pronuncia relativa a quest’ultimo potrebbe portare i Giudici costituzionali tedeschi a rilevare una violazione della c.d. identità costituzionale (così come discendente dall’interpretazione dell’art. 79, 3° comma della Legge fondamentale tedesca), con serie conseguenze per la partecipazione della Repubblica federale tedesca al processo di integrazione sovranazionale.

The German Bundesverfassungsgericht, judge

In its decision 2 BvR 547/21, the Second Senate of the German Federal Constitutional Court rejected the application for interim measures aimed at preventing the entry into force of the Federal Act ratifying the “Own Resources Decision” adopted by the Heads of State and Government of the European Union in December 2020. At the same time, however, the Court declared the request for constitutionality review lodged with the application to be admissible and not manifestly unfounded. Although the hypothesis seems unlikely, in the future the ruling on the latter could lead the German Constitutional Judges to find a violation of the so-called constitutional identity (as derived from the interpretation of Art. 79,

paragraph 3 of the German Basic Law), with serious consequences for the participation of the Federal Republic of Germany in the process of supranational integration.

1. La «Decisione sulle risorse proprie» del dicembre 2020 e la pronuncia dell'aprile 2021: al «Bündnis Bürgerwille» si vuol dare comunque risposta

Dopo la pronuncia *Weiss* dello scorso 5 maggio 2020^[1], forse pochi, fra gli studiosi e i commentatori della materia, avrebbero pensato che, in meno di un anno, una nuova decisione^[2] del *Bundesverfassungsgericht* (il Tribunale costituzionale federale tedesco, o BVerfG) sarebbe tornata al centro dell'attenzione generale.

Non lo avrebbero immaginato, anzitutto, dato il difficile contesto attuale: l'emergenza sanitaria pare infatti solo ridimensionata, di certo non risolta; i problemi drammatici che ne sono la diretta conseguenza continuano a investire società ed economie della comunità internazionale con impressionante intensità. Non lo avrebbero immaginato, inoltre, dato lo specifico frangente in atto nell'Unione europea: in questo periodo, infatti, gli Stati membri sono chiamati a elaborare i «*Piani Nazionali di Ripresa e Resilienza*» (in breve PNRR, ossia i programmi di investimenti da presentare alla Commissione europea nell'ambito nel *Next Generation EU*, per il quale *infra* nel testo). I PNRR, decisivi per la ripresa della economia reale, potranno però essere finanziati solo se la cruciale «*Decisione sulle risorse proprie*», adottata nel dicembre 2020 dal Consiglio dell'Unione europea, verrà ratificata dagli stessi Stati membri.

Si sceglie di definire con tanta enfasi quanto stabilito lo scorso inverno dal Consiglio perché, in quella occasione, esso non ha “semplicemente” individuato gli interventi collegati al «*Quadro finanziario pluriennale*» relativo agli anni 2021-2027 (delineato dai Capi di Stato e di Governo dell'Unione europea nel luglio 2020). Al contrario, l'istituzione ha adottato i provvedimenti strategici indispensabili per fronteggiare la gravità socio-economica del momento, prima fra tutti (per quanto qui interessa), la «*Decisione*» appena richiamata - ossia l'atto

che definisce le ulteriori modalità di finanziamento del bilancio dell'Unione e che, data la sua importanza, deve essere approvato dai ventisette Stati membri secondo le rispettive norme costituzionali.

Al di là dell'ovvio, la «*Decisione*» ha particolare significato in ragione di due specifici profili. Essa innalza l'importo massimo delle risorse che ciascuno Stato membro dovrà mettere a disposizione dell'Unione per finanziarne la spesa (il massimale delle «*risorse proprie*» passerà dall'attuale 1,20 per cento allo 1,40 per cento). Inoltre, in via eccezionale, solo temporaneamente e proprio per far fronte alla crisi dell'economia reale innescata dalla pandemia da COVID-19, la «*Decisione*» permette alla Commissione di contrarre prestiti sui mercati dei capitali fino a 750 miliardi di Euro per finanziare il programma noto come *Next Generation EU* (ossia il c.d. «Fondo per la Ripresa e la Resilienza», *Recovery and Resilience Facility* o RFF). Per sostenere tutte le passività inerenti i prestiti in questione - e fino al momento in cui questi ultimi non saranno stati del tutto rimborsati - in futuro il massimale delle «*risorse proprie*» dovrebbe aumentare di ulteriori punti percentuali, ossia di circa lo 0,6 per cento (sempre in via eccezionale, soltanto temporaneamente e in modo simmetrico rispetto all'azione della Commissione).

Il dibattito politico e scientifico intorno a questo strumento innovativo è ancora aperto. Da un lato, infatti, il «*Fondo per la Ripresa e la Resilienza*», anche in quanto caratterizzato dalla eccezionalità e temporaneità, parrebbe rispondere all'art. 311, 1° e 2° comma, del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (o TFUE, che stabilisce che «(1) *L'Unione si dota dei mezzi necessari per conseguire i suoi obiettivi e portare a compimento le sue politiche. (2) Il bilancio [dell'Unione], fatte salve altre entrate, è finanziato integralmente tramite risorse proprie.*»). Dall'altro, dato che introduce forme di indebitamento sovranazionale, sembrerebbe invece andare ben oltre il margine di scelta che sussiste, quando si devono individuare i mezzi che possono finanziare le stesse risorse proprie dell'Unione, in base all'art. 311, 3° comma TFUE: «(3) [...] *in tale contesto è possibile istituire nuove categorie di risorse proprie [...]*».

Non è forse superfluo sottolineare come, in un momento del tutto straordinario quale quello attuale, solo l'entità e la natura dello RFF, insieme al «*Quadro finanziario*» 2021-2027, potranno dare nuovo respiro all'economia reale degli Stati membri ormai più che provati dalla pandemia: sommando le risorse dell'uno

e dell'altro, infatti, si raggiungerebbero circa 1800 miliardi di Euro da porre a disposizione della ripresa economica della complessiva area geopolitica e di quella nazionale. C'è però anche di più; ed è su questo ulteriore profilo che si innesta la vicenda tedesca, destinata di certo a non esaurirsi in breve tempo.

In Germania, la legge federale di ratifica della «*Decisione sulle risorse proprie*» (o *Eigenmittelbeschluss-Ratifizierungsgesetz*, in breve ERatG) è stata approvata a larga maggioranza in entrambi i rami del Parlamento federale - il 25 marzo 2021 addirittura dai due terzi dei componenti il *Bundestag* e, il giorno immediatamente successivo, dal *Bundesrat*. Non stupisce il fatto che l'approvazione, al *Bundestag*, sia stata preceduta da un dibattito molto vivace. Incidere sulle risorse proprie dell'Unione così come appena descritto è questione di certo complessa, da comprendere non soltanto alla luce delle esigenze dirompenti scatenate dalla pandemia, ma, come accennato, in ragione della possibilità che la «*Decisione*» permetta l'introduzione di titoli di debito sovranazionali senza modificare i Trattati. Nonostante le perplessità emerse nella discussione appena ricordata, e ben consapevole di questa possibilità, il Parlamento federale ha però scelto di autorizzare la ratifica per non tardare nel rispondere all'emergenza.

Non dello stesso parere, invece, più di duemila cittadini tedeschi (guidati da *Bernd Lucke*, l'economista "ultraortodosso" già parlamentare europeo e fondatore del partito euroscettico - divenuto nel tempo di estrema destra - *Alternative für Deutschland*) i quali, organizzati nel movimento *Bündnis Bürgerwille*, lo scorso 22 marzo 2021 hanno presentato dinanzi al BVerfG due atti mirati a impedire (non solo nel breve termine) l'entrata in vigore della legge federale di ratifica della «*Decisione sulle risorse proprie*». Si tratta, da un lato, della istanza d'urgenza volta a ottenere una decisione del Giudice delle leggi in grado di impedire al Presidente della Repubblica tedesca, *Frank-Walter Steinmaier*, di firmare la legge federale di ratifica ai fini della sua entrata in vigore^[3]; dall'altro, di un ricorso diretto di costituzionalità (la c.d. *Verfassungsbeschwerde*) mirato a ottenere una pronuncia del BVerfG che riconosca come la «*Decisione*» violi l'art. 311 del TFUE e, di stretta conseguenza, il principio democratico e l'identità costituzionale dell'ordinamento giuridico tedesco così come discendenti dall'interpretazione degli artt. 38, 1° comma, 1° periodo, 20, 1° e 2° comma e 79, 3° comma della Legge fondamentale tedesca (*Grundgesetz* o GG).

In particolare, due sono le convinzioni a fondamento dell'istanza d'urgenza e del

ricorso diretto di costituzionalità: i ricorrenti sostengono che la «*Decisione*», configurandosi come un atto *ultra-vires*, violi il diritto primario dell'Unione. Con essa, infatti, non si inciderebbe, innalzandole, sulle risorse proprie sovranazionali, ma si permetterebbe all'Unione, tutto al contrario, di ricorrere a forme di indebitamento assolutamente non contemplate dall'art. 311 TFUE. Nello specifico, i ricorrenti ritengono inoltre che, laddove la legge federale di ratifica entrasse mai in vigore, uno Stato membro potrebbe addirittura rischiare di essere chiamato a rispondere degli impegni finanziari adottati dagli altri Stati membri. Questa ipotesi, concludono poi, si ripercuoterebbe in modo negativo sulla possibilità, per ciascuno Stato membro, di continuare ad adottare decisioni pienamente sovrane in materia finanziaria. Funge da corollario a questa prima preoccupazione anche un secondo e più circoscritto profilo. Per i ricorrenti le nuove forme di indebitamento sovranazionale ledono la sovranità in materia di bilancio del *Bundestag*. A loro avviso, in ragione della «*Decisione*», la Commissione potrebbe infatti stabilire del tutto liberamente, e in assoluta autonomia, non soltanto quali Stati membri chiamare a rispondere dei prestiti contratti dalla stessa sui mercati dei capitali. Nel peggiore degli scenari possibili, proprio la Germania potrebbe doversi fare carico della restituzione dell'intera somma presa a prestito su quei mercati – dovendo, di conseguenza, far gravare la restituzione dei 750 miliardi di Euro sul bilancio federale.

Il BVerfG, con la decisione del 15 aprile 2021, ha respinto l'istanza di urgenza (e permesso, di conseguenza, al Presidente della Repubblica di firmare la legge federale di ratifica ai fini della sua pubblicazione ed entrata in vigore); al tempo stesso, però, non ha dichiarato inammissibile e manifestamente infondato il ricorso di costituzionalità, con le potenziali e serie conseguenze cui ora si farà accenno.

2. Tutelare il «*bene comune*» senza impedire l'entrata in vigore della legge di ratifica della «*Decisione sulle risorse proprie*»: il BVerfG vuole l'«*ultima parola*».

Con assoluta chiarezza, nella decisione dell'aprile 2021, i giudici costituzionali tedeschi affermano che il ricorso di costituzionalità presentato dal movimento *Bündnis Bürgerwille* sia ammissibile e non manifestamente infondato; ciò

nonostante - e dopo aver adottato nel marzo 2021 una decisione cautelare^[4] con la quale sospendevano l'ultima fase del procedimento di ratifica della legge federale sopra ricordata - ad un esame più attento ritengono che l'istanza d'urgenza vada respinta.

La posizione così adottata dal Secondo Senato del BVerfG (è solo lo *Zweiter Senat*, fra i due che compongono il Tribunale, a potersi esprimere su materie quali quella in questione) potrebbe, a prima vista, sembrare incoerente; potrebbe, inoltre, far temere che il Giudice delle leggi tedesco, in futuro, possa comunque pronunciarsi a favore delle tesi di incostituzionalità prospettate dai ricorrenti nella *Verfassungsbeschwerde*. Per quanto si spiegherà qui in breve, va sottolineato fin da subito che la prima impressione non è fondata, mentre (sebbene le probabilità che ciò accada siano molto limitate) il secondo pericolo si delinea all'orizzonte.

Ora, quando il BVerfG riceve una istanza d'urgenza quale quella presentata dal movimento *Bündnis Bürgerwille*, per poter stabilire se sia necessario adottare una decisione favorevole alle richieste dei ricorrenti, deve operare la valutazione richiesta dal §32, 1° comma della legge federale sul Tribunale costituzionale federale (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz* o BVerfGG). Deve, in altre parole, svolgere un «esame sommario» (la c.d. *summarische Prüfung*) della questione complessiva e delle ragioni a fondamento della istanza, *finalizzato soltanto a soppesare correttamente le conseguenze* - negative o positive - che discenderebbero dall'adozione della decisione di urgenza richiesta (c.d. *Folgenabwägung*). *Non è invece tenuto*, al contrario di quanto si potrebbe immaginare, *a valutare i profili di illegittimità costituzionale* all'origine della istanza. Nel caso di specie, la c.d. *Folgenabwägung* viene risolta dal BVerfG nei termini seguenti.

Il §32, 1° comma del BVerfGG stabilisce che il Tribunale possa adottare una decisione cautelare in sole tre ipotesi, tutte mirate a garantire d'urgenza la protezione del *gemeiner Wohl* (lett., del «bene comune»), ossia per impedire il sorgere di situazioni tali da produrre gravi conseguenze sullo stesso bene, nel caso di una minaccia seria ed imminente al *gemeiner Wohl* o, infine, per qualsiasi ulteriore, serio motivo. Nell'operare questo tipo di valutazione, come accennato, il BVerfG *non è tenuto* ad approfondire eventuali profili di incostituzionalità prospettati dai ricorrenti, ma *solo a comprendere quali siano le conseguenze discendenti* dalla sua decisione.

Nel caso in questione, sottolinea il BVerfG, le conseguenze connesse all'entrata in vigore della legge di ratifica della «*Decisione sulle risorse proprie*» (v. i §§105-107 della pronuncia) vanno valutate con estrema attenzione, perché impedire l'entrata in vigore della legge (lo ERatG come altre) significherebbe aprire una breccia nel principio di separazione dei poteri (v. il §67 della pronuncia).

Il Giudice delle leggi, così ragionando, chiarisce che, se decidesse a favore dei ricorrenti, le conseguenze dell'accoglimento dell'istanza d'urgenza sarebbero di certo negative: impedire la ratifica ostacolerebbe infatti in modo irreversibile l'applicazione del NGEU – in altre parole, comprometterebbe la possibilità di sanare la situazione economica prodotta dalla pandemia. Inoltre (come peraltro evidenziato dal Governo federale), dalla mancata ratifica originerebbero conseguenze molto serie per la Germania sul piano delle relazioni diplomatiche europee e internazionali. Al contrario, sostiene il BVerfG, respingere l'istanza d'urgenza, permettendo così l'entrata in vigore della legge di ratifica, produrrebbe conseguenze di certo reversibili anche nell'ipotesi in cui, in futuro, il BVerfG sposasse le tesi di incostituzionalità prospettate nella *Verfassungsbeschwerde* (eventualità possibile, ad esempio, grazie a un intervento chiarificatore, in via pregiudiziale, della Corte di Giustizia). In sintesi: le conseguenze dell'entrata in vigore della legge sarebbero reversibili, addirittura, nel caso in cui il BVerfG stabilisse un domani che la «*Decisione sulle risorse proprie*» si configuri come un atto *ultra vires*.

Una volta soppesate le conseguenze come appena descritto, il BVerfG respinge quindi l'istanza d'urgenza. Molto rumore per nulla, dunque? Non proprio, perché il ricorso diretto di costituzionalità – nelle stesse parole del BVerfG (v. spec. §§74-93) – potrebbe condurre alla seguente situazione.

3. Dopo il rigetto dell'istanza d'urgenza, il ricorso diretto di costituzionalità: a rischio, la ripresa economica o il processo di integrazione europea?

Lo scenario, a questo punto della vicenda, è complesso, ma non nuovo. Nel pieno della crisi pandemica, il BVerfG ha lasciato trascorrere tempo prezioso prima di assumere una decisione che solo al momento «*salva*» del tutto il «Piano di Ripresa e Resilienza». Nella sostanza, la futura pronuncia relativa alla

Verfassungsbeschwerde rischia difatti di creare problemi potenzialmente molto seri. Su questa ipotesi - anche se forse improbabile, per quanto si dirà - è bene riflettere, perché, fra le righe della sentenza del 15 aprile, si intravede un atteggiamento noto: il Giudice delle leggi tedesco, oggi come nel passato recente, vuole avere l'«*ultima parola*» sulla natura *ultra vires* della «*Decisione*». Per questa ragione respinge l'istanza d'urgenza e dichiara ammissibile e non manifestamente infondato il ricorso diretto di costituzionalità.

Il Secondo Senato del BVerfG non esclude che, decidendo sulla *Verfassungsbeschwerde*, potrebbe giungere di nuovo alle conclusioni che hanno reso famose altre sue pronunce in materia. In altre parole, esso potrebbe confermare la giurisprudenza costituzionale precedente - sviluppata sin dal tempo della crisi finanziaria europea - in tema di protezione dell'identità costituzionale, atti *ultra vires* delle istituzioni sovranazionali, garanzia assoluta della sovranità di bilancio del *Bundestag*. *Indipendentemente da quanto deciso nell'aprile scorso*, dunque, il BVerfG potrebbe finire col ritenere che la «*Decisione sulle risorse proprie*» sia un atto *ultra vires* perché consente forme sovranazionali di indebitamento non permesse dai Trattati, specificamente dall'art. 311 TFUE (v. §111 della pronuncia). Così ragionando, il Giudice delle leggi tedesco si troverebbe ovviamente nella condizione di dover sollevare una questione pregiudiziale sul punto dinanzi la Corte di Giustizia (per questo profilo v. anche il §105 della pronuncia). La situazione problematica sopra accennata potrebbe sorgere proprio successivamente a questo passaggio.

Nonostante una sentenza pregiudiziale della Corte di Giustizia volta a negare la natura *ultra vires* della «*Decisione*», il BVerfG potrebbe comunque ritenere che la «*Decisione*» violi, per il tramite della legge federale di ratifica, l'identità costituzionale dell'ordinamento giuridico tedesco (così come definibile, in particolare, in ragione del congiunto disposto degli artt. 20, 1° comma e 79, 3° comma GG, dallo stesso Giudice costituzionale: sul punto v. i §§87 e 103 della pronuncia). In una simile ipotesi, la conseguenza potrebbe essere soltanto una, grave.

Il BVerfG, manifestando un aperto dissenso rispetto all'interpretazione resa in via pregiudiziale, finirebbe col costringere il Governo e il Parlamento federale tedeschi ad adottare ogni misura possibile finalizzata a ricostituire l'ordine costituzionale da esso stesso dichiarato violato. Tutto questo, si badi bene, in una

condizione che vale la pena di descrivere qui - visto che, dal momento in cui il BVerfG (potenzialmente) solleva la questione pregiudiziale, al frangente in cui assume la decisione finale, potrebbero passare non meno di tre anni. Per fare solo qualche esempio, a quel punto la legge di ratifica tedesca sarebbe da tempo entrata in vigore (e, con essa, gli obblighi giuridici conseguenti, tutti gravanti sulla Repubblica federale tedesca); la Commissione potrebbe aver già raccolto gran parte delle risorse, sui mercati internazionali dei capitali, da utilizzare per i PNRR degli Stati membri; il «*Quadro finanziario pluriennale*» potrebbe essere stato riconfermato.

In estrema sintesi: il rigetto dell'istanza d'urgenza *potrebbe non aver risolto nulla*, ma soltanto posticipato l'adozione di una decisione dalle conseguenze giuridiche, politiche, economiche e sociali della portata potenziale di quelle appena accennate. Non che il BVerfG, nella pronuncia dell'aprile 2021, faccia immaginare che questo accadrà; ma, data anche la vicenda *Weiss*, pare ragionevole non escluderlo *a priori*, e per un solo motivo.

Il Giudice delle leggi tedesco difficilmente rinuncerà a pronunciare l'«ultima parola» su questa vicenda, ossia sulla possibile violazione dell'identità costituzionale; per farlo, però, dovrà prima sollevare la questione dinanzi la Corte di Giustizia.

Ora, che la creazione di titoli di debito europei debba passare per un procedimento differente da quello dell'adozione di una decisione ai sensi dell'art. 311, 3° comma TFUE del Consiglio dell'Unione europea, è cosa difficile da negare in modo assoluto. Stabilire, però, che - per il motivo qui suggerito - il ricorso diretto di costituzionalità del movimento *Bündnis Bürgerwille* sia ammissibile e fondato, è cosa che apre uno scenario dai risultati non facili da gestire.

Resta la speranza che, nell'affrontarlo, il BVerfG dia straordinario peso a diversi profili: prima di tutto, agli eventuali chiarimenti interpretativi resi dalla Corte di Giustizia (che potrebbe ricondurre la «*Decisione*» all'art. 311 TFUE già solo perché temporanea e necessaria in un contesto di emergenza), e, poi, alla considerazione sulla separazione dei poteri che - fra molto altro - ha condotto lo stesso Giudice costituzionale a soppesare con cautela le conseguenze negative connesse all'istanza d'urgenza. Resta la speranza, inoltre, che, da qui ai prossimi quattro anni, accada quello che risolverebbe (forse) dilemmi simili alla radice:

ossia che si sviluppi un *idem* sentire politico, fra gli Stati membri, capace di portare a compimento anche l'Unione finanziaria.

1. BVerfG, sent. 5 maggio 2020, 2 BvR 859/15, sulla quale v., in questa stessa Rivista, n. 2/2020, D.U. Galetta, Karlsruhe über alles? The Reasoning on the Principle of Proportionality in the Judgment of 5 May 2020 of the German BVerfG and its Consequences, e J. Ziller, The Unbearable Heaviness of the German Constitutional Judge. On the Judgment of the Second Chamber of the German Federal Constitutional Court of 5 May 2020 concerning the European Central Bank's PSPP Programme.
2. BVerfG, sent. 15 aprile 2021, 2 BvR 547/21.
3. Per ogni ulteriore dettaglio v., in questa stessa Rivista, il commento del 3 aprile 2021 di J.L. Da Cruz Vilaça.
4. BVerfG, sent. 26 marzo 2021, 2 BvR 547/21: in questo caso, il Tribunale ha adottato una decisione cautelare o *Hängebeschluss*.

The German Constitutional Court calls into question the Recovery and Resilience Plan

José Luís da Cruz Vilaça

DOI: 10.13130/2723-9195/2021-2-13

La Corte costituzionale tedesca, a seguito di un ricorso proposto da duemila cittadini tedeschi, ha statuito che, in attesa della sua decisione finale, il presidente tedesco, Frank-Walter Steinmeier, non possa promulgare la legge relativa alla Decisione sulle risorse proprie che consente alla Commissione europea di emettere obbligazioni sui mercati per finanziare il dispositivo per la ripresa e la resilienza (Recovery and Resilience Facility-RRF). Decisione che era già stata approvata dal Bundestag e dal Bundesrat. I ricorrenti sostengono che il modo in cui il RRF è finanziato viola l'obbligo dell'UE di mantenere un bilancio in pareggio e considerano l'emissione prevista come una "violazione flagrante del trattato UE", vale a dire dell'articolo 311 del trattato sul funzionamento dell'UE (TFUE). Non è la prima volta, e probabilmente non sarà l'ultima, che il Bundesverfassungsgericht mette in questione e testa i limiti delle competenze europee e il rapporto tra sovranità costituzionale tedesca ed europea. È stato così con le sentenze Solange, nei decenni del 1970 e 80; nell'esaminare la costituzionalità della legge che ha ratificato il trattato di Maastricht nel 1992 e nella valutazione della legge che ha ratificato il trattato di Lisbona nel 2009; e, last but not the least, l'anno scorso, la Corte ha contestato il Public Sector Purchase Programme (PSPP) della Banca centrale europea, avvalendosi dei poteri conferiti dai trattati esclusivamente alla Corte di giustizia dell'UE e minacciando così le fondamenta stesse di un ordinamento giuridico di integrazione costruito in oltre 70 anni. Senza la Decisione sulle risorse proprie, che deve essere approvata da tutti gli Stati membri, la Commissione non sarà in grado di emettere le obbligazioni necessarie per finanziare la RRF. Per evitare di aggiungere una grave crisi economica a quella pandemica, aggravata in Europa dalle carenze nella gestione da parte della Commissione europea dell'acquisto dei vaccini, il Bundesverfassungsgericht dovrebbe fornire con urgenza una risposta. In un certo senso, la Corte costituzionale tedesca si è posta, nelle questioni europee, come il difensore di un rigido nazionalismo costituzionale, incompatibile con l'impegno della Germania per l'integrazione europea. Sicché, ancora una volta, a lungo termine il

futuro dell'Unione europea sarà deciso dalla risposta a breve termine della Corte costituzionale tedesca.

The German Constitutional Court, following a complaint by two thousand German citizens, determined that, pending the final decision, the German President, Frank-Walter Steinmeier, could not promulgate the Own Resources Decision that allows the European Commission to issue bonds on the markets to finance the Recovery and Resilience Facility (RRF). The decision had already been approved by the Bundestag and the Bundesrat. The complainants argue that the way in which the RRF is financed violates the EU's obligation to maintain a balanced budget and consider the planned issuance to be a "flagrant violation of the EU Treaty", namely of article 311 of the Treaty on the Functioning of the EU (TFEU). This is not the first time and probably will not be the last that the Bundesverfassungsgericht questions, and tests, the limits of European competences and the relationship between German and European constitutional sovereignties. It was so with the Solange judgments, in the decades of 1970 and 80; in examining the constitutionality of the law ratifying the Maastricht Treaty in 1992 and in the assessment of the law ratifying the Treaty of Lisbon in 2009; and last but not the least, last year, the Court questioned the European Central Bank's secondary markets purchase programme for public sector assets, ultimately, drawing upon itself powers conferred by the Treaties exclusively on the Court of Justice of the EU, thus threatening the foundations of an integration legal order established over 70 years. Without the Own Resources Decision, which must be approved by all Member-States, the Commission will not be able to issue the bonds needed to finance the RRF. To avoid adding a serious economic crisis to the pandemic one, aggravated in Europe by the shortcomings of the European Commission's management of the vaccines purchase, the Bundesverfassungsgericht should provide an urgent response. In a way, the German Constitutional Court has built itself up, in European matters, as a defender of a strict constitutional nationalism, incompatible with Germany's commitment to European integration. Once again, the long-term future of the European Union will be decided in the short-term response of the German Constitutional Court.

1. The German Constitutional Court strikes again!

On 26 March 2012, two thousand German citizens, with spokesman Bernd

Luke, co-founder and one of the three spokesmen for the Eurosceptic party “Alternative for Germany” (AFD) and former MEP, lodged a complaint with the Constitutional Court of Karlsruhe (*Bundesverfassungsgericht*), which was directed against the approval by the constitutional bodies of the Federal Republic of the European Union’s Own Resources Decision, adopted last December.

That Decision^[1] allows the European Commission to issue bonds on the markets to finance the “NextGenerationEU” (or Recovery and Resilience Facility, RRF) programme of EUR 750 billion. Together with the Union’s long-term budget - the multiannual financial framework -, it is the largest economic stimulus programme ever funded by the Union.

The Decision increases the ceiling of own resources available to the EU, allowing it to accommodate the additional funding obtained from the planned bond issue. It must be ratified by all Member States, and without it the Commission will not be able to issue such obligations. That is, without it there will be no Recovery and RFF - and the recovery will be even longer and more painful.

The complainants argue that the way in which the RFF is financed violates the EU’s obligation to maintain a balanced budget and consider the planned issuance to be a «*flagrant violation of the EU Treaty*».

This concerns Article 311 of the Treaty on the Functioning of the EU (TFEU), which states in its first two paragraphs: «*The Union shall provide itself with the means necessary to attain its objectives and carry through its policies. Without prejudice to other revenue, the budget shall be financed wholly from own resources*».

The complainants consider that the issuance of debt to finance expenditure from the Union budget is unlawful and contrary to that provision.

On the other hand, the Own Resources Decision expressly states that «*To bear the liability related to the envisaged borrowing of funds, an extraordinary and temporary increase in the own resources ceilings is necessary. Therefore, for the sole purpose of covering all liabilities of the Union resulting from its borrowing to address the consequences of the COVID-19 crisis, the ceiling for appropriations for payments and the ceiling for appropriations for commitments should each be increased by 0,6 percentage points*» (recital 16).

The Commission claims that Article 311 allows for some discretion in the choice of means and that the increase of own resources through market financing does not represent a new own resource but a single additional reinforcement (“one-

off”).

In this case, the third paragraph of Article 311 TFEU is relevant: «*The Council, acting by means of regulations in accordance with a special legislative procedure, shall lay down implementing measures for the Union's own resources system in so far as this is provided for in the decision adopted on the basis of the third paragraph. The Council shall act after obtaining the consent of the European Parliament*».

On the same day, 26 March, the German Court accepted the complaint and determined that, prior to its examination, Frank-Walter Steinmeier, President of the Federal Republic of Germany, could not promulgate the Decision.

2. Nothing new under the sun

This intervention of the *Bundesverfassungsgericht* is neither original nor surprising. Europeans have long been accustomed to the position of the German Constitutional Court, whose seat is in Karlsruhe, and which calls into question the competences of Union bodies.

Just recently, on 5 May 2020, the Court ordered the *Bundesbank* to stop participating in the European Central Bank's (ECB) secondary markets purchase programme for public sector assets if it did not demonstrate that the programme was compatible with the Treaty on European Union (TEU).

The decision caused a shock at the time, not only because it aimed at an important instrument to combat the recession caused by the Covid-19 pandemic, but also because the German Court assumed, as in other decisions in recent years, that whatever the decision of the Court of Justice of the European Union (ECJ) on the legality of the ECB's asset purchase programme (initiated in another form a few years earlier), it reserved itself the right to subject the ECB's action to its constitutional review - that is, to have the last word.

While, on the one hand, the economic health of a Union threatened by a pandemic, as before by a severe economic crisis (post-2008), on the other hand, the very foundations of European integration were threatened, because the competence of the CJEU to decide ultimately on Union law is exclusive, and can be neither delegated nor renounced as explained in a previous article^[2]. Without this competence, the autonomy of European Union law and its effective and

uniform application throughout European territory is impossible - and European integration no longer makes sense.

It is not the first time, nor will it be the last one that the German Constitutional Court questions - and tests - the limits of European competences and the relationship between German and European sovereignty. Indeed, it played a relevant - and even constructive - role in the last century by contributing to the Court of Justice's important jurisprudential advances in the area of fundamental rights, as I have already explained^[3].

In this sense, decisions and judgments such as *Solange* (judgment of 29.5.1974, BVerfG 37) or *Solange II* (judgment of 22.10.1986, BVerfG 73) are well known. In the first judgment the *Bundesverfassungsgericht* warned that as long as ("Solange") the Community legal order did not guarantee German citizens an equivalent level of protection of their rights to those guaranteed by the German *Grundgesetz* it would reserve the right to carry out its own checks on the constitutionality of European standards. In *Solange II*, in the light of developments in CJEU case law, the German Court agreed to waive its own constitutional review as long as the CJEU ensured the appropriate level of protection.

Later, in examining the constitutionality of the law ratifying the Maastricht Treaty in 1992, the *Bundesverfassungsgericht* introduced a reservation to the acceptance of the primacy of European law, making it dependent on the limits of the Treaty provisions adopted by the ratification law. On 30 June 2009, it assessed the law ratifying the Treaty of Lisbon in the light of the Federal Republic's Basic Law, requiring various modifications and announcing that it would continue to intervene to prevent the manifest disregard for the principle of conferral on the EU institutions and any violation of the essential core of the "constitutional identity" of the German *Grundgesetz*.

Last year's decision, on 5 May 2020, went even further and, in our opinion, represents a real *ultra vires* decision. The *Bundesverfassungsgericht* draws upon itself powers, which are conferred exclusively by the Treaties (and therefore by all the Member States which have signed them) on the judicial body set up to say the law in this legal and political area, the CJEU, thus threatening the foundations of an integration legal order established over 70 years (as referred to in the articles cited above).

3. And what now?

Now, it is to be expected that common sense will prevail and a quick decision is taken. In order not to generate a crisis over another crisis and to avoid adding a very serious economic crisis to the pandemic one, aggravated in Europe by the shortcomings that are still tainting the European Commission's management of the vaccines purchase, the *Bundesverfassungsgericht* should provide an urgent response that enables the German President to enact the EU Own Resources Decision, which has already been approved by the *Bundestag* and the *Bundesrat*. In a way, the German Constitutional Court has built itself up, in European matters, as a defender of a strict constitutional nationalism, incompatible with Germany's commitment to European integration. It is, after all, a question of whether the last word on the legality of any European policy is entrusted to the EU Court of Justice or left to the national constitutional courts (or, even worse, to one of them). This is another way of saying that it is a question of whether or not there is a truly autonomous European legal order, which does not depend ultimately on a domestically focused (and inevitably biased) interpretation made by national bodies and whether or not there is an effective primacy of European rules over national laws.

The *raison d'être* of primacy is simple: without it, there would be no common European rules, no common internal market and ultimately no European Union, which would all be made impossible if any Member State could freely refuse to apply the EU rules or principles it disliked, just cherry picking those to their liking.

There is an urgent need to clarify the boundaries between the constitutional integrity of the EU and the sovereignty of the Member States. With the vaccine crisis, it has become clear that the Union has limited competence in health matters. Moreover, the economic crisis caused by the pandemic shows that the Union cannot be unduly limited by the unanimity rule or by a national courts blockade in its ability to act and its capacity to mobilise resources in the common interest, in particular in emergency situations that require swift action at the appropriate level (as demanded by the subsidiarity principle) to prevent an immediate danger to health and human lives of European citizens.

The legitimate place to resolve any doubts a national court may have as regards

CERIDAP

the legality of using the markets to finance European emergency policies, and the increase in own resources, can only be the EU Court of Justice, otherwise the European Union will become unsustainable.

Once again, as so often in the past, the long-term future of the European Union will be decided in the short-term response of the German Constitutional Court to a challenge raised or accepted by itself against the autonomous nature of the European integration process grounded on the sovereignty of the Member States and the will of the peoples of Europe.

Once again, we must hope that wisdom, political will and judicial integrity will allow the right decisions to be made.

1. Council Decision (EU, Euratom) 2020/2053 of 14 December 2020 on the system of own resources of the European Union and repealing Decision 2014/335/EU, Euratom, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dec/2020/2053/oj>
2. See at https://www.cruzvilaca.eu/xms/files/O_acordao_do_2o_Senado_resumo.pdf , point 3
3. J.L. da Cruz Vilaça, The judgment of the German federal constitutional court and the court of justice of the European union – judicial cooperation or dialogue of the deaf?, Ceridap 3/2020.

Beyond the Ivory Tower: the role of University in contemporary society

Beatrice Rabai

DOI: 10.13130/2723-9195/2021-2-15

L'articolo si sofferma su alcune questioni concernenti il rapporto tra le politiche dell'Unione europea in materia di istruzione superiore e i profondi cambiamenti in atto nel sistema universitario italiano.

The aim of this article is to analyse some questions concerning the relationship between the policy of the European Union in the Higher education and the profound changes taking place in the Italian university system.

1. Foreward

«A University is a place [...] whither students come from every quarter for every kind of knowledge; [...] a place for the communication and circulation of thought, by means of personal intercourse [...] It is the place to which a thousand schools make contributions; in which the intellect may safely range and speculate. It is a place where inquiry is pushed forward,...discoveries verified and perfected, and [...] error exposed, by the collision of mind with mind, and knowledge with knowledge»^[1].

Today, universities play a decisive roles in shaping culture and civilisation of modern society, as actors in broader society and as places where intercultural dialogue is put into practice.

Higher education is essential to societies and an important part of its contribution is linked to its democratic mission.

The academic community fulfils this mission through its impact on broader society as well as through teaching, learning and research.

In this regard, academic freedom and institutional autonomy are increasingly important components of contemporary academic life^[2].

However, these fundamental democratic values vary between countries and continents.

In the US, for instance, the focus is largely on academic freedom and its connection to the right to free speech on college campuses^[3].

On the contrary, in Europe the focus has so far largely been on institutional autonomy.

In particular, the autonomy of university is linked to the capacity of higher education institutions to decide on matters such as their organization, financial issues, personnel and curricular policies (in other words, the power of a higher education institution to govern itself without external control, or self-governance), but the degree of freedom of universities varies greatly from country to country^[4].

National higher education systems differ so much that there is no single solution that results in a uniform, universally accepted model in the foreseeable future.

2. The European Union's competence in the field of education and the rule of soft law

Higher education is traditionally a very domestic issue.

The introduction of a competence of the European Union in the field of education has represented a complicated transition, where attempts have been made, on the one hand, to maintain the national cultural identity and, on the other hand, to encourage the abolition of defensive barriers, through the promotion of the transnational mobility of students and teachers^[5].

The specific chapter of the Treaty on the Functioning of the EU (TFEU) on education, and in particular its article 165 (1)^[6], offers limited competences for the European community.

This provision, introduced by the Maastricht Treaty, acknowledges a role for the EU in educational matters, but limits this role to a complementary and subsidiary one to that of the Member States^[7].

Therefore, the European Union does not have an all embracing policy on higher education, which is certainly true if we only take into account the rules of the

Treaty and the obligatory sources of European law.

Nevertheless, if we extend our analysis to the soft law documents (such as a support programmes and the Open Method of Coordination- OMT^[8]), it becomes obvious that the

European Commission has comprehensive and well-elaborated ideas on the proper role of Universities in Europe^[9].

The funding policies, in addition, show a strict interconnection between economic and industrial goals of EU institutions and academic research. Horizon 2020 represents a clear example.

The open method of coordination, that emerged after the Lisbon strategy in 2000, is a mechanism to deliver this policy cooperation in higher education.

The monitored coordination constitutes the “essence” of the Bologna Process^[10] and this instrument works by having individual countries implement the ratified objectives within national law.

With particular reference to autonomy and academic freedom, the OMT could be a new context in which the dialogue between European institutions and Member States find new solutions in order to implement the Bologna Process^[11] and the project of a European Higher Education without asking academic research to show its industrial and economic application and impacts.

In spite of this limiting formal framework, over the last three decades, the EU’s influence in the field of Higher education has constantly increased, causing important changes.

In particular, the Lisbon Strategy encompasses the Commission’s contribution to the intergovernmental Bologna Process, aiming to establish a European Higher Education Area, mainly in the areas of curricular reform and quality assurance.

At the same time, through soft governance processes promoted by the Bologna Process, Eu Lisbon strategy, and later Europe 2020, the EU institutions are imposing a European HE governance based on standards and comparison.

As S. Garben said, «*all the reforms seem to be directed at a modernisation of the national higher education systems and institutions, with economic considerations playing an increasingly important role*»^[12].

So, education becomes the key to both economic and social sustainability in Europe.

In order to realize the objective of creating a «*Europe of knowledge*»^[13], universities are pressed to perform their traditional functions (such as teaching and research) more efficiently in an increasingly globalized environment characterized by severe competition.

In most EU countries the numerous higher education reforms are the consequence of the dissemination of New Public management (NPM)^[14].

Indeed, the academic system is one area that has been strongly affected by the implementation of NPM: the rise of the knowledge society, the economic crises, the increased competition and the globalization have put upward pressure.

Overall, it is evident that neoliberal policies and process (such as marketization, competition and management by performance measures) have gained a profound influence over the governance of universities, as well as over the activities of research, teaching and learning within such institution.

And the European context certainly has influenced also National legislators.

3. Effect on Italian academic work and the academic profession

The Italian university system has also been inspired by NPM, and this aspect influences the relationship between centralism and autonomy, and in particular the relationship between State and University^[15].

In December 2010 a comprehensive reform (l. n. 240/2010, the so called “*Gelmini legislation*”) changed the institutional governance and internal organization of Italian state universities^[16].

Italy adopted a performance-based system for funding universities which is centered on the results of a national research assessment exercise, conducted by the Italian governmental agency for evaluation of universities and research (ANVUR)^[17].

The declared objective of the university reform is, as some authors said, «*to improve the operative capabilities and the impact of research also thanks to autonomy, a principle constitutionally guaranteed, but [...] The results of the reform and the ways in which the evaluation system has been carried out have brought [...] to claim that in reality the level of autonomy of the universities instead of increasing has been compressed in favor of the State which uses evaluation as a*

means to govern the university world: from the “Controller State” we move on to the “Evaluation State”»^[18].

In order to provide an example, we can make reference to the principal role of MUR^[19] (Ministry of Universities and Research) in defining the criteria and the evaluation parameters: the relationship between ANVUR and MUR represents certainly an obstacle to the respect of freedom of science in terms of prohibition of political interference.

Another aspect that needs to be highlighted concerns the technical and methodological choices.

Both the adoption of quantitative parameters and standards and the selection and progression of the personal academic career are open to criticism from multiple points of view, not only for the evaluation of research quality (VQR^[20]), but also for the classification of scientific journals, the qualification of candidates for national scientific qualification (ASN^[21]), the teaching quality assurance procedure (self assessment, periodic evaluation, accreditation - AVA^[22]).

Firstly, quantitative method for the evaluation of research performance is unable to attribute the value of the results of scientific research in humanities and social sciences (soft sciences).

Secondly, the current evaluation system increases negative behaviour in the academic world, because it encourages standardization and homologation of knowledge.

Indeed, in recent years due to the financial problems arising from the large public debt, the pressure to reduce public spending has been perceived as more and more urgent, and has put even more pressure on the higher education system for efficiency^[23].

So Anvur's evaluation determines the allocation of public funding to universities and research institutes and this is a consequence of increasing pressures on the state budget.

This transformation of the university from being government funded to becoming market-oriented is affecting various aspects of creation and transmission of knowledge and is bound to create a series of conflicts.

According to the economic theory of incentives^[24], behaviour is primarily extrinsically motivated: individuals are more motivated to perform activities if they receive a reward, rather than simply because they enjoy the activities

themselves.

But a large literature in psychology^[25] and more recently in economics^[26], has argued that monetary incentives (rewards) and punishments are often counterproductive, because they undermine «*intrinsic motivation*», which represents a self-determined behaviour instigated by an individual's personal willingness and genuine desire^[27].

Intrinsic motivation certainly has a central role in academic research.

Self-determination theories therefore suggest that the choice to link the evaluation to a financial rewards system is destined to lead in the long term to a weakening of the intrinsic motivation of academics evaluated, increasing the risk of a standardization of knowledge.

4. Conclusion

Traditionally the academic profession played a strong role in the internal steering of their institution, whereas academic self-governance has been replaced by top-down management practices in many higher education systems.

The lack of adequate government budgetary support of the higher education is creating acute financial pressure on universities; so universities are increasingly looking to the market for revenue generation.

So, in different European countries universities are transforming into corporate universities: students are viewed as “customers” and teachers as “service providers”.

In this vision, universities are seen as institutions in a quasi-market in which political authority appoints external agents and imposes incentive to align to its goals the interests of the universities and of those who work there.

In this regard, it is very important remember that academic freedom is a precondition for the advancement of knowledge, but the quality of the advancement of knowledge is interdependent with the level of academic freedom.

For a long time, University has been considered to be overly detached from society; the image frequently used is that of a community enclosed in its “Ivory Tower”^[28].

However, the idea of University as an Ivory Tower could also be partly reclaimed

as something to be defended.

University as a place for developing knowledge whose governance is not influenced by economic use but by the individual as part of a cohesive community with a common vision^[29] and a sense of belonging, where diversity is valued, not hindered.

1. J.H. Newman, *Historical Sketches*, vol. III, Basil Montagu Pickering, Piccadilly, London, 1873, p.15-17.
2. See S. Noorda, P. Scott, M. Vukasovic (edited by), *Bologna Process Beyond 2020. Fundamental Values of the EHEA. Proceedings*, Bononia University Press, Bologna, 2020; B. Broucker B., V.M.H. Borden, T. Kallenberg, C. Milsom (edited by), *Responsibility of Higher Education Systems. What? How? Why?*, Brill, Boston, 2020.
3. See R.J. Tepper, C.G. White, *Speak no Evil: Academic Freedom and the application of Garcetti v. Ceballos to Public University Faculty*, in *Catholic University Law Review*, 1, 2009, p. 125-182; L. Alexander, *Academic Freedom*, in *University of Colorado Law Review*, 4, 2006, p. 883-900; W.H. Daughtrey Jr, *The Legal nature of academic freedom in United States colleges and universities*, in *University of Richmond Law Review*, 25, 1990, p. 233-271; R.J. Meyer, *Academic Freedom in the United States*, in *British Journal of Educational Studies*, 1, 1967, p. 28-39. For discussion of the development and meaning of the concept of academic freedom generally, see R. Hofstadter, W.P. Metzger, *The Development of Academic Freedom in the United States*, Columbia University Press, New York, 1955; L. Joughin (edited by), *Academic Freedom and Tenure*, University of Wisconsin Press, 1969.
4. The analysis of the different academic models in Europe can be found in R. Cavallo perin, G. M. Racca, *The plurality and diversity of integration models: the italian unification of 1865 and the european union ongoing integration process*, in D. Sorace, L. Ferrara, I. Piazza (edited by), *The changing Administrative Law of all Eu member State: the Italian Case*, Springer, Cham, Giappichelli, Torino, 2020, p. 5-22; C. Fraenkel-Haerberle, D.U. Galetta, K.P. Sommermann (edited by), *Europäisierung und Internationalisierung der nationalen Verwaltungen im Vergleich. Deutsch-italienische Analysen. Schriften zum Europäischen Recht*, Band 178, Duncker & Humblot, Berlin, 2017; R. Cavallo perin, G. M. Racca, C. Barbati (edited by), *Il reclutamento universitario in Europa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016; A. Baraggia, M. Del Signore, L. Galli, B. Rabai, *Building Bridges: towards cohesion through the European University System*, in *www.ius-publicum*, 2, 2016, p. 1-46; M. Cocconi, *Il diritto europeo dell'istruzione. Oltre l'integrazione dei mercati*, Milano, 2006, and the bibliography cited therein.
5. In particular, the «Convention on the recognition of qualifications concerning higher education in the european Region» of 11 April 1997, also referred to as Lisbon Convention, and the «Joint Declaration of Harmonisation of the Architecture of the European Higher Education System» of 25 May 1998, so called Sorbonne declaration -

which clarifies that «*Europe is not only that of the Euro, of the banks and the economy: it must be a Europe of knowledge as well*»- are crucial steps in the process of enhancing European cooperation in this field. These papers inherit the principles laid in the «*Magna Charta Universitatum*» presented in Bologna in 1998, in which is stated that «*the university is an autonomous institution at the heart of societies differently organized because of geography and historical heritage; it produces, examines, appraises and hands down culture by research and teaching*». For a focus on free movement in Europe, see J. Ziller, *Free Movement of European Union Citizens and Employment in the Public Sector*, in *FMW - Online Journal on free movement of workers within the European Union*, august 2011, n. 2, p. 6-26.

6. «*The Union shall contribute to the development of quality education by encouraging cooperation between Member States and, if necessary, by supporting and supplementing their action, while fully respecting the responsibility of the Member States for the content of teaching and the organisation of education systems and their cultural and linguistic diversity. The Union shall contribute to the promotion of European sporting issues, while taking account of the specific nature of sport, its structures based on voluntary activity and its social and educational function*».
7. See also art. 6 TFUE.
8. The OMC does not result in EU legislation, but is a method of soft governance which aims to spread best practice and achieve convergence towards EU goals in those policy areas which fall under the partial or full competence of Member States. Since binding EU rules cannot be used as the means to achieve convergence among Member States in such cases, OMC relies on other mechanisms. These mechanisms involve establishing guidelines, quantitative and qualitative indicators and benchmarks, and national and regional targets, backed by periodic evaluations and peer reviews. The evaluations are aimed at helping Member States learn from one another and consequently improve their domestic policies. However, 'peer pressure' and 'naming and shaming' are terms often used to describe this process of learning and improvement, and these may hint at processes of greater weight than the apparently 'soft' nature of the governance implies. See, in this sense, S. Del Gatto, *Il metodo aperto di coordinamento. Amministrazioni nazionali e amministrazione europea*, Jovene editore, Napoli, 2012; N. Barbera (edited by), *Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali*, Giuffrè, Milano, 2006.
9. On the role of *soft law*, see A. Somma (edited by), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Giappichelli, Torino, 2009; M. Ramajoli, *Soft law e ordinamento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, 2017, 1, p. 147-162.
10. The Bologna Process launched with the Bologna Declaration of 1999 aimed at the creation of a new space of policy dialogue and practice in higher education, resulting in the establishment of the European Higher Education Area as of 2010.
11. The European Network of Quality Assurance Agencies (ENQA) plays an important role in the implementation of the Bologna Declaration.

12. S. Garben, *The future of Higher Education in Europe: The case for a stronger base in EU Law*, in LEQS Paper, 50, 2012, p. 6.
13. Communication from the Commission of 5 February 2003 (The role of the universities in the Europe of knowledge [COM(2003)] 58 final).
14. Proponent of the NPM approach argue that private sector management practices are required in order to maximise the efficiency and quality of public sector institutions.
15. In Italy, there is a constitutional rank: art. 33, on which see S. Cassese, A. Mura, *Commento agli artt. 33-34*, in G. Branca (edited by), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1976, p. 210 s.; L. Mazzaroli, *L'autonomia universitaria nella Costituzione*, in *Diritto societario*, 1980, p. 229 ss.; A.M. Sandulli, *L'autonomia delle università statali*, now in *Scritti giuridici*, IV, Jovene ed., Napoli, 1994, p. 441 ss.; L. Mazzaroli, *Professori universitari, Università e garanzia costituzionale dell'autonomia universitaria*, in *Quaderni Costituzionali*, 1997, 1, p. 77 ss., A. D'Atena, *Profili costituzionali dell'autonomia universitaria*, in *Giur. Cost.*, 1998, p. 2978 ss.
16. See A. Marra (edited by), *Il diritto delle Università nella giurisprudenza a dieci anni dalla legge n. 240/2010*, Giappichelli, Torino, 2020; E Chiti, G. Gardini, A. Sandulli, *The Italian legal order and the making of a national cultural identity*, in D. Sorace, L. Ferrara, I. Piazza (edited by), *The changing Administrative Law of all Eu member State: The Italian Case*, Springer Nature Switzerland AG, Switzerland, 2020, p. 171-196; A. marra (edited by), *L'autonomia universitaria del nuovo millennio*, Aracne ed., Roma, 2020; C. Barbati, *Il sistema delle autonomie universitarie*, Giappichelli, Torino, 2019; D. Borrelli, M. Stazio, La «grande trasformazione» dell'università italiana, in ***Rivista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione*, 2018, 1, p. 1-19**; A. Sandulli, *Autonomia "negata" e autonomia "abusata" nelle università*, in *Munus*, 2017, 3, p. V-XIV; D.U. Galetta, *Autonomia universitaria e processi di internalizzazione degli Atenei dopo la legge n. 240 del 2010: una "anglicizzazione" necessaria? Riflessioni critiche dalla prospettiva del diritto (amministrativo)*, in *Giustamm*, febbraio/marzo 2013, p. 1-10; G. Piperata (edited by), *L'università e la sua organizzazione. Questioni ricorrenti e profili evolutivi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014; F. Roversi Monaco, G. Caia (edited by), *Università e riforme*, Bononia University Press, Bologna, 2014; E. Picozza, A. Police (edited by), *Competizione e governance del sistema universitario*, Giappichelli, Torino, 2013; E. Carloni, P. Forte, C. Marzuoli, G. Vesperini, *Il sistema universitario in trasformazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011; G. Della Cananea, C. Franchini (edited by), *Concorrenza e merito nelle Università. Problemi, prospettive e proposte*, Giappichelli, Torino, 2009.
17. Anvur was legally established in 2006 but started to operate in 2011.
18. R. Fontana, D. Borrelli, E. Nemmo, C. Sofia, E. Valentini, *Reformism and Evaluation in the Field of Social and Political Sciences. Consequences for the Academic Community*, in *Italian Journal of sociology of education*, 2018, 2, p. 112. See also C. Pinelli, *Autonomia universitaria, libertà della scienza e valutazione dell'attività scientifica*, in *Munus*, 2011, 3, p. 567 ss. and critically on the research assessment and the power of ANVUR (an agency whose members are appointed by the Ministry) M. Ramajoli, *Stato valutatore, autonomia*

CERIDAP

- universitaria e libertà di ricerca*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2014, 3, p. 313.
19. Before MIUR, now MUR (see d.l. n. 1/ 2020).
 20. The VQR aims at the periodic assessment of universities and public research bodies by evaluating publications. It has also a direct impact on the funding, which is regulated by the so called Ordinary Funding Fund (Fondo di finanziamento ordinario, hereafter FFO).
 21. The ASN represents a prerequisite for access to the first and second layers of the academic career (associate and full professor). Access to faculty positions takes place through competitions issued by each individual university, and open exclusively to candidates holding the ASN.
 22. There is a set of qualitative requirements based on which the Commission of Evaluation Experts (CEV) checks respectively: a) at central level, the vision, the strategies and the University policies for teaching, research and the third mission; b) at a peripheral level, the methods by which Quality Assurance is carried out by the Degree courses in teaching and by the Departments for research and third mission. The main phases of periodic accreditation are three: 1. examination of the documentation indicated by the University in the form drawn up by the University; 2. on-site visit at the University under evaluation; 3. drafting of the Final Report.
 23. On this theme see G. Clemente di San Luca, *Valutazione della ricerca, valutazione delle riviste e cooptazione universitaria*, in *Federalismi*, 2017, 4, p. 1-10; A. Sandulli, *La classificazione delle riviste scientifiche e revisione tra dispari*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2017, 4, p. 436-440; A. Marra, *La valutazione del sistema universitario e il ruolo dell'ANVUR*, in G. Piperata (edited by), *L'università e la sua organizzazione. Questioni ricorrenti e profili evolutivi*, Napoli, 2014, 87 ss.; M. Ramajoli, *Stato valutatore, autonomia universitaria e libertà di ricerca*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2014, 3, 313- 321. F. Denozza, *La ricerca scientifica e le tecniche di valutazione*, in *Giornata di Studio "Autonomia universitaria e rappresentanza delle comunità accademiche, dei saperi e delle discipline"*, Roma, 19 settembre 2011, p. 2 ss.
 24. See C. Althaus, *The application of agency theory to public sector management*, in G. Davis, B. Sullivan, A. Yeatman, *The New Contractualism?*, in Centre for Australian Public Sector Management, 1997, p. 137-153; D.E.M. Sappington, *Incentives in principal-agent relationship*, in *Journal of economic perspectives*, 1991, 2, p. 45-66; J. Stiglitz, *Principal and agent*, in J. Eatwell, M. Milgate, P. Newman (edited by), *The New Palgrave Dictionary of Economics*, vol. 3, 1987, Macmillan, London, p. 966-971; S.J. Grossman, O.D. Hart, *An Analysis of the principal-agent problem*, in *Econometrica*, vol 51, 1983, p. 7-46; S. Ross, *The economic theory of agency. The principal's problem*, in *American Economic Review*, 1975, 2, p. 134-139.
 25. For R. M. Ryan-E. L. Deci, *Self-Determination Theory and the Facilitation of Intrinsic Motivation, Social Development, and Well-Being*, in *American Psychologist*, 2000, 1, p. 70 «extrinsic motivation is a construct that pertains whenever an activity is done in order to attain some separable outcome. Extrinsic motivation thus contrasts with intrinsic motivation, which refers to doing an activity simply for the enjoyment of the activity itself,

- rather than its instrumental value*». See also R. Dessi, A. Rustichini, *Strong intrinsic motivation*, in *TSE Working Paper*, 2015, 15, p.1-23; R. M. Ryan-E. L. Deci, *Intrinsic and extrinsic motivations: classic definitions and new direction*, in *Contemporary educational psychology*, 2000, 1, p. 56-67; B. Frey, *On the Relationship Between Intrinsic and Extrinsic Work Motivation*, in *International Journal of Industrial Organization*, 1997, 15, p. 427-439; D. Kreps, *Intrinsic Motivation and Extrinsic Incentives*, in *American Economic Review*, 1997, 2, p. 359-364.
26. See R. Bénabou, J. Tirole, *Intrinsic and Extrinsic Motivation*, in *The Review of Economic Studies*, 2003, 3, p. 489-520.
 27. On the contrary, extrinsic motivation refers to a less self-determined behaviour geared towards a separate external reward or personal benefit from an external source.
 28. In this sense, v. S. Shapin, *The Ivory Tower: The history of a figure of speech and its cultural uses*, in *British Society for the History of science*, 2012, 1, p. 1-27.
 29. See in this perspective U. Pototschnig, *L'Università come società*, in *Riv. giur. Scuola*, 1976, p. 269 and in *Scritti scelti*, Cedam, Padova, 1999, p. 817 and M. Del Signore, *University as society*, in A. Baraggia, M. Del Signore, L. Galli, B. Rabai, *Building Bridges: towards cohesion through the European University System*, cit., p. 2 ss.

Lavoro e tecnologie informatiche. Note a margine della fiducia al governo Draghi

Giancarlo Vilella

DOI: 10.13130/2723-9195/2021-2-12

Il governo Draghi si è insediato in un momento in cui il mercato del lavoro, caratterizzato dall'influenza decisiva delle tecnologie informatiche e da un alto grado di mobilità, sta subendo grandi cambiamenti. L'emergere della pandemia, in corso da quasi un anno al momento del giuramento del governo Draghi, ha colpito il mercato del lavoro con la distruzione di posti di lavoro e la mancata creazione di nuovi, accentuando allo stesso tempo il processo di cambiamento in corso (informatica, mobilità). Il fenomeno è sovranazionale, e l'Unione Europea sta agendo su due livelli: affrontando l'emergenza (SURE, iniziativa Giovani, EU Next Generation, ecc.) e intervenendo sulla base di una strategia incentrata sugli investimenti nelle tecnologie informatiche. Sono queste tecnologie che stanno cambiando i processi produttivi e le modalità di svolgimento dei mestieri e delle professioni, rimodellando il mercato del lavoro e rendendo necessario l'aggiornamento e il profilo informatico dei lavoratori e creando una forte asimmetria tra i lavoratori e le loro prospettive occupazionali. Il discorso del premier e il programma di governo tengono conto di questo problema: da un lato hanno annunciato riforme dell'assegno di riallocazione e dei centri per l'impiego, dall'altro parlano di rafforzamento delle infrastrutture (banda larga, 5G) e della trasversalità della transizione digitale. Tutto ciò sembra appropriato. La speranza è che tutto questo venga fatto nel contesto strategico europeo e che il mercato del lavoro diventi il perno onnipresente della transizione trasversale.

Work and information technology. Notes on the vote of confidence in the Draghi government

The Draghi government has taken office at a time when the labour market, characterised by the decisive influence of information technologies and a high degree of mobility, is undergoing great changes. The emergence of the pandemic, which had been underway for almost a year when the Draghi government was sworn in, has hit the labour market with the destruction of jobs and the failure to create new ones, while

at the same time accentuating the disruptive processes underway (IT, mobility). The phenomenon is supranational, and the European Union is acting on two levels: facing up to the emergency (SURE, Youth initiative, EU Next Generation, etc.) and intervening on the basis of a strategy focused on investment in information technologies. It is these technologies which are changing production processes and how trades and professions are carried out, reshaping the labour market while making it necessary for workers to upskill and have IT profiles and creating a strong asymmetry between workers and their employment prospects. The Premier's speech and the government's programme are taking this problem into account: on the one hand, they have announced reforms of the assegno di riallocazione □reallocation allowance□ and of job centres, on the other hand, they are talking about strengthening infrastructure (broadband, 5G) and the transversality of the Digital Transition. All of which seems appropriate. The hope is that all this will be done in the European strategic context and that the employment market becomes the omnipresent pivot of the transversal transition.

Durante l'emergenza Covid ho continuato ad analizzare il ruolo che le tecnologie, in particolare le ICT, vanno via via occupando nel mondo contemporaneo^[1], con una particolare attenzione al funzionamento della democrazia^[2]. Non v'è dubbio che l'apporto delle tecnologie informatiche alla difesa della democrazia è stato, in questa fase di emergenza sanitaria, enormemente positivo: il funzionamento delle istituzioni parlamentari e rappresentative in genere, come anche il controllo di quello che stava succedendo da parte dei cittadini sono stati possibili grazie a queste tecnologie. Tuttavia, benché la mia attenzione fosse essenzialmente concentrata sull'aspetto della democrazia, non mi sfuggiva affatto (a me come a tanti) il ruolo egualmente importante che le tecnologie informatiche stavano giocando nel mondo del lavoro. Durante la crisi, ciò che mi procurava maggiore turbamento per non dire vera e propria sofferenza era osservare (insieme ai decessi per decine di migliaia) la perdita dei posti di lavoro e il crollo di varie piccolissime imprese, con l'aggravamento della povertà. Allo stesso momento, però, potevo osservare (e come me tanti) che grazie alle nuove tecnologie una grandissima parte dei lavoratori potevano continuare la loro attività in sicurezza. Grazie a ciò il mondo del lavoro non è crollato. È a questo punto che, scambiando delle idee con amici e colleghi dell'Università Statale di Milano^[3], mi è sorta la domanda:

forse le tecnologie ICT sono in grado non solo di difendere il lavoro ma anche di crearlo, trasformandosi nella struttura portante del mercato del lavoro di un domani che comincia oggi.

Tale domanda è diventata un'urgenza morale quando ci siamo trovati di fronte all'ennesimo cambio di governo in Italia. Nel suo discorso davanti alle Camere per ottenere la fiducia, Mario Draghi ha elencato una serie di priorità e punti critici fra i quali emergono lavoro e disoccupazione^[4]. In questi settori, secondo Draghi, l'Italia è in ritardo e le politiche del lavoro devono diventare centrali, con l'assegno di riallocazione da migliorare e i centri per l'impiego da rafforzare: è grazie al programma dell'Unione europea SURE^[5] e all'enorme utilizzo della cassa integrazione che durante la fase più critica gli effetti negativi sono stati mitigati^[6]. Il giorno dopo l'ottenimento della fiducia del nuovo governo, l'INPS ha presentato un rapporto dell'Osservatorio sul precariato in cui si evidenzia che per l'effetto dell'emergenza Covid nei dodici mesi che vanno dal novembre 2019 al novembre 2020 sono andati persi 664 mila posti di lavoro, ai quali si aggiungono i 2 milioni di nuove assunzioni in meno rispetto all'anno precedente^[7], senza contare i disastrosi effetti economici sulle imprese piccolissime e familiari, che hanno accentuato la povertà di ampi strati: tutto questo nonostante il divieto di licenziamento fosse ancora in vigore, mentre il premier Draghi nel suo discorso guardava con preoccupazione al momento in cui il divieto sarebbe venuto meno, fatto che avrebbe aggravato ulteriormente la situazione^[8]. Forse in Italia le conseguenze economiche e sociali dell'emergenza sanitaria si sono fatte sentire più che altrove, ma non c'è dubbio che il fenomeno è generalizzato nell'Unione europea, come anche nel resto del mondo. Vale, quindi, la pena di soffermarsi un momento sul contesto strategico sopranazionale^[9], e non limitare lo sguardo all'Italia.

Ovunque, la disoccupazione determinata dalla crisi pandemica ha colpito in maniera drammatica donne e giovani, con rischi strutturali (disoccupazione a lungo termine) per il futuro: come ho già detto il programma europeo (provvisorio) SURE ha cercato di frenare il fenomeno, ma i rischi per il futuro restano alti. È evidente che ciò comporterà l'aumento della povertà e delle disegualianze in strati sociali importanti, secondo alcuni col rischio di raggiungere livelli di insostenibilità. Sul piano europeo sono molte le iniziative adottate per far fronte alla situazione, a partire dall'ormai arcinoto strumento EU

Next Generation^[10] e dalla flessibilità nell'uso di strumenti come lo EU Solidarity Fund^[11], entrambi destinati ad evitare la recessione economica e favorire la ripresa della crescita. Sono cioè iniziative che hanno un effetto indiretto sul lavoro e sull'occupazione. Oltre al già menzionato SURE si segnalano inoltre altre iniziative, come Youth Employment Initiative e Youth Employment Support^[12], che si prefiggono di intervenire direttamente sul problema. Tutte queste iniziative sono ovviamente pensate per aiutare gli Stati membri, che a loro volta hanno adottato misure nella stessa direzione facendo crescere considerevolmente deficit e debito pubblico: si tratta, credo, di una bomba a effetto ritardato, che provocherà danni quando non si potrà intervenire nella protezione sociale e nella redistribuzione della ricchezza a causa della mancanza di risorse finanziarie. Allo stato attuale delle cose, il dibattito a livello europeo si orienta verso soluzioni resilienti, come per esempio la trasformazione del Fondo Sociale Europeo in un European "employment" and social fund, insieme alla creazione di una Pan-European "employment" agency^[13]. Infatti, la riallocazione della forza lavoro sarà certamente uno dei pilastri politici del prossimo futuro: sarà una sfida a livello nazionale, ma sarà decisivo il supporto e l'orientamento europeo.

Tuttavia, pur fondamentali per la resilienza, si tratta comunque di misure di sostegno che hanno bisogno di un intervento strutturale: questo è oggi chiaramente individuato negli investimenti per adeguare l'Europa all'era digitale. Analisi approfondite di organismi internazionali^[14] hanno già dimostrato come l'avvento delle tecnologie abbia cambiato i processi di produzione e il mondo del lavoro: quello che sta accadendo è che tutti i mestieri e le professioni subiscono la digitalizzazione come elemento essenziale al loro esercizio, con la conseguenza che anche il mercato del lavoro (domanda-offerta) tiene oramai conto di questa necessità. D'altronde, ed è la seconda conseguenza sul mercato del lavoro, i profili specificamente IT diventano essenziali al funzionamento delle imprese e delle amministrazioni pubbliche. Con la crisi pandemica tale fenomeno si è accentuato e sta aggravando l'asimmetria fra i lavoratori, emarginando progressivamente e rapidamente quelli che hanno una preparazione digitale insufficiente. Una (grande?) parte del mondo del lavoro rischia di perdere le opportunità di impiego che la tecnologia crea; alcuni lavoratori stanno addirittura perdendo già ora l'impiego a causa di tale deficit formativo. C'è inoltre un problema capitale: i paesi europei sono ancora largamente dipendenti dalle tecnologie prodotte da

altri altrove. Il primo obiettivo è riuscire a creare quella che ormai si chiama “sovrànità digitale” europea: intelligenza artificiale, quantum computing, infrastrutture per il data cloud, micro-electronics, internet of things, connettività 5G, piattaforme per e-commerce, video-conferencing, social networks^[15]. È incredibile quanto ampiamente sia ignorato, oppure (se conosciuto) quanto sia trascurato il fatto che tutti questi strumenti assolutamente necessari all’economia e al lavoro siano tutti in mani extra-europee. Com’è noto, per fronte alla situazione l’Unione europea ha varato progressivamente un’*Agenda digitale europea*, un *Mercato unico digitale* e ultimamente un programma chiamato *Plasmare il futuro digitale dell’Europa*^[16]: è questo il quadro in cui bisogna agire, in una sinergia tra livelli nazionali e livello europeo perché la crisi pandemica ha messo in luce l’ampiezza del ritardo degli investimenti nel digitale sia sul piano delle imprese (soprattutto piccole e medie) che delle pubbliche amministrazioni. Nei sette obiettivi strategici del programma del nuovo governo Draghi si ritrova un capitolo dedicato a “innovazione e cablaggio^[17]” che apre le porte alla Transizione digitale e al rafforzamento delle infrastrutture: per queste ultime gli interventi sulla banda larga e sul 5G appaiono nel programma di governo come prioritari^[18]. Il che è assolutamente pertinente, purché nell’attuazione ci si riferisca chiaramente al contesto strategico europeo (cosa di cui non c’è motivo di dubitare). Ma quello che pare di grande importanza è l’idea che la transizione digitale sarà “trasversale” alle competenze di vari ministeri e sarà il pilastro della riforma della Pubblica amministrazione. Anche questo approccio appare pertinente: la speranza è che nella trasversalità dell’azione si ponga al centro di tutto e di tutti l’impatto sul mercato del lavoro che si sta configurando. Oltre al digitale, vi sono due fattori che arricchiscono le potenzialità individuali sul nuovo mercato del lavoro che sta emergendo con rapidità impressionante: ancora una volta bisogna usare la terminologia inglese che è quella invalsa, lo Upskilling (che possiamo tradurre con “riqualificazione delle proprie competenze”) e il Soft Skills (che possiamo tradurre con “capacità e attitudini collaterali”). Nel primo caso, Upskilling, si tratta di una sfida primordiale tanto per i lavoratori quanto per le imprese e le amministrazioni pubbliche. Aggiornare e arricchire le proprie competenze, ma anche sviluppare nuove attitudini al fine di migliorare le performance nel luogo di lavoro (imprese e amministrazioni) e/o essere attrattivi nel mercato del lavoro: evidentemente l’innovazione tecnologica è

il fattore di pressione principale in questo senso. Peraltro, dall'inizio della pandemia si è osservato ovunque un fenomeno a prima vista bizzarro ma in realtà comprensibile: il numero di lavoratori che hanno riflettuto seriamente alla possibilità di cambiare lavoro è considerevolmente aumentato. Ebbene, lo Upskilling favorisce la riuscita del cambiamento e riduce i processi di obsolescenza delle competenze. Nel caso del Soft Skills si tratta piuttosto di un rafforzamento delle proprie capacità professionali, ovvero di un sostegno contestuale solido alla propria specializzazione. Oramai nei processi di ricerca e di assunzione del personale i manager responsabili delle risorse umane richiedono prioritariamente le seguenti qualità umane e morali: per le prime, creatività, persuasione, collaborazione, adattabilità e intelligenza emotionale; per le seconde, integrità, responsabilità, simpatia, gestione del tempo, autocontrollo e flessibilità. Per completare il quadro, infine, ci pare occorra inoltre qualcosa che il mondo contemporaneo ha represso in maniera seria a causa dei meccanismi di sopravvivenza che si sono imposti: si tratta della Positività, cioè l'atteggiamento positivo di fronte a situazioni che alimentano la solitudine, l'incertezza e l'angoscia. Dalle cose semplici come contatti virtuali divertenti, adeguamento dei ritmi di lavoro e passeggiate quotidiane, fino ai processi di apprendimento della positività organizzati da imprese e amministrazioni pubbliche. È un atteggiamento da coltivare e curare, che ha una ricaduta immediata sulla resilienza e la capacità di reazione del lavoratore.

A questo punto ci sono abbastanza elementi per concludere le presenti riflessioni. Il governo Draghi è entrato in funzione in un momento di grande trasformazione del mercato del lavoro, caratterizzato dalla determinante influenza delle tecnologie informatiche e da un grado elevato di mobilità. L'emergenza della pandemia, in corso da quasi un anno al momento del giuramento del governo Draghi, si è abbattuta sul mercato del lavoro con distruzione di posti e mancata creazione di nuovi, accentuando allo stesso tempo i menzionati processi in corso (digitale, mobilità). Il fenomeno è però sopranazionale e l'Unione europea sta intervenendo su due piani, far fronte all'emergenza (SURE, Youth Initiative, EU Next Generation etc.) e intervenire sulla base di una strategia: la risposta strategica è chiaramente incentrata sull'investimento nelle tecnologie informatiche. Sono queste ultime infatti che stanno modificando i processi di produzione e l'esercizio di mestieri e professioni, che stanno ridisegnando il

mercato del lavoro con l'imposizione della riqualificazione dei lavoratori e la presenza dei profili IT, che stanno creando una forte asimmetria fra i lavoratori e le loro prospettive di impiego. Il discorso del Premier e il programma di governo tengono conto del problema: da un lato annunciano riforme per l'assegno di riallocazione e per i centri per l'impiego, dall'altro menzionano il rafforzamento delle infrastrutture (banda larga, 5G) e la trasversalità della transizione digitale. Il che appare adeguato. La speranza è che tutto questo sia fatto nel contesto strategico europeo e che il mercato del lavoro diventi il perno onnipresente della transizione trasversale.

1. L'autore è infatti professore a contratto di eDemocracy-eParticipation nell'Università Statale di Milano ed è stato Direttore Generale dell'Innovazione e del Supporto Tecnologico al Parlamento europeo.
2. In particolare con la pubblicazione di G. Vilella, *eDemocracy. Dove ci porta la democrazia digitale*, Pendragon, Bologna, 2020. Successivamente con la pubblicazione di G. Vilella, *The European Parliament Administration facing the challenge of eDemocracy*, European Press Academic Publishing, Florence, 2021.
3. In particolare nell'ambito del Centro di Ricerca Interdisciplinare sul Diritto delle Amministrazioni Pubbliche (CERIDAP), diretto dalla prof. Diana-Urania Galetta.
4. *Le comunicazioni del Presidente del Consiglio, Mario Draghi, al Senato della Repubblica sulle dichiarazioni programmatiche del Governo*, Mercoledì, 17 Febbraio 2021, pubblicate integralmente sul sito della Presidenza del Consiglio dei ministri, <http://www.governo.it/it/articolo/le-comunicazioni-del-presidente-draghi-al-senato/16225> (in alternativa vedi l'ampia sintesi di Monica Guerzoni sul Corriere della Sera del 18 febbraio 2021).
5. Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency.
6. *Le comunicazioni del Presidente del Consiglio, etc., cit.*
7. *INPS, Osservatorio sul Precariato - Dati sui nuovi rapporti di lavoro, REPORT MENSILE GENNAIO - NOVEMBRE 2020*, Roma, 10 febbraio 2021 (o in alternativa vedi l'articolo di sintesi di Claudia Voltattorni sul Corriere della Sera del 19 febbraio 2021).
8. *Le comunicazioni del Presidente del Consiglio, etc., cit.*
9. Vedi a questo proposito *EPRS, Towards a more resilient Europe post-coronavirus. I: An initial mapping of structural risks facing the EU, PE 653.208, July 2021; II: Capabilities and gaps in the EU's capacity to dress structural risks, PE 652.024, October 2020; III: Options to enhance the EU's resilience to structural risks, PE 659.437, January 2021.*
10. Vedi le descrizioni dettagliate sul sito della Commissione europea, https://ec.europa.eu/info/strategy/recovery-plan-europe_en
11. Vedi le descrizioni dettagliate sul sito della Commissione europea, https://ec.europa.eu/regional_policy/en/funding/solidarity-fund/covid-19

CERIDAP

12. Vedi le descrizioni dettagliate sul sito della Commissione europea, rispettivamente:
<https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1176> e
<https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1036>
13. Sulla European employment strategy, vedi ampiamente il sito della Commissione europea, <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=101&langId=en>
14. Mi riferisco a *ESPAS Report 2019: Global Trends to 2030, World Economic Forum 2020: COVID-19 Risks Outlook – A Preliminary Mapping and Its Implications, 2020, OECD Employment Outlook 2019: The Future of Work, 2019*, and *Eurofound: Living, working and COVID-19 – First findings – April 2020*.
15. L'utilizzo della terminologia inglese si giustifica per entrata ormai nell'uso comune del linguaggio, in alcune lingue anche in maniera ufficializzata.
16. *Agenda digitale europea*, COM(2010)245 final, Bruxelles, 19.5.2010; *Mercato unico digitale*, COM(2015)192 final, Bruxelles, 6.5.2015; *Plasmare il futuro digitale dell'Europa*, COM(2020)67 final, 19.2.2020.
17. *Le comunicazioni del Presidente del Consiglio, etc., cit.* (o in alternativa vedi l'ampia sintesi di Marco Galluzzo sul Corriere della Sera del 15 febbraio 2021).
18. *Ibidem*.

Il Conseil d'Etat si rifiuta di seguire il pifferaio magico di Karlsruhe

Jacques Ziller

DOI: 10.13130/2723-9195/2021-2-16

Il Consiglio di Stato francese ha categoricamente respinto la tesi che i tribunali degli Stati membri, in particolare le loro corti supreme (o costituzionali) sarebbero autorizzati a controllare un eventuale "ultra vires" delle Istituzioni europee. La stesura della sentenza è un modo implicito di riconoscere - diversamente da quanto ha fatto la Corte costituzionale federale tedesca nel caso Weiss e la dottrina sulle nozioni di identità costituzionale e di tutela della sicurezza nazionale - che esiste un monopolio della Corte di giustizia UE nell'interpretazione autentica del Trattato. La pronuncia richiama altresì quella giurisprudenza (classica) del Conseil d'Etat che può essere considerata come la versione francese della dottrina dei controlimiti; e che si riferisce al fatto che solo se esiste nel diritto dell'Unione un diritto fondamentale che corrisponda a quello garantito dal diritto costituzionale francese può essere applicato il diritto dell'Unione e la giurisprudenza della sua Corte.

The Conseil d'Etat refuses to follow the Pied Piper of Karlsruhe

The French Conseil d'Etat categorically rejected the thesis that the courts of the Member States, in particular their supreme (or constitutional) courts, are authorised to review any "ultra vires" of the European institutions. The wording of the judgment is an implicit way of recognising the CJEU's monopoly on the authentic interpretation of the Treaty, unlike the German constitutional court in the Weiss case and scholarship regarding the notions of constitutional identity and the protection of national security. It also recalls that traditional case law of the Conseil d'Etat, which can be considered as a French version of the doctrine of counter-limits, i.e. that only if there is a fundamental right in Union law that corresponds to that guaranteed by French constitutional law, EU law and the CJEU's jurisprudence apply.

1. Una risposta laconica allo strano suggerimento, particolarmente intempestivo, di operare un controllo “ultra vires” sulla Corte di giustizia dell’Unione europea

In data 21 aprile 2021 il Consiglio di Stato francese ha categoricamente respinto la tesi che i tribunali degli Stati membri, in particolare le loro corti supreme (o costituzionali) sono autorizzati a controllare un eventuale “ultra vires” delle Istituzioni europee:

« il n'appartient pas au juge administratif de s'assurer du respect, par le droit dérivé de l'Union européenne ou par la Cour de justice elle-même, de la répartition des compétences entre l'Union européenne et les Etats membres. Il ne saurait ainsi exercer un contrôle sur la conformité au droit de l'Union des décisions de la Cour de justice et, notamment, priver de telles décisions de la force obligatoire dont elles sont revêtues, rappelée par l'article 91 de son règlement de procédure, au motif que celle-ci aurait excédé sa compétence en conférant à un principe ou à un acte du droit de l'Union une portée excédant le champ d'application prévu par les traités. » [non spetta al giudice amministrativo garantire che il diritto secondario dell’Unione europea o la stessa Corte di giustizia rispettino la divisione delle competenze tra l’Unione europea e gli Stati membri. Non può quindi controllare la conformità delle decisioni della Corte di giustizia con il diritto dell’Unione e, in particolare, privare tali decisioni della forza vincolante di cui sono dotate, ai sensi dell’articolo 91 del suo regolamento di procedura, per il fatto che la Corte di giustizia abbia ecceduto le sue competenze attribuendo a un principio o a un atto di diritto dell’Unione una portata che vada oltre quella prevista dai Trattati.]^[1]

Chi segue la giurisprudenza delle Corti supreme francesi, e anche le notizie di stampa, era rimasto stupito della notizia secondo cui il rappresentante dello Stato francese aveva, in una serie di memorie difensive prodotte nel mese di aprile 2021, chiesto al Consiglio di Stato di pronunciarsi sul rispetto del riparto delle competenze tra Unione europea e Stati membri (“ultra vires”). Sarebbe stata la prima volta che una corte francese avrebbe operato un tale controllo; ed era anche la prima volta che un tale argomento era proposto dinanzi a un tribunale francese.

Per ora non si sa chi, probabilmente nei servizi del ministro degli interni, abbia

avuto la strana idea di proporre tale argomento di difesa, probabilmente ispirato dalla Sentenza della Corte Costituzionale Federale tedesca BVerfG 5 maggio 2020 nella causa *PSPP* (sentenza *Weiss*)^[2]. Gli unici casi in cui una Corte costituzionale o suprema di uno Stato membro abbia sposato la tesi a lungo esposta dalla Corte di Karlsruhe nella causa *Weiss* - secondo cui è non solo un diritto, ma addirittura un obbligo di tali Corti contribuire al rispetto delle proprie competenze da parte delle istituzioni dell'Unione: non solo procedendo ad un rinvio pregiudiziale di legittimità alla Corte di giustizia EU, ma anche sostituendosi alla Corte Europea nel caso essa non motivi in modo convincente un rifiuto di annullamento di un atto UE - sono stati la sentenza *Holubec* del 31 gennaio 2012^[3]; nonché, per l'appunto, la già citata sentenza *Weiss* del BverfG del 5 maggio 2020 nella causa *PSPP*.

Tale tesi, sostenuta da una parte della dottrina giuspubblicistica tedesca, è stata invece respinta dalla maggior parte della dottrina degli altri Stati membri; e anche dalla dottrina di diritto UE tedesca.

Essa è stata esposta di recente in un articolo firmato, tra l'altro, dal giudice relatore nella causa 5 maggio 2020 nella causa *PSPP*^[4]: articolo che potrebbe aver ispirato i redattori delle memorie difensive dello Stato francese nella causa *French Data Network et al.*

In tale causa vi era stato, per l'appunto, un primo rinvio pregiudiziale del *Conseil d'Etat* alla Corte di Giustizia nell'agosto 2018, al quale la Corte aveva risposto con la sentenza 6 ottobre 2020^[5]. Erano giunti rinvii pregiudiziali proposti dal *Conseil d'État* e dalla *Cour Constitutionnelle* belga riguardo agli obblighi di conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione per la salvaguardia della sicurezza nazionale e la lotta al terrorismo.

Temendo l'annullamento di una serie di decreti considerati indispensabili dal ministero degli interni nella lotta al terrorismo, il Governo rispose quindi nelle sue memorie, depositate fra gennaio ed aprile, che “*la réponse apportée par la Cour de justice de l'Union européenne aux questions préjudicielles qui lui étaient posées a manifestement méconnu le principe d'attribution prévu à l'article 5 du traité sur l'Union européenne en empiétant sur les compétences appartenant aux Etats membres en vertu de l'article 4 paragraphe 2 de ce traité et, [...] que cette réponse n'est pas de nature à garantir l'effectivité des objectifs de valeur*

constitutionnelle de sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation, de prévention des infractions et de recherche des auteurs d'infractions pénales et de lutte contre le terrorisme, composante de l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de l'ordre public. » [la risposta data dalla Corte di giustizia dell'Unione europea alle questioni pregiudiziali che le sono state sottoposte ha violato manifestamente il principio di attribuzione di cui all'art. 5 del Trattato sull'Unione europea, invadendo le competenze che spettano agli Stati membri ai sensi dell'art. 4, n. 2, di tale Trattato e, [...] che questa risposta non è tale da garantire l'efficacia degli obiettivi costituzionali di salvaguardia degli interessi fondamentali della Nazione, di prevenzione dei reati e di ricerca degli autori dei reati e di lotta contro il terrorismo, che fanno parte dell'obiettivo costituzionale di protezione dell'ordine pubblico].

Colpisce, nella sentenza del 21 aprile, non solo la brevità della risposta del *Conseil d'Etat* alla memoria depositata dal Governo – consona peraltro allo stile della Corte suprema amministrativa francese –; ma, soprattutto, il rinvio all'articolo 91 del Regolamento di procedura della Corte di giustizia^[6]: riconoscendo, cioè, a tutti gli effetti il principio del primato del diritto UE. Il *Conseil d'Etat* si dimostra, così, attento a non entrare nell'interpretazione dell'art. 4 par 2 TUE secondo cui “*L'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali. Rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale. In particolare, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro.*”

Secondo chi scrive tale stesura è un modo implicito di riconoscere il monopolio della Corte di giustizia nell'interpretazione autentica del Trattato, diversamente da quanto ha fatto la Corte costituzionale federale tedesca nella sentenza 5 maggio 2020 nella causa *PSPP*, e quella dottrina che fa riferimento alle nozioni di identità costituzionale e di tutela della sicurezza nazionale.

La sentenza del *Conseil d'Etat* del 21 aprile si riferisce ad un passaggio specifico della previa sentenza della Corte di giustizia: “*Il ressort en outre du point 135 de son arrêt du 6 octobre 2020 que la responsabilité des Etats membres en matière de sécurité nationale, au sens du droit de l'Union, correspond à l'intérêt primordial de*

protéger les fonctions essentielles de l'Etat et les intérêts fondamentaux de la société, et inclut la prévention et la répression d'activités de nature à déstabiliser gravement les structures constitutionnelles, politiques, économiques ou sociales fondamentales d'un pays, et en particulier à menacer directement la société, la population ou l'Etat en tant que tel, telles que notamment des activités de terrorisme. » [Dal punto 135 della sua sentenza del 6 ottobre 2020 risulta inoltre che la responsabilità degli Stati membri in materia di sicurezza nazionale, ai sensi del diritto dell'Unione, corrisponde all'interesse superiore alla protezione delle funzioni essenziali dello Stato e degli interessi fondamentali della società e comprende la prevenzione e la repressione delle attività che potrebbero destabilizzare gravemente le strutture costituzionali, politiche, economiche o sociali fondamentali di un paese, e in particolare che potrebbero minacciare direttamente la società, la popolazione o lo Stato in quanto tale, come, in particolare, le attività terroristiche.]

Per chi scrive, la sentenza del *Conseil d'Etat* è quindi la seconda buona notizia di questa giornata del 21 aprile 2021: la prima essendo stata che il BVefG ha finalmente respinto la richiesta di tutela cautelare con riguardo alla ratifica della Decisione sulle risorse proprie necessarie al *Recovery Fund*^[7].

2. Una sentenza classica per quel che riguarda la protezione dei diritti fondamentali in caso di mancata corrispondenza tra Carta dei diritti fondamentali e Costituzione francese

E molto verosimile che la sentenza del *Conseil d'Etat* del 21 aprile 2021 verrà criticata per aver sottolineato che “*la Constitution française demeure la norme suprême du droit national*” [la Costituzione francese rimane la norma suprema del diritto nazionale] come indicato nel comunicato stampa^[8]. Si tratta, tuttavia, di una posizione tradizionale, che corrisponde a quella delle altre corti costituzionali e supreme e che non fa altro che sottolineare un'ovvietà. Il che non impedisce di riconoscere, per l'appunto, il principio del primato.

Il *Conseil d'Etat*, nella sua pronunzia, procede all'annullamento parziale dei decreti impugnati, con un'ingiunzione al Governo di integrare le disposizioni non annullate entro sei mesi se vuole che siano mantenute. Si tratta di un compromesso tra le posizioni dei ricorrenti e le necessità legate alla lotta al terrorismo come esposte dal Governo.

Al punto 5 della sua sentenza il *Conseil d'Etat* afferma che “ *tout en consacrant l'existence d'un ordre juridique de l'Union européenne intégré à l'ordre juridique interne, dans les conditions mentionnées au point précédent, l'article 88-1 confirme la place de la Constitution au sommet de ce dernier. Il appartient au juge administratif, s'il y a lieu, de retenir de l'interprétation que la Cour de justice de l'Union européenne a donnée des obligations résultant du droit de l'Union la lecture la plus conforme aux exigences constitutionnelles autres que celles qui découlent de l'article 88-1, dans la mesure où les énonciations des arrêts de la Cour le permettent. Dans le cas où l'application d'une directive ou d'un règlement européen, tel qu'interprété par la Cour de justice de l'Union européenne, aurait pour effet de priver de garanties effectives l'une de ces exigences constitutionnelles, qui ne bénéficierait pas, en droit de l'Union, d'une protection équivalente, le juge administratif, saisi d'un moyen en ce sens, doit l'écartier dans la stricte mesure où le respect de la Constitution l'exige* » [Pur sancendo l'esistenza di un ordine giuridico dell'Unione europea integrato nell'ordine giuridico interno, alle condizioni menzionate al punto precedente, l'articolo 88-1 conferma il posto della Costituzione al vertice di quest'ultimo. Spetta al giudice amministrativo, se necessario, adottare l'interpretazione che la Corte di giustizia dell'Unione europea ha dato agli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione più conforme alle esigenze costituzionali diverse da quelle derivanti dall'articolo 88-1, nella misura in cui gli enunciati delle sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea lo permettono. Qualora l'applicazione di una direttiva o di un regolamento europeo, come interpretati dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, abbia l'effetto di privare di garanzie effettive una di queste esigenze costituzionali, che non beneficerebbe, in diritto dell'Unione, di una tutela equivalente, il giudice amministrativo, adito con un motivo in tal senso, deve disapplicarlo nella misura strettamente necessaria al rispetto della Costituzione].

Si tratta del richiamo alla giurisprudenza elaborata dal *Conseil d'Etat* sin dalla causa *Arcelor*⁹¹. Secondo tale giurisprudenza, che può appunto essere considerata come una versione francese della dottrina dei controlimiti, se esiste nel diritto dell'Unione – nel diritto primario o quale principio generale del diritto – un diritto fondamentale che corrisponde a quello garantito dal diritto costituzionale francese (nella causa *Arcelor* si trattava del principio di uguaglianza) si deve applicare il diritto dell'Unione come interpretato dalla Corte di giustizia. Solo se

non esiste un tale diritto in entrambi gli ordinamenti (si pensi al caso del principio di laicità), allora viene applicato il diritto costituzionale francese con eventuale disapplicazione della norma UE.

Nella fattispecie, il *Conseil d'Etat* non procede ad una tale disapplicazione, sottolineando che « à la date de la présente décision, et aussi longtemps que l'existence d'une menace grave sur la sécurité nationale justifie la conservation généralisée et indifférenciée des données de connexion, l'application du droit de l'Union européenne, en conduisant à écarter le droit national, ne prive pas de garanties effectives les objectifs de valeur constitutionnelle invoqués par le Premier ministre en défense » [alla data della presente decisione, e finché l'esistenza di una minaccia grave per la sicurezza nazionale giustifichi la conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati di connessione, l'applicazione del diritto dell'Unione europea, portando a disapplicare le norme del diritto nazionale, non priva di garanzie effettive gli obiettivi di valore costituzionale invocati dal Primo Ministro nella sua difesa].

La sentenza del 21 aprile è particolarmente lunga (39 pagine) perché la sostanza è molto complessa, con molti riferimenti al RGDP^[10] e alla Direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche^[11], nonché un'abbondante serie di citazioni della giurisprudenza della Corte di Giustizia. Occorrerebbe uno studio molto più approfondito, sostenuto dalle conclusioni del *Rapporteur public* (che ha lo stesso ruolo dell'Avvocato generale della Corte di giustizia) per comprendere se, e fino a quale punto, il *Conseil d'Etat* avrebbe dovuto fare un secondo rinvio pregiudiziale come ha fatto la Corte costituzionale italiana nella causa *Taricco*. Il che avrebbe potuto condurre ad un annullamento di una quantità maggiore delle disposizioni impugnate.

1. Conseil d'Etat 21 aprile 2021 French Data Network et al. <https://www.conseil-etat.fr/Media/actualites/documents/2021/04-avril/393099.pdf> Punto 8. Si tratta di una pronunzia della *Section du Contentieux*, la formazione più solenne del *Conseil*, paragonabile alla Grande Sezione della CJUE.
2. BVerfG, Sentenza del Secondo Senat del 05 maggio 2020 – 2 BvR 859/15 -, paras. (1-237), https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/05/rs20200505_2bvr085915.html. V., tra tanti D.U. Galetta, *Karlsruhe über alles? The reasoning on the principle of proportionality in the judgment of 5 May 2020 of the German BVerfG and its consequences*, nonché J. Ziller, *The unbearable heaviness of the German*

- constitutional judge. On the judgment of the Second Chamber of the German Federal Constitutional Court of 5 May 2020 concerning the European Central Bank's PSPP programme*, in *CERIDAP*, 2/2020.
3. Corte costituzionale della Repubblica Ceca 2012/01/31 - Pl. ÚS 5/12: Slovak Pensions <https://www.usoud.cz/en/decisions/2012-01-31-pl-us-5-12-slovak-pensions>
 4. C. Grabenwarter, P. M. Huber, R. Knez, I. Ziemele, *The Role of the Constitutional Courts in the European Judicial Network*, in *European Public Law*, 27- 1, 2021, pp. 43 – 62.
 5. Sentenza della Corte del 6 ottobre 2020, La Quadrature du Net e a. contro Premier ministre e a., Cause riunite C-511/18, C-512/18 e C-520/18, ECLI:EU:C:2020:791
 6. Regolamento di procedura della Corte di giustizia, Articolo 91 - Effetti vincolanti delle sentenze e delle ordinanze : “1. La sentenza produce effetti vincolanti dal giorno in cui è pronunciata. - 2. L’ordinanza produce effetti vincolanti dal giorno in cui è notificata.”
 7. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 15. April 2021 - 2 BvR 547/21 -, Rn. 1-112. V. per l’ingiunzione precedente del 26 marzo, J. L. da Cruz Vilaça *The German Constitutional Court calls into question the Recovery and Resilience Plan*, in *CERIDAP*, 3 aprile 2021.
 8. V. sopra nota 1.
 9. Rinvio pregiudiziale del *Conseil d’Etat* in Sentenza della Corte di Giustizia dell’Unione europea del 16 dicembre 2008, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine e altri contro Premier ministre, Ministre de l’Écologie et du Développement durable e Ministre de l’Économie, des Finances et de l’Industrie*, Causa C-127/07, ECLI:EU:C:2008:728. V. D’Auria, Marta: Il principio di uguaglianza e il mercato comunitario delle emissioni inquinanti, *Giornale di diritto amministrativo* 2009 p.955-959 (IT)
 10. Regolamento 2016/679/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).
 11. Direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche.

Il Consiglio di Stato si pronuncia per la prima volta sulla legittimazione ad agire dell'Anac ex art. 211 del Codice dei contratti pubblici

Carola Audisio

DOI: 10.13130/2723-9195/2021-2-23

Con la sentenza n. 6787 del 3 novembre 2020 il Consiglio di Stato riconosce ed analizza la legittimazione ad agire dell'Autorità nazionale anticorruzione, in seguito alla modifica normativa dell'art. 211 del Codice dei contratti pubblici (con d.lgs. n.56/2017) che ha introdotto i commi 1-bis e 1-ter alla predetta disposizione.

The Council of State rules for the first time on the National Anti-Corruption Authority's legitimacy to act under Article 211 Code of the public contracts

With decision no. 6787 of November 3, 2020, the Council of State recognizes and analyzes the legitimacy of the National Anti-Corruption Authority to act, following the legislative amendment of art. 211 of the Code of public contracts (Legislative Decree no. 56/2017) which introduced paragraphs 1-bis and 1-ter to the aforementioned provision.

Con la sentenza che qui si segnala^[1], il Consiglio di Stato riconosce la legittimazione attiva all'impugnazione degli atti di gara da parte di Anac, nei casi in cui – come in quello oggetto della pronuncia – ha emesso un parere motivato segnalando alla Stazione appaltante le gravi violazioni riscontrate in materia di appalti e, a fronte del rifiuto da parte dell'Amministrazione di conformarvisi entro il termine assegnato dall'Anac stesso, ha impugnato gli atti ritenuti illegittimi.^[2]

Nella controversia in esame, la società ricorrente (la quale detiene il 25 delle quote sociali della società consortile) ha appellato la sentenza di primo grado – con cui il

T.A.R Lombardia aveva accolto il ricorso di Anac fondato su una serie di illegittimità degli atti della procedura di gara indetta dalla società consortile – sostenendo, per quanto qui rileva, l’inammissibilità del ricorso introduttivo di Anac per difetto di legittimazione *ex lege* all’impugnazione degli atti di gara.^[3]

Quanto al quadro giuridico di riferimento, occorre preliminarmente evidenziare che, secondo l’art. 211 del d. lgs. n. 50 del 2016, la legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo è conferita all’Anac secondo due modalità distinte: la prima attribuisce all’Autorità il potere di «*agire in giudizio per l’impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*» (art. 211, comma 1-*bis*); la seconda invece è preceduta dall’emissione di un parere motivato da parte dell’Autorità, indicante alla Stazione appaltante le «*gravi violazioni*» che viciano i provvedimenti oggetto di esame e contenente un invito all’Amministrazione a conformare la propria attività al predetto parere, e solo «*se la stazione appaltante non vi si conforma entro il termine assegnato dall’ANAC, [questa] può presentare ricorso, entro i successivi trenta giorni, innanzi al giudice amministrativo*» (art. 211, comma 1-*ter*).

La disposizione di rango legislativo è stata poi attuata con un apposito Regolamento dell’Anac citato in nota, che disciplina l’esercizio della legittimazione all’impugnazione degli atti di gara da parte dell’Autorità con riferimento ad entrambe le modalità previste dal Codice dei contratti pubblici. In particolare, riguardo alla prima modalità, detto Regolamento definisce le fattispecie che integrano «*i contratti a rilevante impatto*» (art. 3) e le categorie di atti impugnabili (art. 4); riguardo alla seconda, lo stesso elenca tassativamente le ipotesi di «*gravi violazioni delle norme in materia di contratti pubblici*» (art. 6), specifica il procedimento per l’emissione del parere motivato (art. 8), i rapporti con la stazione appaltante (art. 9) ed i termini per la proposizione del ricorso (art. 10).^[4]

Come segnalato dal Consiglio di Stato, «*in entrambe le ipotesi la motivazione della decisione dell’Autorità di agire in giudizio deve rendere conto della sussistenza dei presupposti ricavabili dall’art. 211 del Codice dei contratti pubblici e, nei termini in cui siano conformi, dalle disposizioni regolamentari citate, dalle quali, peraltro, non si evincono ulteriori elementi cui sia condizionato l’esercizio del*

potere di azione attribuito all'Anac».^[5]

Una simile conclusione non può essere messa in discussione, come sostenuto dall'appellante, includendo tra i presupposti normativi cui l'Autorità deve dare considerazione, anche la dimostrazione della sussistenza degli elementi tipici dell'autotutela amministrativa di cui all'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990. Infatti, il Consiglio di Stato chiarisce che la norma primaria non subordina il potere di agire dell'Anac a ulteriori valutazioni che investano le ragioni di interesse pubblico, specifico e concreto, all'annullamento giurisdizionale del provvedimento impugnato come previsto per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio di cui all'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990. Ciò vale non solo per l'ipotesi di ricorso diretto nei confronti degli atti di gara relativi a contratti a rilevante impatto, ma anche per l'ipotesi del ricorso preceduto da parere cui la Stazione appaltante non ha conformato la propria attività.

Tale parere infatti è certamente volto a sollecitare l'eliminazione delle violazioni riscontrate, ma non per questo «è riconducibile all'ambito degli strumenti di autotutela, posto che non ha natura vincolante per l'amministrazione destinataria e nemmeno crea un obbligo di agire in autotutela e in conformità al suo contenuto (come, invece, prevedeva l'art. 211, comma 2, del Codice dei contratti pubblici, per la "raccomandazione vincolante" dell'Anac, al cui mancato adeguamento seguiva l'applicazione di una sanzione pecuniaria: disposizione abrogata dall'art. 123, comma 1, lett. b), del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56)».^[6]

Inoltre, si consideri che la pronuncia in oggetto non si discosta dall'orientamento espresso dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato nel pronunciarsi sullo schema di regolamento per l'esercizio dei poteri di cui all'art. 211 del Codice dei contratti, che aveva qualificato il parere di cui al comma 1-*ter* come un «atto privo di natura provvedimentale, trattandosi di un atto di sollecitazione all'eventuale autonomo esercizio del potere di autotutela da parte della stazione appaltante».^[7]

Tornando al caso di specie, secondo il Consiglio di Stato, le delibere dell'Autorità illustrano in maniera adeguata ed esaustiva le ragioni che hanno portato alla proposizione del ricorso con riguardo ai presupposti legittimanti previsti dall'art. 211 cit. e dal relativo Regolamento, sia in relazione al comma 1-*ter*, in seguito all'inadempimento della Stazione appaltante nel conformarsi al parere a lei

indirizzato, sia in relazione al comma 1-*bis*, in ragione del rilevante valore del contratto.^[8]

Peraltro, non si giustifica la necessità di una particolare motivazione della decisione di agire in giudizio da parte dell'Anac. Infatti, la legittimazione attribuita ad Anac è volta a prevenire illegittimità nel settore dei contratti pubblici, con particolare riferimento all'impugnazione dei bandi e degli altri atti generali, in relazione a «*gravi violazioni*» del Codice dei contratti pubblici.

Così configurata, la predetta legittimazione non può essere qualificata dunque come legittimazione eccezionale o straordinaria rispetto al criterio con cui si identifica l'interesse ad agire o a ricorrere – dato dal collegamento dell'interesse a ricorrere con la titolarità (o l'affermazione della titolarità) di un interesse tutelato dall'ordinamento sul piano sostanziale. Infatti, sussiste certamente un collegamento tra l'Autorità e gli interessi che la legge affida alla sua cura, i quali non hanno ad oggetto la sola tutela della concorrenza ma sono volti a prevenire specifiche illegittimità nel settore dei contratti pubblici, e ciò indipendentemente da iniziative dei singoli operatori economici o dei partecipanti alle procedure di gara.^[9]

Tale ultimo punto era peraltro già stato messo in luce dall'Adunanza Plenaria la quale aveva precisato come l'Autorità agisce nell'interesse della legge mentre il partecipante alla gara agisce nel proprio esclusivo interesse, volto primariamente ad ottenere il bene della vita connesso all'aggiudicazione e dunque non necessariamente coincidente con quello pubblicistico affidato ad Anac.^[10]

La *ratio* della legittimazione è dunque da rinvenirsi nella tutela degli interessi particolari e differenziati, di natura pubblica, di cui l'Autorità è portatrice, legati alla corretta applicazione della disciplina in materia di contratti pubblici e, di conseguenza, della piena ed effettiva realizzazione degli obiettivi posti dal legislatore con la citata disciplina, consentendo alla stessa di agire al fine di ristabilire la legalità violata a prescindere dall'iniziativa di singoli concorrenti che lamentino una lesione diretta e immediata della loro sfera giuridica.^[11]

È interessante infine considerare che la legittimazione attiva di Anac si inserisce nel solco di altre fattispecie di fonte legislativa che hanno riconosciuto alle autorità indipendenti il potere di agire in giudizio (si vedano, ad esempio, l'art. 21-*bis* della legge n. 287 del 1990 per l'Agcm; e, più recentemente, l'art. 36, comma 2, lett. m) e n), del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito dalla

legge 24 marzo 2012, n. 27, per l'Autorità di regolazione dei trasporti).^[12]

In particolare, occorre soffermarsi brevemente sul potere di azione in giudizio dell'Agcm, legittimato a ricorrere dinanzi al giudice amministrativo contro «*gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela delle concorrenza e del mercato*» (art. 21-bis della legge n. 287 del 1990).^[13]

Secondo la giurisprudenza amministrativa, tale potere si snoda in una “*struttura essenzialmente bifasica*” posto che l'art. 21-bis individua una prima fase a carattere consultivo, che concerne l'emissione del parere motivato in cui sono indicati gli specifici profili delle violazioni riscontrate ed i rimedi da adottare per eliminarle, ed una seconda fase in sede giurisdizionale, la quale tuttavia ha carattere «*solo eventuale*» in quanto «*il ricorso potrebbe anche non essere depositato, nell'eventualità in cui la stessa Amministrazione abbia ritenuto di procedere in autotutela o, ancora, nell'ipotesi in cui l'Agcm consideri esauritivi i chiarimenti e le osservazioni proposte dall'Amministrazione*». ^[14]

Alla luce di tale interpretazione, della quale il Consiglio di Stato con la sentenza qui segnalata ha sancito espressamente l'estensione anche ai poteri conferiti all'Anac, pare potersi concludere che la legittimazione attiva dell'Anac costituisce un'ulteriore ipotesi di applicazione, a livello nazionale, del modello della procedura di infrazione dell'Unione europea.^[15]

Quest'ultima, come noto, è infatti caratterizzata da due fasi. La fase precontenziosa – attivata dalla Commissione in caso di sospetto dell'inadempimento di obblighi europei da parte di uno degli Stati membri – che si articola in una contestazione diffida, in cui si precisa l'oggetto dell'inadempimento e si invita lo Stato a presentare le proprie osservazioni, ed un parere motivato, in cui la Commissione espone le ragioni alla base del proprio convincimento e fissa un termine allo Stato per conformarsi. Solo nel caso in cui lo Stato interessato non adotti i provvedimenti necessari ad adeguarsi alla disciplina europea e dunque persista nell'inadempimento degli obblighi che gli incombono in base al Trattato, la Commissione propone ricorso avanti alla Corte di Giustizia, aprendo così la fase contenziosa.

1. Cons. Stato, sezione V, 3 novembre 2020, n. 6787.

2. Per una ricostruzione generale dell'istituto si rinvia a S. Tranquilli, *Legittimazione ad*

- impugnare dell'Anac*, in M.A. Sandulli – R. De Nictolis (a cura di) *Trattato sui Contratti pubblici*, vol. V, *Concessioni di lavori e servizi partenariati precontenzioso e contenzioso*, Milano, 2019; si veda inoltre M. Lipari, *La legittimazione processuale speciale dell'Anac*, in *lamministrativista.it*, 2018/3.
3. T.A.R. Lombardia, sezione II, 3.02.2020, n. 240. Si segnala che questa sentenza rappresenta la prima pronuncia in materia di legittimazione ad agire dell'Anac ex art. 211 del Codice dei contratti pubblici.
 4. *Regolamento sull'esercizio dei poteri di cui all'articolo 211, commi 1-bis e 1-ter, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e s.m.i.*, approvato il 13.06.2018.
 5. Cons. Stato, n. 6787, *cit.*, punto 8.4.
 6. *Ibidem*, punto 8.5.
 7. Parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato, sezione affari normativi, n. 1119, 26 aprile 2018, punto III.3.2. Si veda inoltre, in dottrina, E. Romani, *La legittimazione straordinaria dell'Anac: un frammento di giurisdizione oggettiva nel processo di parti. Riflessioni a margine del parere del Consiglio di Stato del 26 aprile 2018, n. 1119*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1, 2019, p. 261 ss.
 8. Cons. Stato, n. 6787, *cit.*, punto 8.7.
 9. Concordi in dottrina, con particolare riferimento all'interesse ad agire dell'Agcm ma proponendo una qualificazione in termini di interesse sostanziale applicabile anche all'interesse ad agire dell'Anac, S. Menchini – A. Motto, *Profili processuali dell'azione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ex art. 21 bis L 287/1990: legittimazione ad agire ed oggetto del processo*, in *Concorrenza e Mercato*, 2018, p. 17 ss.
 10. Cons., Ad. Plen., 26 aprile 2018, n. 4, punto 19.3.5.
 11. Si veda anche T.A.R. Salerno, sezione I, 2 gennaio 2021, n. 1, punto 7. In dottrina, secondo G. Greco, *Il ruolo dell'Anac nel nuovo sistema degli appalti pubblici*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2016, l'Anac ha assunto il ruolo di «soggetto garante della legalità del sistema nel suo complesso, chiamato a realizzare e coniugare gli opposti interessi al rapido ed efficace svolgimento delle procedure selettive, al fine della massima esplicazione della concorrenza fra gli operatori del mercato, e alla prevenzione e repressione della corruzione e di tutte le forme di illegalità che possono verificarsi durante dette procedure», divenendo così, secondo M. Ramajoli, *Il precontenzioso nei contratti pubblici tra logica preventiva e tutela oggettiva*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2018, p. 581 ss., «interprete privilegiato dell'interesse pubblico al corretto svolgimento delle procedure contrattuali».
 12. Per altre ipotesi si rinvia a Cons. Stato, Ad. Plen., n. 4 del 2018 *cit.*, punto 19.3.4.
 13. Sui poteri dell'Agcm, M. Clarich, *Il "public enforcement" del diritto antitrust nei confronti della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 21-bis della l. n. 287/1990*, in *Concorrenza e mercato*, 2018, p. 99 ss.
 14. T.A.R. Toscana, sezione I, 7 dicembre 2017, n. 1521, punto 2; in termini, anche Cons. Stato, sez. III, 3 aprile 2017, n. 1521. In dottrina, M. Ramajoli, *La legittimazione a ricorrere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato come strumento di formazione della disciplina antitrust*, in *Concorrenza e Mercato*, 2018, p. 83 ss., precisa che

«la necessaria fase sollecitatoria che si concretizza nel previo parere-diffida formulato dall’Autorità resta ancora una forma di moral suasion, potenzialmente in grado di eliminare la situazione distorsiva. Essa mira ad instaurare un dialogo preliminare con le singole pubbliche amministrazioni interessate, come emerge dal fatto che il ricorso giurisdizionale potrebbe non essere proposto non solo qualora le amministrazioni decidano di adeguarsi ai rilievi dell’Autorità, ma anche nel caso in cui l’Agcm consideri esaustivi i successivi chiarimenti presentati dalle amministrazioni. La Commissione speciale del Consiglio di Stato, sia pure a proposito dei pressoché similari poteri di cui gode l’Anac (art. 211, commi 1-bis e 1-ter, del Codice dei contratti pubblici), ha parlato di “vigilanza collaborativa” (...)».

15. G. Greco, *Argomenti di diritto amministrativo*, vol. II, *Parte speciale*, V ed., Milano, 2019, cap. XX (“il modello comunitario della procedura di infrazione”) p. 403 ss., ove si osserva che «*si tratta di un istituto molto simile a quello dell’art. 21-bis della legge 287/1990 e soprattutto (...) risulta anch’esso un’applicazione (a livello nazionale) del modello della procedura di infrazione (...)».*

Malfunzionamenti nella prenotazione telematica del vaccino: il risultato prevedibile di affidamenti in-house

Gherardo Carullo

DOI: 10.13130/2723-9195/2021-2-14

Il contributo analizza alcune criticità nelle modalità di affidamento della realizzazione dei sistemi di prenotazione telematica dei vaccini anti covid-19. In particolare, si sottolinea come l'affidamento a società in house non si sia rivelato idoneo a consentire di far fronte alla situazione emergenziale, criticandosi altresì il mancato ricorso all'istituto del riuso. Il commento conclude suggerendo in che modo l'emergenza sanitaria in corso avrebbe invece potuto indurre a valorizzare contributi virtuosi da parte di operatori privati.

Malfunctions in the telematic booking of the covid vaccine: the unsurprising result of in-house providing

The contribution analyzes some critical issues in the procedures for entrusting the implementation of telematic booking systems for anti covid-19 vaccines. In particular, the Author emphasizes how the assignment to in-house companies has been unsuccessful. The Author also criticizes the choice of not reusing software solutions already developed for other public administrations. The comment concludes suggesting that the health emergency in progress should rather have led to make the best of the support that private operators could provide.

1. Introduzione

Sin da quando ha avuto avvio la campagna vaccinale in Italia, sovente si è letto di disservizi verificatisi in molte regioni italiane relativamente alle procedure di registrazione per le vaccinazioni anti covid-19^[1].

Per quanto riguarda in particolare la Regione Lombardia, i problemi riscontrati, secondo quanto riportato dalle fonti di cronaca^[2], sembrerebbero essere stati dovuti a malfunzionamenti del sistema informatico di prenotazione sviluppato da ARIA S.p.A. Secondo quanto si legge nel suo statuto, ARIA S.p.A. è una società con socio unico, Regione Lombardia, che «opera secondo il modello dell'«in-house providing»»^[3]. La Regione ha ritenuto di affidare il servizio ad ARIA S.p.A. senza gara pur a fronte di un'offerta tecnico economica per la «Progettazione, Realizzazione e Gestione del sistema di supporto alla campagna vaccinale lombarda anti COVID-19» di ben oltre 18 milioni di euro, «per 6 mesi, da febbraio 2021 a luglio 2021», di cui 1,8 milioni solo per l'«Infrastruttura ICT»^[4].

I risultati sono stati tanto deludenti da aver indotto Regione Lombardia, già nel mese di marzo, a sostituire il sistema di prenotazione di ARIA S.p.A. con quello messo a disposizione, gratuitamente, da Poste Italiane^[5].

Secondo quanto si legge nella delibera della giunta regionale di affidamento del servizio a quest'ultima, in data 9 gennaio 2021 Poste Italiane aveva già manifestato la propria disponibilità a concedere l'utilizzo *pro bono* dei propri servizi al fine di potenziare e implementare la campagna vaccinale anti covid-19^[6]. Tale proposta, dunque, sia in considerazione della provenienza dell'offerta, sia per l'indubbia convenienza economica della stessa, appariva nettamente più vantaggiosa di quella avanzata da ARIA S.p.a.. Senonché, come detto, Regione Lombardia ha preferito autoprodurre i servizi tecnologici tramite una propria controllata.

Lo schema applicato per lo sviluppo del software ha dunque seguito una logica ben nota: la realizzazione del sistema informatico è stata affidata senza gara ad una società interamente posseduta dell'amministrazione aggiudicatrice, in applicazione della deroga all'evidenza pubblica per i soggetti *in-house* ammessa dall'ordinamento europeo e nazionale^[7].

Lo stesso schema è stato seguito per la realizzazione di applicazioni software in molte altre occasioni, tra le quali si possono ricordare i sistemi sviluppati da Sogei – società interamente partecipata dal Ministero dell'Economia e delle Finanze – tra i quali ad esempio PagoPA; ovvero i numerosi applicativi realizzati da CINECA – un consorzio interuniversitario senza scopo di lucro – per le istituzioni universitarie^[8].

Quello del ricorso a società *in-house* è dunque un modello operativo già ampiamente utilizzato per lo sviluppo di soluzioni software. Tralasciando in questa sede considerazioni di carattere generale circa l'opportunità di un tale *modus agendi*, e rinviando sul punto a quella dottrina che ha già avuto modo di analizzare il fenomeno^[9], qui preme concentrare l'attenzione su due aspetti specifici che appaiono rendere particolarmente problematico l'affidamento *in-house* nella fattispecie in esame.

2. La frammentazione della committenza in una situazione di emergenza nazionale

È anzitutto doveroso sottolineare che, come tutti sanno, ci troviamo nel corso di una pandemia che ha indotto le autorità ad adottare misure di eccezionale severità, quali addirittura il coprifuoco dopo le 22^[10]. È inoltre doveroso rimarcare che la pandemia non conosce limiti territoriali: né statali, né tantomeno regionali.

Non si vuole qui certo entrare nel merito della legittimità di queste misure, e ci si esime perciò volutamente da ogni commento in proposito^[11]. È sufficiente rilevare che, fintanto che il governo ritenga che queste misure siano necessarie, è assolutamente doveroso agire nel più rapido ed efficiente modo possibile per superare la situazione emergenziale. È infatti stato indicato nettamente dalle autorità pubbliche che, per uscire dall'emergenza sanitaria, è necessario vaccinare la popolazione rapidamente.

Tenute dunque in considerazione l'esigenza di una rapida ed efficiente campagna vaccinale, e la dimensione aterritoriale del fenomeno, una prima considerazione è che l'approccio seguito fino ad oggi per la scelta dei sistemi di prenotazione dei vaccini appare alquanto singolare perché è basato su modelli di azione altamente frammentati.

Sotto un profilo giuridico si potrebbe argomentare che tale modello di azione sia giustificato dal fatto che la sanità rientri tra le materie di competenza concorrente^[12]. Tale prospettiva, tuttavia, oltre che risultare poco ragionevole in rapporto alla situazione in fatto, risulta a ben vedere facilmente obiettabile anche in diritto. È infatti di competenza esclusiva dello Stato, sia la «*determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono*

essere garantiti su tutto il territorio nazionale»^[13], sia soprattutto il «coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale»^[14].

In un momento come quello attuale, in cui il vaccino è considerato l'unica via di uscita dalla pandemia, un sistema informatico volto a garantire a tutti i cittadini la possibilità di vaccinarsi, nel più breve tempo possibile, appare non solo riconducibile alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni, ma ancor più sostanzialmente al coordinamento informatico dei dati delle amministrazioni statali, regionali e locali.

Non vi è infatti dubbio che la possibilità di vaccinarsi tempestivamente sia una prestazione da garantire su tutto il territorio nazionale, e che sia necessario un efficace coordinamento delle iniziative adottate dai vari livelli di governo. Sicché un intervento a livello statale, tanto legislativo in via d'urgenza quanto regolamentare^[15], non pare che sarebbe risultato in contrasto con il riparto di competenze dettato dalla Costituzione.

3. Il mancato ricorso all'istituto del riuso

Anche laddove non si ritenesse che la realizzazione del software per la prenotazione dei vaccini dovesse avvenire a cura di un'amministrazione centrale, le modalità con cui si è proceduto sino ad ora risulta in ogni caso censurabile sotto un ulteriore profilo. In antitesi con quanto previsto dall'art. 69 d.lgs. 82/2005 (Codice dell'Amministrazione Digitale, CAD) in tema di «*riuso delle soluzioni*», sono stati sviluppati più sistemi, tutti volti allo svolgimento della medesima funzione.

Il nostro legislatore, del tutto condivisibilmente, ha previsto già da diverso tempo la tecnica del riuso quale modalità di acquisizione dei sistemi informatici delle pubbliche amministrazioni volta, da un lato, ad evitare la duplicazione dei costi e, dall'altro, a favorire l'efficientamento nell'approvvigionamento del software.

Il principio del riuso, in sostanza, si basa sull'idea per cui un sistema informatico realizzato per una pubblica amministrazione deve essere messo a disposizione delle altre pubbliche amministrazioni che abbiano esigenze analoghe. Tale meccanismo dovrebbe assicurare che, per esigenze analoghe, non sia necessario sviluppare due o più applicativi, o, come si suol dire in gergo, "reinventare la

ruota”, ma si possa riutilizzare lo stesso software.

Se pur questo istituto sino ad oggi ha avuto un impatto purtroppo limitato, il caso delle vaccinazioni appariva proprio come uno di quei casi in cui il ricorso a questa norma avrebbe potuto dare utili risultati. È infatti osservazione banale che la prenotazione del vaccino sia un’attività da svolgere su tutto il territorio nazionale e che tale servizio si risolva in una serie di azioni materiali sostanzialmente identiche in ogni luogo.

Sicché, a fronte di una medesima esigenza e di medesime caratteristiche del servizio da prestare (la prenotazione del vaccino), riutilizzare la stessa soluzione avrebbe consentito sia di evitare duplicazioni di costi, sia di velocizzare le operazioni di sviluppo. Ciò è nella sostanza quanto proposto e quindi messo in atto da Poste italiane con i propri servizi, a cui oggi risultano aver aderito 6 regioni^[16]. A fronte di una medesima funzione da assolvere, si è sviluppato un software astrattamente in grado di rispondere alle esigenze di più amministrazioni, così riducendo significativamente i costi marginali di sviluppo e gestione.

Peraltro, è da sottolineare che il riuso valorizza la diffusione del codice in *open-source*. Ciò significa che il codice sorgente del software viene preferibilmente messo a disposizione di chiunque, non solo delle amministrazioni. Questo aspetto è particolarmente importante in quanto, in una situazione di estrema emergenza in cui occorre agire rapidamente, è inevitabile che i sistemi informatici realizzati in breve tempo abbiano dei difetti o malfunzionamenti (c.d. *bug*). Grazie alla condivisione del codice sorgente in *open source* si sarebbe potuto attivare un circolo virtuoso di collaborazione tra amministrazioni, e magari anche di operatori privati interessati a contribuire fattivamente alla ripresa, al fine di perfezionare il sistema informatico in corso d’opera. Quanto descritto è un fenomeno ben noto ed ampiamente diffuso nel mondo *open source*, nel quale sviluppatori non necessariamente direttamente coinvolti in un dato progetto contribuiscono a questo, mossi dalle più diverse motivazioni, individuando ed eliminando *bug* e malfunzionamenti^[17].

Il che avrebbe potuto giovare a tutte le amministrazioni che avessero adottato in riuso il software per la prenotazione del vaccino.

4. Considerazioni conclusive

Allo stato gli applicativi per la prenotazione dei vaccini sono in gran parte costituiti da una serie di sistemi tra loro autonomi tutti volti allo svolgimento di un'identica funzione. Com'è inevitabile tali software, in quanto sviluppati rapidamente e con risorse relativamente limitate rispetto al numero di utenti da servire ed alle tempistiche da rispettare, presentano problemi e malfunzionamenti che richiedono un successivo perfezionamento del codice sorgente.

L'adozione di una soluzione unica per tutto il territorio nazionale, tramite lo sviluppo centralizzato ovvero tramite un effettivo ricorso all'istituto del riuso, avrebbe potuto mitigare drasticamente gli effetti negativi derivanti da tale situazione. Specie in un contesto in cui un soggetto quale Poste Italiane aveva messo a disposizione delle Regioni, gratuitamente, un applicativo precisamente sviluppato per gestire le prenotazioni del vaccino, concentrare gli sforzi su un unico applicativo avrebbe permesso di investire le risorse a disposizione in modo più mirato, altresì valorizzando logiche collaborative virtuose tra pubblico e privato.

Si deve quindi sottolineare che appare quantomeno poco lungimirante non aver valorizzato il settore privato, che ancora una volta è intervenuto in soccorso delle amministrazioni pubbliche in spirito solidaristico. Ciò era già avvenuto in relazione all'app Immuni, che è stata ceduta al Governo italiano a titolo completamente gratuito ed in *open source* da un'azienda privata per contribuire alla lotta alla pandemia^[18]. Sebbene l'app Immuni non si sia dimostrata efficace poiché non è stata scaricata da un numero sufficiente di persone^[19], non v'è dubbio che la modalità di approvvigionamento della stessa sia stata estremamente efficace ed efficiente, se non in termini assoluti, certamente in termini relativi rispetto a quanto è invece successo in relazione agli applicativi per la prenotazione dei vaccini, che solo nella Regione Lombardia sono costati ben 1,8 milioni di euro.

Questi comportamenti virtuosi andrebbero valorizzati e premiati, specie in un momento di estrema urgenza e necessità come quello attuale. Anziché ricorrere a modelli di affidamento che, non solo dovrebbero essere eccezionali alla luce della normativa europea sugli affidamenti pubblici^[20], ma che hanno anche già dimostrato più volte di attestarsi su livelli qualitativi troppo spesso deludenti.

CERIDAP

1. Senza alcuna pretesa di esaustività, a mero titolo esemplificativo si riportano alcune fonti di cronaca: per la Regione Lombardia si veda ad es. <https://www.ilgiorno.it/cronaca/vaccini-prenotazioni-aria-1.6158271>; in relazione alla Campania v. <https://www.fanpage.it/napoli/adesione-vaccino-covid-19-campania-prenotazione-problemi/>; per la Sicilia <https://www.palermotoday.it/cronaca/prenotazione-vaccini-problemi-sito-tessere-sanitari-e-rinnovate.html>; per il Lazio <https://www.agi.it/cronaca/news/2021-02-01/vaccino-regione-lazio-prenotazioni-sito-crash-11237469/>; per la Toscana <https://www.lanazione.it/cronaca/covid-toscana-caos-per-la-prenotazione-del-vaccino-1.6169746>; per le Marche https://www.corriereadriatico.it/marche/coronavirus_oggi_vaccini_over_70_marche_prenotazioni_covid_sistema_tilt_numero_verde_ultime_notizie-5863486.html.
2. V. <https://www.ilgiorno.it/cronaca/vaccini-prenotazioni-aria-1.6158271>.
3. V. artt. 2 e 4 dello Statuto.
4. L'offerta tecnico economica è stata approvata e quindi accettata dalla Regione con Delibera della Giunta n. 4353 del 24 febbraio 2021. L'offerta è allegata alla Delibera sub allegato 3.
5. V. la Deliberazione della Giunta regionale n° XI/4384, seduta del 03/03/2021.
6. V. la Deliberazione della Giunta regionale n° XI/4384, seduta del 03/03/2021, p. 8.
7. Cfr. artt. 17, 12 e 28 rispettivamente delle Direttive nn. 23, 24 e 25 del 2014, nonché art. 5 d.lgs. 50/2016.
8. La natura di soggetto *in-house* del CINECA è stata prima affermata, poi negata, dal Consiglio di Stato, rispettivamente in sede consultiva con il parere del 30 gennaio 2015, n. 298, e poi in sede giurisdizionale con la sentenza del 26 maggio 2015 n. 2660 (in termini sentenza del 22 ottobre 2018, n. 6009).
9. G. Cosentino, M. Bruschi, *1977-2007: trent'anni di domanda e offerta ICT nella pubblica amministrazione italiana*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 36–37.
10. V. da ultimo l'art. 9 del DPCM del 02/03/2021, ai sensi del quale «*dalle ore 22,00 alle ore 5,00 del giorno successivo sono consentiti esclusivamente gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative, da situazioni di necessità ovvero per motivi di salute*».
11. Sul punto si rinvia alla dottrina che si è già occupata del tema, tra i quali, senza alcuna pretesa di esaustività, si ricordano M. Calamo Specchia, A. Lucarelli, F. Salmoni, *Sistema normativo delle fonti nel governo giuridico della pandemia. Illegittimità diffuse e strumenti di tutela*, in *Rivista AIC*, 1, 2021; G. Brunelli, *Sistema delle fonti e ruolo del Parlamento dopo (i primi) dieci mesi di emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, 1, 2021; A. Celotto, *Emergenza e pubblica amministrazione*, in *Rivista AIC*, 1, 2021,
12. V. art. 117, c. 3, Cost.
13. V. art. 117, c. 2, lett. m), Cost.

14. V. art. 117, c. 2, lett. r), Cost.
15. Ai sensi dell'art. 117, c. 6, Cost.
16. Secondo quanto riportato all'1 aprile 2021 da <https://www.money.it/Prenotazione-vaccino-Covid-Poste-Italiane-cos-e-come-funziona>.
17. Si veda ad esempio GitHub (github.com), uno dei più noti *repository*, che ospita (gratuitamente) milioni di progetti *open source* a cui collaborano decine di milioni di sviluppatori (v. <https://github.com/open-source>).
18. Secondo quanto riportato nell'ordinanza del 16 aprile 2020, n. 10 del Commissario straordinario per l'emergenza Covid-19, la società realizzatrice dell'app, «*per spirito di solidarietà e, quindi, al solo scopo di fornire un proprio contributo, volontario e personale, utile per fronteggiare l'emergenza da COVID-19 in atto, ha manifestato la volontà di concedere in licenza d'uso aperta, gratuita e perpetua [...] il codice sorgente e tutte le componenti applicative facenti parte del sistema di contact tracing già sviluppate, nonché, per le medesime ragioni e motivazioni e sempre a titolo gratuito, ha manifestato la propria disponibilità a completare gli sviluppi informatici che si renderanno necessari per consentire la messa in esercizio del sistema nazionale di contact tracing digitale*», v. <http://www.governo.it/it/dipartimenti/commissario-straordinario-lemergenza-covid-19/14483>. Sul punto si veda D.-U. Galetta, G. Carullo, *L'app Immuni quale requisito per lo svolgimento di attività a rischio di contagio? Una proposta per incentivare l'uso delle ICT nella lotta alla pandemia*, in CERIDAP, 4, 2020.
19. Sulla necessità di un ampio utilizzo dell'app perché questa sia efficace v. D.U. Galetta e G. Carullo, *L'app Immuni quale requisito per lo svolgimento di attività a rischio (di diffusione del contagio)? Una proposta per incentivare l'uso delle ICT nella lotta alla pandemia*, in questa Rivista, 4, 2020.
20. Le norme sugli affidamenti *in-house* sono testualmente collocate nella Sezione intitolata «*Esclusioni*» delle Direttive nn. 23 e 24 del 2014. Anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia il carattere eccezionale dell'*in-house* è da tempo affermato, v. ad es. v., la sentenza dell'8 maggio 2003, C-349/97, *Regno di Spagna c. Commissione*, punto 204 ove si parla espressamente della «*eccezione denominata "In House Providing"*». Da segnalare che nella giurisprudenza italiana si connota invece questo istituto quale «*modalità ordinaria di affidamento*», con ciò tuttavia alludendosi alla scelta dell'amministrazione, mentre l'eccezionalità di cui parla la Corte di giustizia è riferita all'ordinaria applicazione delle norme di evidenza pubblica. In senso critico sulla posizione espressa dalla giurisprudenza italiana si rinvia a quanto condivisibilmente di recente evidenziato da G. Greco, *Concessioni affidate alle società in house: una contradictio in adjecto*, in *Giustizia Insieme*, 2021.

Diritto di accesso e pubblicazione online dei documenti da parte di “terzi”: interesse ad agire e trasparenza amministrativa in rete

Alessia Monica

DOI: 10.13130/2723-9195/2021-2-24

La pronuncia C-761/18 P si origina dall'appello contro l'ordinanza del Tribunale T-421/17 proposto da parte della professoressa Päivi Leino-Sanberg. La ricorrente aveva, infatti, presentato ricorso contro il diniego di accesso da parte del Parlamento europeo relativo al contenuto dei “triloghi” già oggetto, a loro volta, della nota causa De Capitani T-540/15. La sentenza in commento permette, dunque, di operare riflessioni generali sull'interesse ad agire in materia di accesso, nonché le conseguenze giuridiche della pubblicazione in rete di documenti da parte di “terzi”. Di conseguenza, porta ad interrogarsi sul rapporto tra «trasparenza amministrativa» e «diritto di accesso ad Internet» ai tempi dell'amministrazione digitale.

The right of access and its effectiveness following the online publication of documents by a «Third party»

The judgment C-761/18 P appealing by Professor Päivi Leino-Sanberg the order of the General Court T-421/17, concerns the refusal of access decided by the European Parliament regarding the dissemination of the content of some trilogues (object themselves of the well-known De Capitani case T-540/15). Thus, the reasoning of the Court allows to make some reflections on the interest of the beneficiaries of the «right of access» to documents, as well the legal consequences of their publication online by a «Third party». Consequently, it leads to argue on the relationship between «administrative transparency» and «right to online access» in the age of digital administration.

1. Premessa

La pronuncia della Corte (quinta sezione) C-761/18 P^[1] oggetto di questo breve commento ha come tema centrale il «diritto di accesso» e nello specifico, il suo diniego e le eventuali possibilità di ricorso davanti al giudice europeo. La professoressa Päivi Leino-Sanberg, docente universitaria presso l'Università di Eastern Finland, essendo titolare di due progetti di ricerca relativi proprio alla trasparenza nei triloghi, aveva presentato al Parlamento europeo una domanda di accesso per ricevere copia della decisione dell'istituzione A(2015) 4931. Con tale atto, a sua volta, veniva negato l'accesso integrale ai documenti LIBE-2013-0091-02 e LIBE-2013-0091-03 al sig. Capitani, *ex* funzionario del Parlamento europeo. Il funzionario in pensione aveva poi operato un ricorso per annullamento davanti al Tribunale, vedendosi così riconosciuto il diritto di accesso nella celebre sentenza T-540/15 *De Capitani*. Questa causa, ai tempi, aveva suscitato notevole interesse per la dottrina^[2] per quanto riguarda il rapporto tra «*interesse pubblico alla divulgazione*» e «*tutela del processo decisionale*», quale eccezione prevista dall'art. 4., c.3 del Regolamento 1049/2001. Allora, il Parlamento aveva negato l'accesso alla quarta colonna di due tabelle redatte nell'ambito dei triloghi, i quali rappresentano una «*prassi consolidata*» decisiva per il buon esito del processo legislativo^[3].

Con la decisione (A (2016) 15112) del 2017 il Parlamento europeo non aveva concesso alla professoressa finlandese l'accesso alle stesse parti delle tabelle richieste, sulla base dell'eccezione prevista sempre dall'articolo 4 del Regolamento sull'accesso, riguardante la tutela delle procedure giurisdizionali in corso (appunto la causa *De Capitani*). Nel frattempo, prima dell'accoglimento favorevole del ricorso del 22 marzo 2018, il sig. De Capitani aveva reso pubblica la decisione di diniego del Parlamento (di cui era destinatario) pubblicandola online sul suo blog personale.

2. La decisione della Corte

La ricorrente ha perciò impugnato in appello davanti alla Corte (ai sensi dell'art. 56 dello Statuto della Corte di giustizia UE) l'ordinanza del Tribunale pronunciata il 20 settembre 2018 con la quale i giudici avevano dichiarato che

non vi fosse più luogo a statuire sul ricorso diretto all'annullamento della decisione del 2017. Ciò in virtù del fatto che il documento richiesto, riguardante la vicenda De Capitani, fosse consultabile online. Pertanto, il ricorso era divenuto privo di oggetto. A sostegno dell'impugnazione sono stati addotti due motivi: in primo luogo si è contestato al Tribunale di aver concluso che il ricorso fosse divenuto privo di oggetto e che, quindi, non vi fosse più ragione di pronunciarsi nel merito (primo motivo); in secondo luogo, è stata censurata l'argomentazione del Tribunale sul venir meno dell'interesse ad agire a seguito della divulgazione online del documento richiesto al Parlamento ad opera di un "terzo" (secondo motivo). In riferimento proprio all'interesse ad agire, si ricorda come quest'ultimo debba sussistere al momento della presentazione del ricorso e debba perdurare fino alla decisione del giudice. In aggiunta, nonostante il documento richiesto nell'esercizio del diritto di accesso sia stato divulgato da un "terzo", formalmente la decisione di diniego indirizzata alla ricorrente non è mai stata ritirata dal Parlamento, *«sicché la controversia, contrariamente a quanto statuito dal Tribunale [...] ha mantenuto il suo oggetto»*^[4]. Oltremodo, la Corte non ritiene che attraverso la divulgazione del documento da parte del sig. De Capitani, la ricorrente abbia ottenuto una *«piena soddisfazione con riferimento agli obiettivi da essa perseguiti con la stessa domanda di accesso al documento in questione»*^[5]. Sulla base di tale presupposto, la Corte evidenzia l'errore di diritto operato dal Tribunale: i giudici in primo grado hanno di fatto assimilato la divulgazione da parte di un "terzo" alla divulgazione del documento richiesto da effettuarsi ad opera dell'istituzione coinvolta, vale a dire il Parlamento europeo. Fuorviante è anche la lettura che il Tribunale ha operato sul soddisfacimento del diritto di accesso: esso considera soddisfatta la pretesa della ricorrente ad accedere al documento a seguito della sua pubblicazione online, come se l'ottenimento dello stesso tramite la rete Internet fosse conseguente all'accoglimento della domanda di accesso^[6]. Se fosse valida questa tesi interpretativa, in astratto, un'istituzione verrebbe esonerata dal suo obbligo di concedere l'accesso al documento richiesto anche qualora non potessero essere invocate le eccezioni previste dall'art. 4 del Regolamento 1049/2001. La Corte rinvia la causa al Tribunale perché si pronunci nel merito non avendolo fatto in primo grado. A prescindere dai motivi che hanno portato all'impugnazione dell'ordinanza del Tribunale, a parere di chi scrive, sono degne di considerazioni alcune osservazioni

operate dalla Corte sulla natura del diritto di accesso.

3. «Diritto di accesso» e «Diritto di accesso ad Internet»

I giudici, in questa pronuncia, consolidano quello che è l'orientamento già ben definito nella sentenza *Client Earth*^[7] C-57/16 P e sul valore del diritto di accesso. In tale pronuncia del 2016, la Corte aveva statuito che una controversia mantiene il proprio oggetto quando, nonostante la pubblicazione dei documenti richiesti, l'istituzione che aveva inizialmente negato l'accesso a tali documenti non ritiri la propria decisione^[8]. *Mutatis mutandis*, nel caso in commento, il Parlamento, non ha ritirato la decisione di rifiuto della richiesta della professoressa finlandese. La causa *Client Earth* è divenuta poi nota anche per l'argomentare dei giudici sulla natura del Regolamento n. 1049/2001. L'orientamento della Corte da qui in avanti tenuto sottolinea come il Regolamento voglia segnare una nuova tappa nel processo di creazione di un'Unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa, in cui le decisioni siano adottate nel modo più trasparente possibile e più vicino possibile ai cittadini^[9]. Come bene si evince anche dalla sentenza *De Capitani*, sebbene i giudici ribadiscano che, in valore assoluto, non possa essere accordata una «presunzione generale di divulgazione», la trasparenza a fondamento della divulgazione *tout court* delle informazioni è condizione per l'esercizio effettivo dei diritti democratici dei cittadini^[10]. Si ricorda anche che, non solo all'art. 15 c.1 TFUE venga ribadito come le istituzioni debbano operare nel modo più trasparente possibile, ma lo stesso diritto di accesso è sempre riconosciuto al c. 3 di tale articolo, nonché consacrato a diritto fondamentale dall'art. 42 della CDFUE. Allo stesso qual modo, tale diritto rimane imprescindibile, nonostante le conseguenze giuridiche della pubblicazione in rete, da parte di un "terzo", di una versione di un documento oggetto di una domanda di accesso. Come ricorda bene l'AG *Bobek* nelle sue Conclusioni, «*il Regolamento n. 1049/2001 ha creato una via istituzionale per l'ottenimento di determinati documenti.*»^[11] Ragion per cui, risulta illogico che il titolare del diritto di accesso sia implicitamente tenuto a verificare periodicamente se i documenti richiesti siano divenuti "pubblici" su Internet e, addirittura, assumere che la divulgazione online condurrebbe alla perdita della sua pretesa all'azione da parte dell'amministrazione.

Sembra, inoltre, che i giudici del Tribunale, siano portati a credere che il diritto di accesso sia, in determinate circostanze, conseguente al «*diritto di accesso ad Internet*». Appare poi irrealistico considerare l'utilizzo del cyberspazio come un'attività obbligata e che, in quanto tale, la pubblicazione online di documenti^[12] sopperirebbe in qualche modo a quelli che sono i doveri di soddisfare le varie pretese conoscitive degli interessati e, in questo caso, rendere effettivo il diritto di accesso da parte di istituzioni, organi e organismi dell'Unione. Tale aspetto meriterebbe riflessioni più ampie: sia comunque consentito evidenziare, in breve, come il giudizio di appello della Corte sollevi implicitamente il problema del rapporto tra «*trasparenza amministrativa*», «*diritto di accesso online*» e «*diritto di accesso ad Internet*». Da un lato, come ben evidenziato nel caso della professoressa finlandese, la ricorrente conserva un reale interesse ad ottenere l'accesso a una versione autenticata (art 10 c. 1 e 2) del documento richiesto, anche in virtù della sua attività accademica^[13] incentrata proprio sul processo dei "triloghi". Ciò, in virtù del fatto che il diritto di accesso non va visto solo come momento formale di «pubblicità dell'azione amministrativa», quanto piuttosto quale presupposto necessario per la concreta partecipazione e la conoscenza delle attività poste in essere dai soggetti pubblici^[14]. Di conseguenza, come già chiarito, la mera pubblicazione online da parte di "terzi" non garantisce il soddisfacimento pieno del diritto di accesso ai documenti poiché non rappresenta una via istituzionale di pubblicazione.

In qualche modo le argomentazioni nel giudizio di primo grado sembrano sottovalutare il "*divario digitale*" non solo in senso economico. Esso, infatti, è un problema piuttosto noto anche a livello dell'Unione^[15]. In via indiretta, a livello europeo il diritto di accesso ad Internet è attualmente riconosciuto, dal Regolamento 2015/2120/UE^[16]. In particolare, all'art. 3 si afferma come «*gli utenti finali hanno il diritto di accedere a informazioni e contenuti e di diffonderli tramite il servizio di accesso a Internet.*» Detto ciò, esso presuppone una scelta libera e non condizionata da parte dell'utente stesso di utilizzare, se del caso, tale strumento.

Da parte del Tribunale l'interattività tra cittadino e amministrazione frutto dei processi di digitalizzazione viene perciò assunta come scevra da complicazioni. In realtà, al fine di ampliare le possibilità di partecipazione anche all'azione amministrativa, l'accesso alla rete oltre a garantire il «principio di uguaglianza»^[17]

deve aspirare ad assicurare regole certe^[18] (in questo caso la garanzia di autenticità dei documenti) e non a rendere più difficoltosa la conoscenza del processo decisionale. Tutto ciò, a garanzia degli stessi diritti democratici dei cittadini dell'Unione.^[19] Ne consegue che la «*rivoluzione digitale*» non solo dovrà provvedere ad implementare l'uso degli strumenti di ICT per una migliore interazione tra cittadini e apparati, ma non dovrà, al contempo, tralasciare di assicurare forme di regolazione degli stessi che aiutino in concreto gli sforzi volti a sostenere una «*società civile dinamica*» ed egitaria^[20], *anche* nel suo rapporto dialogico con l'attività amministrativa.

1. Corte di giustizia (Quinta Sezione), sentenza 21 gennaio 2021, C-761/18 P, *Päivi Leino-Sanberg* ECLI:EU:C:2021:52
2. Cfr., F. Battaglia, *La trasparenza del procedimento legislativo europeo all'esame del giudice dell'Unione nel caso De Capitani*, in *Federalismi.it*, n. 15, 2018; F. Martines, *Transparency of Legislative Procedures and Access to Acts of Trilogues: Case T-540/15, De Capitani v. European Parliament*, in *European Papers*, 24 June 2018.
3. Risoluzione del Parlamento del 28 aprile 2016 sull'accesso pubblico ai documenti per gli anni 2014 e 2015, 2015/2287(INI), p.ti 22 e 26.
4. C-761/18 P, *Päivi Leino-Sanberg*, p.to 33. La Corte ricorda anche come, in limine, l'interesse ad agire rappresenti un requisito procedurale indipendente dal diritto sostanziale applicabile al merito della controversia. Nel caso di specie, pur non potendo essere dissociato dal diritto di riferimento, deve comunque essere valutato alla luce della domanda formulata dalla ricorrente nell'introduzione del giudizio. *Ivi*, p.to 35.
5. p.to 34.
6. p.to 49.
7. Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza 4 settembre 2018, *ClientEarth* C-57/16 P, EU:C:2018:660.
8. p.to 45.
9. C-761/18 P, *Päivi Leino-Sanberg* p.to 36.
- 10.

CERIDAP

- Tribunale (Settima Sezione ampliata), sentenza 22 marzo 2018, T-540/15 *De Capitani*, ECLI:EU:T:2018:167, p.to 78.
11. AG *Bobek*, conclusioni 16 luglio 2020, causa C-761/18 P, ECLI:EU:C:2020:595, p.to 92.
 12. Ad esempio, Tribunale (Sesta Sezione), sentenza 22 gennaio 2015, *Teva Pharma BV*, T-140/12, ECLI:EU:T:2015:41. Nel caso di specie, seppur ricadendo in un caso di accesso riconducibile piuttosto al diritto ad una buona amministrazione (art. 41 CDFUE) volto a soddisfare la pretesa partecipativa al procedimento dell'interessato, secondo il Tribunale la ricorrente avrebbe potuto conoscere gli elementi presi in considerazione nella decisione che la riguardava, direttamente da quanto pubblicato sul sito web dell'agenzia che aveva prodotto il parere utilizzato dalla Commissione nella sua decisione finale, *ivi*, p.to 46.
 13. p.ti 26 e 29.
 14. Cfr., S. Rossa, *Trasparenza e accesso all'epoca dell'amministrazione digitale*, in R. Cavallo Perin, D.U. Galetta, *Il Diritto dell'Amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, 2020, pp. 247-275.
 15. Ad esempio, Commissione UE, *Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, COM(2015) 192 def; Commissione UE, *Un mercato unico digitale connesso per tutti*, COM (2017) 228 def.
 16. S. D'Ancona, P. Provenzano, *Gli strumenti della Carta della cittadinanza digitale*, in R. Cavallo Perin, D.U. Galetta, *Il Diritto dell'Amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, 2020, p. 224.
 17. Per approfondimenti, *ex pluribus*, G. De Minico, *I nuovi diritti e le reti. Verso nuove disuguaglianze?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 06 marzo 2013; T. E. Frosini, *Il diritto di accesso a Internet*, in O. Pollicino, T. Edoardo Frosini, E. Apa, M. Bassini, *Diritti e libertà in Internet*, Mondadori, 2017.
 18. Sul punto, cfr. G. Vilella, *The European Parliament administration facing the challenge of e-Democracy*, European Press Academic Publishing, Bruxelles, 2021, pp. 46-47. L'autore richiama la differenza tra «*e-government*» e «*e-governance*»: con il primo termine si richiama l'utilizzo di strumenti di ICT a supporto dell'attività amministrativa; mentre con il secondo termine ci si riferisce piuttosto alla necessità di saper governare le tecnologie (e le relative potenzialità sull'attività di *policy-making*) per sfruttarne al massimo gli effetti.
 19. T-540/15 *De Capitani*, p.to 98 e art. 10, c.3 TUE.
 - 20.

CERIDAP

Commissione UE, *Comunicazione sul piano d'azione per la democrazia europea*, COM(2020) 790 final, p.to 2.4., «Un'attenzione particolare sarà rivolta ai giovani svantaggiati, alle persone appartenenti a minoranze razziali o etniche, alle persone con disabilità, alle persone o ai gruppi con bassi livelli di alfabetizzazione digitale e di impegno digitale (ad esempio famiglie a basso reddito senza un facile accesso a internet o persone anziane)» .