



DIRITTO PUBBLICO EUROPEO

Rassegna on line

Fascicolo n. 2/2022
ISSN 2421-0528

SOMMARIO

Saggi

Clara Tuccillo – *Le cadre juridique des biobanques et les limites du consentement informé* (p. 1)

Giacomo Palombino – *PNRR ed enti territoriali: In particolare, le sfide allo sviluppo per le grandi città metropolitane* (p. 29)

Pier Luigi Petrillo e Alessandro Zagarella – *La transizione ecologica nel PNRR tra climate change e do not harm* (p. 71)

Virgilia Fogliame – *Il rendimento della forma di governo regionale al cospetto della pandemia* (p. 99)

Franca Meola – *La gestione del servizio idrico integrato nella legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021* (p. 114)

Guglielmo Agolino – *Approccio hotspot e habeas corpus. Profili costituzionali* (p. 171)

Francesco Raffaello De Martino – *Alcuni equivoci della democrazia diretta* (p. 200)

Materiali

Giuseppe Lissa – *Bioetica e complessità. in ricordo di Giovanni Chieffi* (p. 18)

Filippo Patroni Griffi – *Costituzioni, diritti e giudici nello scenario dell'integrazione europea (Università di Napoli Federico II – 12 ottobre 2022)* (p. 57)

Giampiero Buonomo – *Il dovere al documento e le desecretazioni della XVIII legislatura* (p. 92)

Osservatorio Giustizia

Alberto Barbazza – *Riflessioni e nodi problematici dell'Ufficio per il processo* (p. I)

LE CADRE JURIDIQUE DES BIOBANQUES ET LES LIMITES DU CONSENTEMENT INFORMÉ*.

di Clara Tuccillo**

Sommaire. Introduction. – 1.1. Les données génétiques. – 2. Consentement informé: références normatives. – 3. Consentement informé pour de futures recherches. – 3.1. *Broad consent* ou consentement général. – 4. Conclusions *de iure condito* et *de iure condendo*.

1

1. Introduction.

Les biobanques sont des structures qui collectent, gardent et distribuent du matériel biologique humain (et les données associées) pour le mettre à la disposition des chercheurs travaillant dans des instituts de recherche nationaux et internationaux afin d'accélérer le développement de la recherche fondamentale et biomédicale translationnelle, qui vise à trouver de nouvelles thérapies¹.

Le terme biobanque est d'invention récente: il apparaît pour la première fois dans la littérature scientifique au milieu des années 1990 dans un article de Steffen Loft et Henrick Enghusen Poulsen², deux professeurs de clinique pharmacologique à l'Université de Copenhague. Dans l'ouvrage en question, il a été fait référence au terme - mais à une seule occasion – dans le cadre de la recherche biomédicale; il faudra plusieurs années avant que celle-ci s'affirme et soit utilisée de manière généralisée.

La première définition législative date en fait de 2002 et est contenue dans *Lag (2002:297) om biobanker i hälso- och sjukvården m.m.* Dans l'art. 2, le législateur suédois décrit la biobanque comme cet ensemble de: «biological material from one or several human beings

* *Sottoposto a referaggio.*

** Dottoranda di ricerca in Il diritto dei servizi nell'ordinamento italiano ed europeo – Università di Napoli "Parthenope".

¹ M.G. Migliazzo, *Biobanche: dalla tutela individuale alla dimensione collettiva. Discipline a confronto. Aspetti problematici in un'ottica di classificazione delle biobanche*, C. Casonato, C. Picocchi et P. Veronesi (édité par), *Forum BioDiritto 2010. La disciplina delle biobanche a fini terapeutici e di ricerca*, Trente, 2012, p. 97 ss.; P. Rebullà, L. Lecchi, S. Giovanelli, B. Butti et E. Salvaterra, *Biobanking in the year 2007*, en *Transfus Med Hemother*, 2007, p. 286.

² S. Loft et H.E. Poulsen, *Cancer Risk and Oxidative DNA Damage in Man*, en *J. Mol. Med.*, 1996.

collected and stored indefinitely or for a specified time and whose origin can be traced to the human or humans from whom it originates»³. Le document de travail sur les données génétiques produit par le Groupe 29 est également pertinent afin d'identifier une éventuelle définition de la biobanque: ce rapport, tenant compte de ce qui a été élaboré par le groupe mis en place par le gouvernement danois pour évaluer la nécessité de nouvelles propositions législatives nationales, décrit la biobanque comme une «collection structurée de matériel biologique humain accessible selon certains critères, et dans laquelle les informations contenues dans le matériel biologique peuvent être liées à une personne déterminée»⁴.

Selon les Regulations prévu pour l'*European Biobank* de l'Université de Maastricht, le terme biobanque désigne «une unité opérationnelle qui fournit un service de conservation et de gestion du matériel biologique et des données cliniques associées, conformément à un code de bon usage et de comportement correct et avec des adresses supplémentaires fournies par les comités d'éthique et les universités».

La définition légale, quant à elle, fait référence à la Recommandation du Conseil de l'Europe de 1994, selon laquelle une biobanque est «une organisation à but non lucratif qui doit être officiellement reconnue par l'autorité sanitaire compétente dans les États membres et qui doit garantir le traitement, la distribution et le stockage du matériel selon certaines normes de qualité de professionnalisme».

L'anticipation des définitions les plus célèbres nous est utile pour approfondir l'examen des réseaux réglementaires nationaux et internationaux qui entourent les biobanques et leurs aspects critiques, surtout en raison du fait qu'il existe un intérêt public, sanctionné par la Constitution, dans le meilleur progrès de la recherche biomédicale à des fins de protection de la santé, un intérêt qui exige un cadre réglementaire approprié pour garantir que cela soit effectivement réalisé, dans le respect des principes développés dans le domaine bioéthique.

³ La lettre de la loi doit est redevable du document de 1999 élaboré par le Conseil suédois de la recherche médicale, qui a été entièrement re-proposé. Si cette disposition législative met déjà en exergue dans sa formulation certaines contradictions possibles (on parle de matériel biologique humain «conservé pour une durée indéterminée ou pour une durée limitée») et ne précise pas si la nature de la biobanque est publique ou privée, elle a certainement le mérite d'avoir distingué cette nouvelle entité des anciennes archives médicales.

⁴ Article 29, Groupe de travail pour la protection des données personnelles, Document de travail sur les données génétiques, adopté le 17 mars 2004, p. 11.

Au niveau international, en effet, les Déclarations de l'UNESCO et les Recommandations du Conseil d'Europe se préoccupent de promouvoir la liberté de la recherche dans le respect des droits des sujets concernés, énumèrent une série de principes cardinaux en matière de consentement éclairé, de protection de la confidentialité dans le traitement des données génétiques et protéomiques, l'application de la recherche biomédicale, le droit d'être informé des découvertes inattendues survenues au cours de l'étude de l'échantillon biologique transféré à des fins de recherche.

Des indications significatives proviennent également des outils de la soi-disant *soft law*, émises par des groupes de *techniciens* et d'*experts* du secteur, comme la *World Medical Association* (WMA), le *Council for International Organization of Medical Sciences* (CIOMS), la *Human Genome Organization* (HUGO), l'*European Medicine Agency* ou l'*European Society of Human Genetics*.

Ces documents revêtent une importance particulière car ils fournissent des lignes directrices et des bonnes pratiques, élaborées à la suite d'un processus d'interaction avec des organismes scientifiques, et sont candidats comme source pour l'activité des décideurs communautaires ou nationaux. La normalisation de type communautaire affecte également, à certains égards, le régime juridique des biobanques.

La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne énonce des principes importants dans le domaine de la médecine et de la biologie visant à protéger l'intégrité de la personne, tels que: le consentement libre et éclairé de la personne concernée, l'interdiction du corps humain et de ses parties source de profit, la protection des données personnelles.

Il suffit de mentionner ici que, s'agissant de l'activité de biobanque et de ses ramifications, le droit communautaire prévoit la définition de normes de qualité et de sécurité pour le don, l'obtention, le contrôle, la transformation, la conservation, le stockage et la distribution de tissus et cellules humains; prescrit l'obligation d'utiliser les codes d'identification de l'échantillon dans sa matérialité (et non également des données associées); favorise la circulation des données personnelles; dicte une discipline, qui a été au centre de vives polémiques, sur la brevetabilité des inventions biotechnologiques. Le niveau italien ne contribue à cette analyse que du point de vue du traitement des données personnelles et génétiques et de la discipline connexe pour la fourniture d'un consentement éclairé.

En ce qui concerne le profil organisationnel de la biobanque, entendu comme une structure, un arrêté du Ministère des Activités productives de 2006 renvoie aux critères et indications fixés par l'OCSE dans les *Best Practice Guidelines for BRCs* (Biological Research Centres) et dans la *Recommendation on Human Biobanks and Genetic Research Databases*⁵.

Les biobanques se caractérisent par la particularité que les prélèvements biologiques qui y sont conservés, ils peuvent être liés à des données personnelles, généalogiques et cliniques relatives aux sujets d'où vient le matériel biologique déposé, d'où le ADN qui constitue le génome humain peut être extrait.

Pour cette raison, les biobanques se définissent également comme un coffre-fort de ADN destiné à la recherche ou une archive de données stratégiques sanitaires. L'extrapolation des données génétiques à partir des prélèvements biologiques est obtenue par le processus de séquençage du ADN, qu'est la technique qui renvoie la série de nucléotides inclus dans un brin de ADN, c'est-à-dire la séquence nucléotidique.

La manière dont les nucléotides sont agencés en séquence est la caractéristique spécifique de chaque molécule de ADN et à partir de cette séquence, à travers une activité interprétative importante, nous arrivons à l'*information* génétique, ou plutôt à la *donnée génétique* qui est l'ensemble des données qui déterminent les caractéristiques héréditaires typiques d'un individu et de son espèce.

1.1. Les données génétiques.

Les données génétiques sont maintenant incluses dans la macro-catégorie des données sensibles, mais cela n'a pas toujours été le cas.

Dans la législation en vigueur avant le Règlement 2016/679 du Parlement Européen et du Conseil, en fait, elles n'étaient pas expressément placées dans une catégorie: elles étaient considérées comme une typologie distincte, formellement sans rapport avec celle des

⁵ Cependant, quelque chose survient aussi au niveau régional. La question des biobanques est de plus en plus au centre de l'attention – et des agendas politiques et sanitaires – des provinces autonomes de Trente et Bolzano et de certaines régions italiennes. Ces initiatives visant à élaborer un ensemble de règles propres à réguler le phénomène et à créer des réseaux régionaux sont certes louables, mais elles méritent une analyse attentive et réfléchie de la part du juriste afin d'éviter des dérives dangereuses vers une fragmentation non désirée de la discipline.

données sensibles, dans la définition de la quelle ces derniers ne figuraient pas.

Néanmoins, certains ont cru que les données génétiques, depuisqu'elles remontent aux données de santé, et tandi que sont appropriées pour révéler l'état de santé, devaient être considérées comme des données sensibles.

Toutefois, cette adresse a été critiqué par ceux qui croyaient que, même si une contiguïté, une interaction étroite, entre les données génétiques et les données de santé sont indéniables, puisqu'à partir des données génétiques on obtient des informations qui peuvent constituer l'état de santé d'une personne, cette interaction nécessitait une distinction objective. En effet, la spécificité des données génétiques a été à juste titre fait de résider dans le partage structurel entre plusieurs sujets de l'information qu'ils contiennent, dans leur immuabilité et dans l'attitude prédictive qui les accompagne⁶.

Le Règlement 2016/679 du Parlement Européen et du Conseil, en donnant une définition des données génétiques, à l'art. 4.1, n. 13), les a cataloguées comme «des données à caractère personnel relatives aux caractéristiques génétiques héréditaires ou acquises d'une personne physique qui fournissent des informations univoques sur la physiologie ou la santé de cette personne physique, et qui résultent en particulier de l'analyse d'un échantillon biologique de la personne physique en cause».

En outre, pour le Considérant 34 du même Règlement 2016/679 «il convient que les données génétiques désignent les données à caractère personnel relatives aux caractéristiques génétiques, héréditaires ou acquises d'une personne physique, résultant de l'analyse d'un échantillon biologique de la personne physique en question, en particulier de l'analyse des chromosomes, de l'acide désoxyribonucléique (ADN) ou de l'acide ribonucléique (ARN), ou de l'analyse d'un autre élément permettant d'obtenir une information équivalente».

En plus, l'art. 9.1 du Règlement saisit les données génétiques (ainsi que les données biométriques) parmi les catégories particulières de données à caractère personnel, dont le traitement est interdit, sauf exceptions.

Maintenant qu'une définition sommaire de biobanque a été reconstruit, et que la catégorie à laquelle appartiennent les données qui y sont contenues a été définie, cette recherche a l'intention de se concentrer sur les aspects problématiques liés au fonctionnement de la structure en question. Ceux-ci trouvent leur origine dans l'implication de valeurs

⁶ S. Rodota, *Tecnologie e diritti*, Bologne, 1995, p. 208.

potentiellement en conflit les uns avec les autres: la protection de la *privacy* des individus et le bien-être collectif.

La création de *databases* pertinentes d'informations génétiques et sanitaires implique en effet inévitablement une exposition des données personnelles qui implique, tant d'un point de vue éthique que juridique, la nécessité d'accorder une attention particulière à la protection et au contrôle des données sensibles.

2. Consentement informé: références normatives.

L'intérêt pour le potentiel des biobanques au profit de la santé publique et de la recherche a accru la sensibilité aux implications éthiques. Puisqu'il manque une législation spécifique sur le sujet, le matériel biologique humain et les données génétiques connexes doivent être traités de manière à garantir la dignité, les droits et la liberté de l'individu conformément à ce qui est établi dans une variété de documents, tant nationaux qu'internationaux, sur la recherche et les pratiques biomédicales.

Les biobanques doivent répondre aux exigences suivantes pour la manipulation des prélèvements et des données. En effet, ce qui distingue cette structure des simples collectes d'échantillons, c'est le profil organisationnel de la biobanque, en plus de la circonstance qu'il conserve, non seulement le matériel biologique, mais aussi les données personnelles (cliniques, généalogiques, relatives au mode de vie) du sujet, dont les prélèvements ont été effectués; cela n'est pas négligeable, si on considère que dans de nombreux pays, dont l'Italie, la réglementation des biobanques est liée aux règles régissant le traitement des données personnelles, en particulier des données génétiques et la discipline du consentement informé⁷.

Au niveau international, la justification éthique du consentement éclairé peut être trouvée dans certains principes de la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme (UNESCO) de 1997⁸.

⁷ M. Macilotti, *Le biobanche di ricerca. Studio comparato sulla "zona grigia" tra privacy e proprietà*, Trento, 2013, p. 14, qui définit les biobanques comme des "unités de service, directes sans but lucratif, organisées en unités techniques avec des critères de qualité, d'ordre et de destination, visant à la collecte et conservation de matériel biologique humain et de données connexes, à des fins de recherche médicale".

⁸ Sur les sources du droit biologique international, C. Campiglio, *L'internazionalizzazione delle fonti*, en *Trattato di biodiritto*, S. Rodotà et P. Zatti (édité par), *Ambito e fonti del biodiritto*, Milan, 2010, p. 609; C.

En effet, à l'art. 1 de la même, il est prévu que «le génome humain sous-tend l'unité fondamentale de tous les membres de la famille humaine, ainsi que la reconnaissance de leur dignité intrinsèque et de leur diversité. Dans un sens symbolique, il est le patrimoine de l'humanité».

Cette affirmation démontre la plus haute valeur reconnue au génome humain qui n'empêche cependant pas la recherche dans ce secteur où les biobanques sont un outil fondamental car elles peuvent s'avérer utiles non seulement aux donneurs mais à la société dans son ensemble.

Cette efficacité est explicitement indiquée à l'art. 12b de la Déclaration, où il est dit que «la liberté de la recherche, qui est nécessaire au progrès de la connaissance, procède de la liberté de pensée. Les applications de la recherche, notamment celles en biologie, en génétique et en médecine, concernant le génome humain, doivent tendre à l'allègement de la souffrance et à l'amélioration de la santé de l'individu et de l'humanité tout entière».

En outre, l'art. 2 de la Déclaration reconnaît l'unicité du génome des individus, circonstance qui oblige à protéger leurs prérogatives, non seulement pour éviter d'éventuelles discriminations, mais surtout parce que cette unicité permet d'identifier «un génome spécifique» parmi divers prélèvements de ADN.

C'est donc un devoir primordial pour les biobanques d'adopter des règles et des procédures appropriées pour assurer la confidentialité des données qui y sont contenues. En 2003, il y a eu la Déclaration internationale sur les données génétiques humaines (UNESCO) dont le but est d'assurer le respect de la dignité humaine, la protection des données personnelles et des libertés fondamentales dans la collecte et le traitement des données génétiques humaines, et des échantillons biologiques à partir desquels ces données sont obtenus, dans le respect des principes d'égalité, de justice et de solidarité et en toute considération du respect de la liberté d'expression, y compris la liberté de recherche.

La Déclaration établit que les données génétiques et les échantillons biologiques ne peuvent être collectés et utilisés que si le consentement libre et éclairé des donneurs, obtenu sans perspective de gains économiques ou personnels, a été préalablement recueilli. Les lois

Borgoño, *La protezione dei dati genetici nel biodiritto internazionale. Principi biogiuridici fondamentali*, en *Forum BioDiritto* 2009, p. 355; en ce qui concerne en particulier les profils de consentement éclairé, S. Azzini, *Biobanche, consenso e fonti del diritto: un caso di eccezionale disordine?*, en *Forum BioDiritto*, 2010, cit., p. 117; L. Marini, *Diritto internazionale e comunitario della bioetica*, Turin, 2012.

nationales ne peuvent prévoir des limitations au principe du consentement éclairé que pour des raisons exceptionnelles et conformément aux dispositions des normes internationales relatives aux droits de l'homme.

Au niveau européen, la nécessité du consentement est également requise à l'article 5 de la convention d'Oviedo⁹ et à l'article 3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (2000/C 364/01)¹⁰. Les principaux aspects du consentement informé sont: les informations fournies au sujet, la capacité mentale, physique et juridique d'exprimer son consentement, la liberté de choix, c'est-à-dire que l'intéressé doit être en mesure de donner son consentement libre et informé. Cette personne doit recevoir à l'avance des informations appropriées sur les risques qui pourraient résulter de la chirurgie, le type d'informations qui pourraient résulter de l'utilisation des prélèvements et les avantages potentiels pour la santé de l'individu et/ou de l'ensemble de la communauté.

Il doit être explicite pour les sujets qui n'auront aucun droit de participer, à titre individuel, aux bénéfices découlant de l'étude de leurs prélèvements¹¹ et que le consentement peut être révoqué à tout moment; si tel est le cas, l'échantillon et les informations pertinentes seront supprimés et aucune autre donnée ne sera générée.

Dans le cas des biobanques, le consentement informé pour la banque d'un échantillon doit être étendu à sa conservation et à son utilisation éventuelle à des fins de diagnostic et/ou de recherche. Sur cet aspect, même si elle ne fait pas explicitement référence aux

⁹ Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine de Oviedo, 4 avril 1997, art. 5: «Une intervention dans le domaine de la santé ne peut être effectuée qu'après que la personne concernée a donné son consentement libre et éclairé. Cette personne reçoit en premier lieu une information adéquate sur le but et la nature de l'intervention ainsi que sur ses conséquences et ses risques. La personne concernée peut, à tout moment, retirer librement son consentement».

¹⁰ La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, solennellement proclamée à Nice le 7 décembre 2000, par le Parlement européen, le Conseil et la Commission, et adaptée à une très large majorité par les mêmes institutions à Strasbourg le 12 décembre 2007, est née comme une déclaration programmatique, mais maintenant, en vertu de l'art. 6, par. 1, Traité sur l'Union européenne (TUE), tel que modifié par le Traité de Lisbonne, a la même valeur juridique que les traités et ses dispositions sont devenues juridiquement contraignantes. L'article 3.2 dispose: «Dans le domaine de la médecine et de la biologie, doivent notamment être respectés : a) le consentement libre et éclairé de la personne concernée, selon les modalités définies par la loi ; b) l'interdiction des pratiques eugéniques, notamment celles ayant pour but la sélection de personnes ; c) l'interdiction de faire du corps humain et de ses parties en tant que telles une source de profit ; d) l'interdiction du clonage reproductif d'êtres humains».

¹¹ En ce sens, v., en Italie, ce que le Comité national de bioéthique et le Comité national de biosécurité, biotechnologies et sciences de la vie ont écrit, *Raccolta di campioni biologici a fini di ricerca: consenso informato*, en http://www.governo.it/bioetica/gruppo_misto/Consenso_Informato_allegato_Petrini_2009.pdf. Par ailleurs, il y a ceux qui voient une incongruité entre l'acte libre de transfert de l'échantillon biologique et la possibilité que d'autres bénéficient d'une éventuelle application industrielle: P. Monteleone, *Protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche e tutela della persona*, en *Dir. Ind.*, 2006, p. 407.

biobanques, la Convention européenne d'Oviedo établit la légalité de l'utilisation des échantillons stockés uniquement si des informations appropriées sont fournies, l'anonymat est garanti et un consentement écrit est obtenu¹². Pour cette raison, les procédures de traitement des données pour assurer l'anonymat et la protection de la confidentialité sur l'origine du prélèvement et les enquêtes connexes doivent être clarifiées.

La suppression d'un prélèvement biologique doit être précédé d'un entretien au cours duquel les informations nécessaires sont fournies, de manière simple et compréhensible, afin que l'intéressé puisse prendre des décisions éclairées sans aucune pression ni manipulation.

En outre, la personne, sur demande, devrait être autorisée à consulter des tiers non impliqués dans la recherche pour clarifier quelques doutes et obtenir de plus amples informations. Si une population devient l'objet de recherches génétiques¹³, on pense que le consentement doit être recherché et obtenu auprès de chaque individu et non au niveau du groupe¹⁴.

Les autorités locales (civiles, sanitaires, religieuses) et le comité de bioéthique qui autorise le projet doivent devenir garants de l'exactitude et de la transparence des informations relatives aux objectifs scientifiques de la recherche, au déroulement du programme et aux résultats positifs pour l'individu et la population.

En outre, le droit de toute personne de refuser de participer à l'étude doit être protégé sans aucune forme de pression. Le consentement doit être demandé à l'aide d'un formulaire spécial approuvé par le comité d'éthique de l'organisme où se trouve la biobanque, dans lequel tous les aspects relatifs à la gestion du matériel stocké doivent être expliqués.

Il doit être clair que le prélèvement peut être utilisé pour d'autres investigations de nature exclusivement diagnostique et/ou de recherche et jamais à des fins lucratives directes,

¹² Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine de Oviedo, 4 avril 1997, art. 22: «Lorsqu'une partie du corps humain a été prélevée au cours d'une opération, elle ne peut être conservée et utilisée à d'autres fins que celle pour laquelle elle a été collectées selon les procédures d'information et de consentement appropriées».

¹³ M.A. Austin, *Genebanks: a comparison of eight proposed international genetic databases*, en *Community Genetics*, 2003, pp. 37-45.

¹⁴ H.T. Greely, *Informed consent and other ethical issues in human populations genetics*, en *Annual Reviews Genetics*, 2001, pp. 785-800; B. Godard, J. Schmidtke, J.J. Cassiman et S. Aymé, *Data storage and DNA banking for biomedical research: informed consent, confidentiality, quality issue, ownership, return of benefits*, en *Eurogapp Project*, 1999-2000.

conformément aux dispositions de l'article 21 de la Convention d'Oviedo¹⁵ et de l'article 3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

La Convention prévoit également que toute discrimination fondée sur le patrimoine génétique d'une personne est interdite¹⁶. Le destinataire de l'information devrait avoir la possibilité de prendre des décisions concernant l'utilisation de son échantillon à des fins d'études ou de recherches scientifiques ultérieures.

Au regard de ce qui précède, le respect de la législation sur la protection des données personnelles apparaît d'une importance fondamentale, dans un secteur délicat et intime comme celui de la santé, où l'intéressé se trouve dans une condition fragile; de plus, le contact humain, avec les spécialistes du secteur, apparaît essentiel et ne peut être remplacé même par les solutions technologiques les plus avancées, totalement inappropriées pour garantir le niveau essentiel d'empathie qui est établi entre le spécialiste et le patient.

Les structures de santé publiques doivent donc garantir, parallèlement à la mise en œuvre des nouvelles solutions technologiques, le nécessaire respect du droit fondamental à la protection des données personnelles dans une vision humaine, éthique et intégrée, qui place au centre la dignité du patient, qui, pourrait-on dire, n'est pas une marchandise négociable. Il faut considérer que la littérature internationale actuelle identifie quatre modèles de consentement informé:

- un large consentement, qui permet l'utilisation d'échantillons et de leurs données associées dans les recherches présentes et futures de toutes sortes;
- le consentement partiellement restreint, qui permet l'utilisation des échantillons et de leurs données associées pour des recherches spécifiques immédiates et dans des investigations futures directement ou indirectement associées à ces prélèvements;
- consentement multi-options, qui nécessite beaucoup d'options qui doivent être expliquées au donateur en détail;
- et le consentement éclairé spécifique qui interdit toute étude future qui n'était pas prévue au moment du consentement initial.

¹⁵ Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine de Oviedo, 4 avril 1997, art. 21: «Le corps humain et ses parties ne doivent pas être, en tant que tels, une source de profit».

¹⁶ Les principes de la Convention, notamment l'interdiction de toute forme de discrimination pour des motifs liés au patrimoine génétique, sont réaffirmés dans le Protocole additionnel *Tests génétiques à des fins médicales* adopté à Strasbourg le 27 novembre 2008: se référer à J. Beqiraj, *Il protocollo alla Convenzione di Oviedo sui test genetici per fini medici. Verso il rafforzamento del quadro giuridico internazionale in materia di diritti umani in campo biomedico*, en *Forum BioDiritto*, 2009, pp. 373 ss.

3. Consentement informé pour de futures recherches.

Ce travail vise à étudier un problème lié au processus d'analyse et d'évaluation des études expérimentales et observationnelles en vue d'éliminer les problèmes critiques et les risques découlant du non-respect du paysage réglementaire déchiqueté et complexe. En particulier, il est fonctionnel à rechercher des lignes directrices pour une utilisation appropriée des données de santé et génétiques dans le cadre des études épidémiologiques, scientifiques et d'observation.

Nous arrivons, maintenant, à l'approfondissement de la question qui se pose à propos du consentement éclairé pour les échantillons biologiques conservés dans les biobanques collectées, non pas en fonction d'un projet de recherche unique, mais en vue d'un nombre indéterminé de recherches futures¹⁷.

Dans ces cas la personne concernée ne peut être informée en détail, au moment du consentement, des analyses qui seront menées sur son matériel biologique.

De nombreuses enquêtes sont imprévisibles et dépendent de l'évolution des connaissances scientifiques, d'autres ne sont prévues qu'à des stades ultérieurs, ce qui intervient souvent dans le cadre de biobanques de population, qui se proposent comme plateformes de recherche d'avenir et ne visent pas à développer une prise en charge spécifique ou à tester un médicament¹⁸. Donc, il faut se demander si, dans le respect des principes du consentement informé (qui prévoient que l'information doit être précise et détaillée à chaque instant de l'intervention), le sujet doit être recontacté chaque fois qu'il est nécessaire de utiliser son matériel biologique pour un nouveau projet de recherche, pour lequel un consentement spécifique n'avait pas été préalablement donné ou, au contraire, si un simple consentement initial suffit pour effectuer une recherche médicale sur le tissu, sans autres précisions.

En Italie, l'Autorisation générale pour le traitement des données génétiques du 11 décembre 2014, comme déjà mentionné, prévoit que, pour pouvoir traiter des données génétiques et

¹⁷ V.M. Macilotti, *Consenso informato e biobanche di ricerca*, en *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2009, p. 160.

¹⁸ Dans ce sens M. Macilotti, U. Izzo, G. Pascuzzi et M. Barbareschi, *La disciplina giuridica delle biobanche*, en *Pathologica*, 2008, p. 95.

utiliser des échantillons biologiques, le consentement écrit des patients est requis, mais au point 8.1 prévoit également, que la conservation et l'utilisation ultérieure des prélèvements biologiques et des données génétiques collectés pour la mise en œuvre de projets de recherche et d'enquêtes statistiques, autres que ceux pour lesquels le consentement éclairé des parties intéressées a été initialement acquis, ne sont autorisées qu'à la poursuite de *l'objectif scientifique et statistique des fins directement liées* avec celles d'origine¹⁹.

L'utilisation de données et de prélèvements pour différents projets de recherche, lorsqu'il n'est pas possible d'informer les parties intéressées *malgré tous les efforts raisonnables pour les joindre* et d'obtenir un nouveau consentement, n'est autorisée que si une recherche similaire ne peut être effectuée avec des données se référant à personnes dont le consentement peut être acquis et si les données déjà en possession ne permettent pas d'identifier les personnes concernées (ni n'avaient-elles fourni d'indications contraires auparavant) ou, alternativement, si le nouveau programme de recherche est expressément autorisé par le Garant, avec la avis favorable du Comité d'éthique territoriale, conformément à l'art. 90 du Code Privacy.

En outre, est accordée la possibilité d'indiquer dans les informations la possibilité que l'échantillon soit utilisé à des fins de recherche autres que celles pour lesquelles il est collecté, avec pour conséquence de ne pas rendre nécessaire l'obtention d'un nouveau consentement pour la recherche *supplémentaire* spécifiée en détail dans les informations. Par conséquent, à part les exceptions indiquées ci-dessus, l'instrument choisi en Italie, par le Garant, est celui du "re-contact"²⁰, qui, cependant, apparaît peu fonctionnel,

¹⁹ Sur ces prévisions, v. S. Lorenzon, *La regolamentazione delle biobanche all'incrocio tra diritto dell'Unione e discrezionalità legislativa nazionale: alla ricerca di un punto di equilibrio tra riservatezza e libertà di ricerca scientifica*, en *Forum BioDiritto*, 2010, pp. 70 ss.; G. Vaccari, *Diritti fondamentali e biobanche a fini terapeutici e di ricerca: i bilanciamenti p(rop)osti dalle fonti (e "non fonti") esistenti in materia*, en C. Casonato, C. Piciocchi et P. Veronesi (édité par), en *Forum BioDiritto*, cit.

²⁰ Il est donc clair que, dans notre système juridique, nous avons choisi d'opérer dans le plein respect des principes du consentement éclairé, qui prévoient que l'information du destinataire du traitement doit être précise et détaillée. Sur ces principes et, plus généralement, sur l'instrument du consentement éclairé, voir, parmi beaucoup d'autres, A. Santosuosso, *Il consenso informato. Tra giustificazione del medico e diritto del paziente*, Milan, 1996; G. Ferrando, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico, principi, problemi e linee di tendenza*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 37 ss.; E. Calò, *Sulla libertà del consenso informato*, en *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, p. 227 ss.; M. Tallacchini, *Bioteχνologie e consenso informato. Un inizio...*, en *Notizie di Politeia*, 1999, p. 3 ss.; A. Donati, *Consenso informato e responsabilità da prestazione medica*, en *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 1 ss.; S. Tommasi, *Consenso informato e disciplina dell'attività medica*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 555 ss.; S. Cacace, *Il consenso informato del paziente al trattamento sanitario*, en *Danno e resp.*, 2007, p. 283; L. d'Avack, *Sul consenso informato all'atto medico*, en *Il diritto della famiglia e delle persone*, 2008, p. 759 ss.; G. Grasso, *Consenso informato, libertà di scelta e disponibilità del proprio corpo*, en *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, p. 1 ss.

pas facilement applicable à une biobanque de population et en tout cas peu économique²¹. Il convient donc de se demander si d'autres routes ne sont pas praticables.

3.1. *Broad consent* ou consentement général.

La solution dominante en Europe²² et également proposé par la Recommandation du Conseil de l'Europe de 1994 est un consentement plus large considéré comme suffisant, qui, d'une part permet d'effectuer de nouvelles recherches sans recontacter les donneurs; mais, d'autre part, ne laisse pas ces sujets sans protection²³.

C'est ce que l'on appelle le *general* ou *broad consent*, c'est-à-dire le consentement à l'utilisation de matériel biologique pour des recherches futures formulé aussi spécifiquement que possible, mais basé sur les connaissances présentes au moment où ce consentement est donné²⁴.

De plus, l'ampleur de la formulation exige des mécanismes externes de compensation et de contrôle capables d'offrir une protection au donneur, comme le droit d'accès à la biobanque et le droit de retirer son consentement²⁵.

Parmi les institutions favorables à un modèle de large consensus figure l'OMS, dont la position est partagée par la plupart des comités nationaux de bioéthique européens. Le système d'équilibrage mis en place par la Recommandation repose sur un double mécanisme. Tout d'abord, le nouveau projet de recherche doit être approuvé en avance par

²¹ M. Macilotti, U. Izzo, G. Pascuzzi et M. Barbareschi, *La disciplina giuridica delle biobanche*, cit., p. 97. Selon ces chercheurs, l'obligation de recontacter le donneur semble donc répondre davantage à une logique formaliste qu'à une protection effective des sujets concernés. Selon eux, en effet, "un module d'information détaillé n'est pas toujours l'outil le plus adapté pour remédier à l'asymétrie naturelle d'information entre les chercheurs et le candidat donneur" et, en pratique, cette obligation se répercute dans un gros forme pré-packagé, assez verbeux et difficilement compréhensible, "dont le seul but semble être de décharger le sujet fort de sa responsabilité, rendant probatoirement difficile voire impossible pour le sujet faible de prouver qu'il ne sait pas ou ne sait pas".

²² Voir les *Nationaler Ethikrat* allemandes de 2004 et le *Code of Practice* de la *UK Human Tissue Authority* de 2006 (qui a influencé la Recommandation R(2006)4); ainsi que les lois suédoise, lettone et estonienne. Sur le sujet, M. Macilotti, *Le biobanche di ricerca. Studio comparato sulla "zona grigia" tra privacy e proprietà*, cit.

²³ Sur ce sujet et sur d'autres types de consentement éclairé, veuillez consulter S. Azzini, *Biobanche, consenso e fonti del diritto: un caso di eccezionale disordine?*, cit., p. 121 ss.

²⁴ T. Caulfield, J. Kaye, *Broad consent in biobanking: reflections on seemingly insurmountable dilemmas*, *Medical Law International*, 2009, pp. 85-100.

²⁵ Sur ce sujet v. M. Tomasi, *Il modello individualista al banco di prova*, en C. Casonato, C. Piciocchi et P. Veronesi (édité par), *La disciplina delle biobanche a fini terapeutici e di ricerca*, cit., p. 197 ss.

une autorité indépendante, qui est en mesure d'évaluer le mérite scientifique et l'importance de la recherche, ainsi que de vérifier son acceptabilité d'un point de vue éthique: en Italie, ce rôle est effectuée en avance par la commission d'éthique de l'institution où la recherche est préparée; ensuite, elle peut être réalisée par la biobanque, qui est chargée de décider si accorder ou non les prélèvements biologiques aux chercheurs. Deuxièmement, le donateur a, à tout moment, la possibilité de retirer librement le consentement donné: à cet égard, il importe d'établir si le retrait est effectif *ex tunc* ou *ex nunc*, c'est-à-dire s'il produit également effets pour les recherches en cours, qui utilisent déjà l'échantillon, ou seulement pour des recherches futures.

La question est pertinente, car le retrait du consentement pourrait constituer une perte de valeur considérable tant d'un point de vue économique que scientifique, car les institutions de recherche investissent de grosses sommes d'argent et des années de travail dans l'étude des tissus: dans l'équilibre entre l'intérêt collectif et l'intérêt privé du sujet, il convient qu'il soit le premier à gagner, avec effet non rétroactif conséquent du retrait du consentement.

Au lieu de cela, la Recommandation ne prévoit aucun instrument impliquant les donneurs dans la gouvernance de la biobanque, ce qui pourrait être, par exemple, l'acceptation spécifique d'un code d'éthique de celle-ci, qui indique les conditions d'utilisation des prélèvements stockés et les exigences déontologiques des recherches auxquelles il est permis de les utiliser.

Est également digne d'attention l'approche esquissée par l'OCDE, qui a adopté en 2009 les *Guidelines on Human Biobanks and Genetic Research Databases*, où il est prévu que les exploitants de biobanques, dans le cas où cela est requis par la loi ou autorisé par les autorités compétentes, ils peuvent essayer d'obtenir un consentement qui permet l'utilisation de matériaux et de profils d'information même pour des objectifs de recherche imprévisibles, tout en exigeant des garanties appropriées, mais pas mieux spécifiées.

La prédiction du *broad consent* est l'une des principales différences du système européen par rapport au système nord-américain, où le modèle le plus suivi a été, pendant longtemps, le *multi-layered consent*, c'est-à-dire le consentement limité à une pathologie particulière ou à un projet de recherche spécifique. De plus, les limites évidentes de cette solution aux progrès de la science et la nécessité de dépasser les règles rigides sur le consentement éclairé ont conduit à rechercher des outils alternatifs: en particulier, en 2004, l'*Office for*

Human Research Protection (OHRP) des États-Unis²⁶ a élargi la notion de matériel biologique non identifiable, pour laquelle il n'est jamais nécessaire d'acquiescer un nouveau consentement. Jusqu'à la publication des directives de l'OHRP, les échantillons *coded* (les chercheurs ont accès au code qui permet de remonter jusqu'au donneur) et les échantillons *linked anonymized* (l'accès n'est autorisé qu'aux tiers) étaient considérés comme identifiables, car dans les deux cas, une connexion continue à exister avec le sujet dont ils sont issus²⁷.

4. Conclusions *de iure condito* et *de iure condendo*.

Il est clair que des clarifications supplémentaires et une législation spécifique sont nécessaires dans ce domaine pour surmonter les rigidités et faciliter l'utilisation de ces précieux outils. Chercheurs distingués ont fait des commentaires sur la nécessité d'adopter un consensus plus large. Par exemple, des chercheurs de l'Université d'Uppsala en Suède ont fait valoir que l'exigence du consentement éclairé pour la recherche sur les biobanques est problématique puisque le consentement informé est trop logistiquement difficile d'obtenir.

De plus, ils ont fait valoir que la précision des résultats de la recherche pourrait être affectée négativement par la nécessité d'obtenir le consentement en raison du fait que *des différences significatives existent entre les personnes qui acceptent de participer à*

²⁶ L'Office for Human Research Protections (OHRP) est un bureau au sein du *Department of Health and Human Services* (DHHS) des États-Unis, plus précisément le Bureau du Secrétaire adjoint de la Santé au Bureau du DHHS Secrétaire, qui est responsable de l'éthique surveillance dans la recherche clinique menée par le ministère, principalement par les *National Institutes of Health* (NIH).

²⁷ En effet, on sait que le classement d'un échantillon peut varier de l'anonymat irréversible à l'identification complète selon les différents niveaux classiquement utilisés pour classer les échantillons.

Cette dernière peut être: - anonyme, lorsque les prélèvements sont collectés et immédiatement identifiés par un seul code, les données du patient ne sont pas enregistrées et il n'est donc pas possible de remonter à la source; - anonymisé, lorsque les données personnelles du patient sont supprimées après l'attribution du code et qu'aucune connexion n'est possible par la suite; - identifiable, lorsque les échantillons sont identifiables par un code, connu du seul responsable de la biobanque et de ses collaborateurs directs. La possibilité de retrouver l'origine de l'échantillon a lieu, dans le cas de résultats scientifiques utiles pour le donneur, sur la base de décisions exprimées dans le consentement éclairé écrit. A noter que si ces prélèvements sont utilisés à des fins scientifiques, la possibilité de retrouver le donneur n'est presque jamais exercée, car elle n'est ni utile ni nécessaire à la présentation des résultats; - pleinement identifié, lorsque l'échantillon est identifiable par son nom et son adresse. Cette option n'est possible que sur demande explicite et / ou autorisation de l'intéressé ou des ayants droit et en tout cas d'intérêt personnel et familial exclusif (par exemple pour le diagnostic).

la recherche de biobanque et ceux qui ne le font pas. Ils ont fait valoir, par conséquent, qu'une solution serait d'adopter politiques de large consentement, présumé ou inexistantes, pour la recherche sur le matériel de tissu humain avancé.

Cependant, ce n'est pas aussi simple que cela: le moins controversé de ces propositions, le large consentement, en fait, a été également critiqué parce qu'il menace l'autonomie du patient. Les auteurs de cette théorie croient que le temp est venu pour les gens à reconnaître que, afin de promouvoir les intérêts d'un produit essentiel, tels que la santé collective, parfois des efforts conjoints doivent être faits. Ils disent que en tant que personnes vivant ensemble dans une société, nous limitons notre liberté de plusieurs façons afin d'atteindre des objectifs communs et que, par conséquent, dans ce cas également la compression d'un droit tel que celui de l'autodétermination doit être acceptée afin d'exploiter au maximum l'utilisation d'une ressource importante tels que des échantillons biologiques²⁸.

En conclusion, à la lumière des idées que cet ouvrage offre, émerge l'intérêt pour l'approfondissement de la recherche sur les biobanques génétiques afin d'identifier une réglementation adéquate qui peut harmoniser les règles dans le domaine génétique et bioinformatique et concilier les besoins opposés: la protection de la vie privée des individus et le bien-être collectif.

Abstract: Ce travail examine les biobanques et le cadre juridique qui les entoure. Après avoir brièvement décrit la structure en question, ainsi que les données génétiques qui la peuplent, l'auteur poursuit avec une étude approfondie du soi-disant consentement éclairé. Ainsi, il vise à étudier un problème lié au processus d'analyse et d'évaluation des études expérimentales et observationnelles afin d'éliminer tous les problèmes et risques critiques découlant du non-respect du paysage réglementaire déchiqueté et complexe. En particulier, il est fonctionnel de rechercher des lignes directrices pour l'utilisation appropriée des données de santé et génétiques dans le cadre d'études épidémiologiques, scientifiques et d'observation. La question qui se pose concerne le consentement éclairé pour les échantillons biologiques conservés dans les biobanques collectées, non pas en fonction d'un

²⁸ V. S. Azzini, *Biobanche, consenso e fonti del diritto: un caso di eccezionale disordine?*, cit., p. 122. En ces termes il s'est exprimé L. Chieffi, *Le informazioni sul patrimonio genetico tra diritti del singolo e interessi pubblici*, en *Rivista AIC*, 2011. V., aussi, S. Penasa, *Conclusioni. Verso un sistema normativo integrato: il caso delle biobanche di ricerca*, en C. Casonato, C. Piciocchi et P. Veronesi (édité par), *La disciplina delle biobanche a fini terapeutici e di ricerca*, cit., pp. 345-346.

projet de recherche unique, mais en vue d'un nombre indéfini de recherches futures. Il est clair qu'il est nécessaire de clarifier davantage la question et de disposer d'une législation spécifique capable de surmonter les rigidités et de faciliter l'utilisation de ces précieux outils.

Abstract: This work examines biobanks and the legal framework that surrounds them. After briefly describing the structure in question, together with the genetic data that populate it, the contribution continues with an in-depth study of the so-called informed consent. Thus, it aims to investigate a problem relating to the process of analysis and evaluation of both experimental and observational studies in order to remove any critical issues and risks arising from failure to comply with the jagged and complex regulatory landscape. In particular, the study is functional to seeking guidelines for the appropriate use of health and genetic data in the context of epidemiological, scientific and observational studies. The question that arises concerns the informed consent for biological samples stored in the collected biobanks, not as a function of a single research project, but in view of an indefinite number of future research. It is clear that there is a need for further clarifications and specific legislation capable of overcoming rigidities and facilitating the use of these precious tools.

Parole chiave: Biobanque – Données génétiques – Consentement éclairé – Recherche – Consentement large.

Key words: Biobank – Genetic data – Informed consent – Research – Broad consent.

BIOETICA E COMPLESSITÀ. IN RICORDO DI GIOVANNI CHIEFFI*.

di Giuseppe Lissa**

Che il termine bioetica fosse stato introdotto con l'uscita del libro di Van Rensselaer Potter intitolato *Bioethics: a bridge to the future* (nel 1970), lo sappiamo tutti, e tutti altrettanto sappiamo che la “nascita della bioetica affonda le sue radici ideologiche nelle rovine della II guerra mondiale”¹ e in modo particolare nell'orrore di Auschwitz, dove la tragica follia del fascismo e del nazismo spinse la medicina a inoltrarsi in un abisso di tenebre nel quale andò incontro al momento di smarrimento e di degrado più alto di tutta la sua storia.

Per questo anche qui a Napoli, come ho detto, riflettevamo e lavoravamo sulla bioetica già negli anni 70 e 80 del secolo scorso.

Sulla scia di questi stimoli culturali si pervenne alla fondazione del Centro Interuniversitario di Ricerca Bioetica (CIRB) nel 1996 per iniziativa dei rappresentanti di tre importanti Istituzioni: il Cardinale Michele Giordano, in qualità di rappresentante e responsabile della Facoltà teologica dell'Italia Meridionale; il Rettore della Federico II, prof. Fulvio Tessitore e il Rettore dell'allora Seconda Università di Napoli, prof. Domenico Mancino.

Dietro ognuno di questi personaggi c'era il lavoro di individui e di gruppi che già da tempo, qui a Napoli, riflettevano, discutevano, lavoravano e scrivevano di bioetica.

A sollecitare i tre insigni personaggi citati, per quel che io ricordi, ci furono per il Cardinale Giordano, l'allora professore presso la Facoltà teologica dell'Italia meridionale Bruno Forte, ora, se non mi sbaglio, arcivescovo di Chieti, il dotto gesuita prof. Andrea Vicini e il sensibilissimo sacerdote Adolfo Russo; per il Rettore Tessitore, se mi è consentita

* *Riceviamo e volentieri pubblichiamo*. L'articolo riprende la relazione svolta dall'Autore in occasione della presentazione, organizzata dal Centro Interuniversitario di Ricerca Bioetica, del volume di Giovanni Chieffi, *Bioetica e complessità. Il punto di vista di un biologo*, a cura di P. Giustiniani e R. Prodomo, Milano, Mimesis, 2019, svoltasi a Napoli, il 30 marzo 2022, presso la Sala dell'Accademia Pontaniana.

** Professore Emerito di Filosofia morale – Università di Napoli Federico II.

¹ G. Chieffi, *Bioetica e complessità. Il punto di vista di un biologo*, Mimesis, Milano, 2019, p. 25. D'ora in poi il testo sarà citato con la sigla BC seguita dal numero della pagina o delle pagine.

l'autocitazione, io stesso, l'amico e collega Eugenio Mazzearella, ordinario di Filosofia teoretica, e un gruppo di riflessione riunito intorno all'allora preside della Facoltà di Giurisprudenza prof. Luigi Labruna, fra cui da segnalare il collega Carmine Donisi, ordinario di Diritto privato che fu anche l'estensore dello statuto del CIRB, il prof. Mario Coltorti insigne clinico e fine umanista e i colleghi proff. di Chirurgia e di Medicina legale, Enrico Di Salvo e Claudio Buccelli. Per il Rettore Mancino, in modo particolare Giovanni Chieffi professore di Biologia generale e Accademico dei Lincei.

Il CIRB nasceva dalla convergenza di una pluralità di sforzi, fatti da ricercatori di varia provenienza forniti di intelligenze, sensibilità ed esigenze diverse ma uniti dal desiderio di cercare una sintesi possibile tra i vari saperi da essi coltivati. Una cosa li univa in partenza: la convinzione che quel movimento di convergenza era reso possibile dalla certezza, da tutti condivisa, che nessuno, qualunque fosse il suo orientamento, laico o cattolico, pertinente alle scienze fisiche o biologiche o alle cosiddette scienze umane, possedesse la verità, che, dunque, il luogo della verità risiedesse in un centro che nessuno occupava già e verso il quale tutti avrebbero dovuto orientarsi attraverso una ricerca che per restare, come doveva restare, aperta, era necessario che non fosse mai raggiunto da nessuno in modo che il dialogo inaugurato attraverso la fondazione del CIRB non si interrompesse e tendesse a svolgersi indefinitamente. Pluralità, incontro tra sensibilità e razionalità diverse, bisogno di superare gli steccati tra bioetica cattolica e bioetica laica, necessità di far incontrare e dialogare fra loro scienziati, medici, teologi, filosofi, giuristi, sociologi ed economisti, desiderio di giungere ad una sintesi nuova in grado di soddisfare le molteplici esigenze che insorgevano continuamente in seguito alle performances ed acquisizioni compiute dai saperi biologici e medici: da tutto questo nacque il CIRB.

A dirigerlo fu chiamato, con consenso unanime, Giovanni Chieffi. E fu in seguito a questi avvenimenti che ebbi la ventura di frequentarlo e di conoscerlo più da vicino. E questa frequentazione e questa conoscenza si approfondirono ancora di più due anni dopo, quando un'attribuzione conferitagli dall'Accademia dei Lincei fece insorgere un problema di incompatibilità con la sua carica di direttore del CIRB. Fu in quella occasione che lui e gli altri colleghi mi fecero l'onore di pensare a me come nuovo direttore. Poiché mi tremavano le vene e i polsi esitai molto prima di accettare e fu proprio Giovanni che, insieme ad Eugenio Mazzearella, mi convinse, quando mi promise che mi sarebbe stato vicino e che mi avrebbe sostenuto per tutto il mandato. Iniziò allora un periodo di splendida attività nel

corso del quale il CIRB prese gradatamente forma e divenne Istituzione. Un'Istituzione che si sviluppò, potentemente, in seguito, sotto la direzione di Enrico Di Salvo, Lorenzo Chieffi, e Claudio Buccelli fino ad arrivare al nostro attuale direttore, il valoroso Patroni Griffi che dirige ormai un organismo costituito da tutte le Università campane e la cui attività di ricerca e di divulgazione diventa sempre più imponente.

In quegli anni i miei rapporti con Giovanni Chieffi subirono una evoluzione, passando dallo stadio di una collaborazione fondata su una reciproca stima, a quella di una amicizia, che, per quanto mi riguarda, ebbe anche alcune connotazioni tipiche della relazione maestro-discepolo, nel senso che mi potetti, a ragione, considerare e fui un po' discepolo di Giovanni che era dottissimo e aveva una profluvie di cose da insegnarmi. In quel periodo Giovanni fu per me un maestro in *biologics*, un maestro che mi consentì di profittare del suo immenso sapere e di partecipare, nei limiti del possibile, della sua saggezza.

Così, e a lungo, il nostro rapporto si svolse alternando e passando dai ritmi della maestria a quelli della filia. E non ci fu mai neppure l'ombra di un contrasto tra lui sincero cattolico e me impenitente laico. E questo fu dovuto esclusivamente alle caratteristiche della sua personalità, che sapeva bloccare, temperare e neutralizzare gli scoppi di insofferenza cui a volte mi spingeva la mia non sempre padroneggiata passionalità. A differenza di me che non sempre riesco a tenere a freno gli impulsi che provengono da quello che i greci chiamavano il nostro *Tumos*, Giovanni era fornito di una personalità erasmiana.

Come tutti sappiamo, Erasmo, che era un buon cattolico, rimase sempre geloso di seguire la voce della sua nitida e pura coscienza ed ebbe perciò il coraggio di affrontare le impetuose trasformazioni, che nel suo tempo introdussero l'umanità nella modernità, mediante il sorriso della ragione. Per questo apparve così diverso dal suo avversario, Martin Lutero, che, anche lui faceva riferimento, in ultima istanza, alla voce della sua coscienza ed era per questo, anche lui moderno, ma che lo era con l'intemperanza del settario che non arretra di fronte alla possibilità di perseguire i suoi disegni nemmeno di fronte alla necessità di ricorrere ad una intolleranza che include anche la violenza estrema contro l'avversario ideologico. Erasmo, invece, sapeva che una ragione, sorridente, perché capace di affidarsi intrinsecamente alla forza dell'ironia, sarebbe stata in grado di consentire al cristianesimo di affrontare la tempesta del moderno, senza cedere nulla della sua sostanza, senza venire, cioè, a patti sul contenuto irrinunciabile della sua fede, ma senza opporsi, anzi favorendoli, agli impressionanti mutamenti che si stavano realizzando nelle basi delle scienze,

specialmente storiche e filologiche, e che già annunciavano i grandiosi sviluppi che si sarebbero verificati di lì a un secolo da Galilei a Newton nelle scienze naturali. Erasmo scelse con nettezza: né nostalgia per un passato mitico, mai esistito; né fughe in avanti verso un improbabile futuro più o meno escatologico. Viveva a pié fermo nel presente, per risolvere i problemi che esso gli poneva di fronte.

Così era Erasmo, così era Giovanni Chieffi.

E lo dimostra la sostanza di questo libro che raccoglie tutti i suoi interventi sulla bioetica. Giovanni aveva colto con vivida sensibilità il senso della grande mutazione che i suoi tempi portavano con loro. Egli avvertì, come dichiara lui stesso, che il “momento storico in cui viviamo” è “di transizione epocale”. “A partire dagli anni Settanta”, “i rapporti tra scienza ed etica sono rapidamente e profondamente mutati, in particolare nel campo della biomedicina” (BC, p. 39).

Questo è avvenuto contemporaneamente ad un'altra trasformazione: quella tra ricerca pura e ricerca applicata. Negli ultimi decenni, la distanza tra le due si è assottigliata fino al punto da scomparire. Col progredire degli anni, la scienza si è risolta e si risolve sempre più in tecnologia (BC, p. 47).

Questo determina una trasformazione decisiva.

I rapporti scienza-etica subiscono un mutamento radicale. Negli ultimi decenni questi rapporti smettono di esser misurati sulla base di criteri tradizionali e sono sempre più presi in considerazione alla luce della duplice direzione da essi imboccata: la prima riguardante la ricerca pura; la seconda, la ricerca applicata.

Sull'uno e sull'altro fronte le “conquiste scientifiche” hanno “provocato l'etica” (BC, p. 48).

Come è universalmente noto, alla fine del XVIII secolo Emmanuel Kant introdusse la distinzione tra Ragion pura e Ragion pratica. La Ragion pura che è ragione teorica si sforza di conoscere quel che è, e a distinguere, su questo terreno, il vero dal falso. La Ragion pratica si sforza, invece, di suggerire quel che si deve fare, di distinguere il bene dal male. *La Critica della Ragion pura* è una vera e propria epistemologia della scienza moderna, della scienza costruita da Galilei a Newton. Attraverso di essa, Kant sostiene che la ragion teorica moderna è costituita da un insieme di forme o, meglio, funzioni, attraverso le quali essa esamina, analizza e interpreta l'insieme delle esperienze, o, meglio, degli esperimenti compiuti nei loro laboratori dai ricercatori moderni, per giungere a una conoscenza

concettualmente giustificata di tutto quel che è, e, in quanto è, è accessibile all'esperienza. Secondo ogni apparenza, l'etica non sembra essere implicata nel corso di questo sforzo. La conoscenza deve essere pura e questo significa che essa deve mantenersi al riparo da intrusioni concettuali provenienti da altri settori e da altre preoccupazioni rispetto a quelle della conoscenza.

In realtà non è così.

Nel grandioso processo di costruzione della scienza moderna, intesa come scienza pura, si delinea, si disegna e prende corpo un'etica specifica della conoscenza. Questa punta sui valori che agiscono, indirizzandolo e orientandolo, sotto lo sforzo di elaborazione della conoscenza. La scansione di questi valori è la seguente:

- *primo valore*) quel che è, è conoscibile. Lo scienziato moderno, del quale Kant parla quando descrive il funzionamento della ragione, da lui messa in campo, assume, come condizione a-priori di tutto quel che fa, che il reale è comprensibile ("il più incomprensibile è che il reale sia comprensibile" dirà Einstein, che, su questo punto, era perfettamente d'accordo con Kant). Assume, dunque, il principio che v'è una verità nelle cose e che si può ricercarla;

- *secondo valore*) lo sperimentatore deve accettare la realtà come qualche cosa che resiste di fronte al nostro sforzo di penetrazione;

- *terzo valore*) egli deve rassegnarsi di fronte all'incompletezza del sapere che può raggiungere rispetto al reale. La totalità, anche per quel che concerne la conoscenza della natura, non è alla sua portata, è inattuabile.

- *quarto valore*) deve rassegnarsi di fronte alla finitezza e alla relatività delle sue conoscenze. Nella misura in cui le sue interpretazioni del reale dipendono, infatti, dalla quantità e qualità delle esperienze compiute, esse saranno sempre destinate a modifiche parziali o totali. La sua conoscenza del reale resta valida, cioè, solo fino a quando nuovi esperimenti non impongano di cambiare l'intero quadro interpretativo che è alla base di essa.

Le conseguenze di queste implicazioni sono abbastanza nette. Il ricercatore moderno è, anch'egli, come quelli che l'hanno preceduto, votato alla conoscenza del reale. Ma, a differenza da loro, nell'assumere la convinzione di poter realizzare questo scopo egli accetta di proiettarne la compiuta realizzazione in un futuro indeterminato e indeterminabile. Egli è consapevole, infatti, che nessuna conoscenza da lui acquisita si

trasformerà in una verità definitiva, in un dogma, e che la sua ricerca, che proprio per questo è straordinariamente affascinante, resterà indefinitamente aperta. Egli sa, e questo non lo turba affatto, che la sua vita individuale non è proporzionata ad un compito che va al di là di essa e che semmai investe l'intera umanità anche se non è detto che quel compito sarà assolto nemmeno da tutta l'umanità, essendo del tutto probabile che ci sia una sproporzione di fondo tra la finitezza dell'umano e l'infinità contenuta nella verità, come conoscenza dell'essere nella sua totalità.

Come si è detto, la ragion pratica governa l'agire. Ora, essa riguarda, anche, e molto da vicino, l'agire scientifico, perché sempre più, dopo Kant, ragion pura e ragion pratica sono venute ad accostarsi tra loro fino a compenetrarsi l'una nell'altra. È stata prima la fisica, come ha detto Giovanni, a “perdere l'innocenza”. Con la nascita e lo sviluppo della fisica quantistica, il mito di una scienza pura ha cominciato a dissiparsi. Come hanno dimostrato i fisici quantistici e Heisenberg in particolare, non vi è sguardo neutrale. Il semplice guardare è già un incidere sul reale, come dimostrano il contatto e l'osservazione dell'infinitamente piccolo. Lo sviluppo della biologia moderna, con l'insorgere delle biotecnologie, enfatizza al massimo questa tendenza.

Chieffi, che nasce come uno scienziato puro e che condivide il modo di pensare kantiano riguardante l'etica della conoscenza pura, reagisce, in un primo momento con insofferenza di fronte a questo passaggio. Questo perché teme che si impongano alla ricerca scopi che le sono estranei. Teme soprattutto che la ricerca si sottometta alle esigenze dell'economia e diventi ostaggio dell'utilità. Teme, cioè, che per questa via si giunga a mettere in discussione la libertà della ricerca e del ricercatore. Scrive: la “ricerca di base”, “negli ultimi anni è stata finalizzata a favore della ricerca finalizzata”. Si è così contestato il diritto del ricercatore a ricercare indipendentemente dall'utilità della sua ricerca. “Niente di più sbagliato. Con *aims of the researche*, secondo gli intendimenti originali degli anglosassoni, si vuole conoscere la logica del programma di ricerca finalizzata sì ma finalizzata alla conoscenza dei fenomeni naturali e alla loro causalità, indipendentemente da eventuali ricadute applicative. Tutto ciò avveniva nei primi anni Settanta del secolo scorso, provocando imbarazzo in me, come in molti altri che avevano dedicato il proprio lavoro ai meccanismi dei fenomeni vitali indipendentemente dalle possibili applicazioni pratiche che ne potevano scaturire” (BC, p. 61).

Come si vede, echeggiano qui, fortemente, la rivendicazione del valore altamente morale della ricerca pura, che deve essere consacrata esclusivamente alla scoperta del vero, e la difesa della libertà del ricercatore. Questo non vuol dire che Chieffi disconoscere l'importanza di quel passaggio che proprio lui aveva con tanta consapevolezza segnalato. Al contrario. Ne prende atto e si sforza di dedurne le conseguenze. Se conoscere è di per sé modificare il reale, la necessità dell'etica per la scienza diventa imprescindibile. Dovere dello scienziato diventa, a sua volta, l'urgenza di coniugare tra loro teoria e prassi. In un simile contesto “la libertà dello scienziato di coltivare la scienza come meglio crede”, deve essere armonizzata “con il principio del rispetto della personalità umana e dell'ambiente” (BC, p. 62).

Così, se “è impossibile disconoscere l'autonomia della ricerca scientifica di base che resta indipendente in quanto al proprio fine (essa può solo portare a grandi scoperte, attraverso quella casualità la cui importanza viene sempre più riconosciuta nel campo della conoscenza sia scientifica che umanistica)”, non per questo “lo scienziato cessa di essere responsabile delle cattive applicazioni delle sue scoperte o invenzioni” (BC, pp. 62-63).

Di più.

Lo sviluppo della ricerca genetica, quale si è determinato dalla riscoperta (all'inizio del Novecento) delle leggi di Mendel, ha completamente trasformato i quadri o le strutture dell'esistenza umana. “Di quest'ultimo cinquantennio (dice Chieffi in una *Memoria* dell'Accademia di Scienze fisiche e matematiche del 2003) sono stato fortunato testimone avendo iniziato gli studi nel lontano 1944, l'anno in cui Avery McLeod e McCarthy rivelarono che l'informazione del *principio trasformante* dello pneumococco è contenuta nel DNA. Tale scoperta, insieme alla decifrazione della struttura tridimensionale del DNA, avvenuta 10 anni più tardi per opera di Watson e Crick, rappresenta la pietra miliare sulla quale è fondato l'intero edificio della biologia contemporanea” (BC, p. 55). Gli sviluppi successivi e “l'annuncio”, “agli inizi degli anni Settanta”, “della possibilità di modificare il patrimonio genetico di un batterio, l'*Escherichia coli*, provocarono una “vera e proprio reazione etica nei riguardi delle biotecnologie” (BC, p. 55). La terapia genica, che deriva da queste premesse, ci dà, infatti, “la possibilità di inserire nel genoma di un organismo il gene giusto al posto giusto” (BC, p. 57). “Grazie ai progressi della biologia molecolare” diventa, dunque, “possibile modificare il patrimonio genetico” (BC, p. 73). Ci troviamo, dunque, di fronte alla possibilità di aprire la porta a una deriva esistenziale decisiva. E

questa quella che Chieffi chiama la “provocazione etica”, suscitata dagli sviluppi delle nuove scienze biologiche.

Un nuovo orizzonte si apre di fronte a noi e le scelte da compiere d’ora in poi sono veramente inedite. Difficile perciò affidarsi ai suggerimenti dell’etica tradizionale. Occorre cercare e trovare nuove risposte per elaborare un’etica della responsabilità all’altezza dei tempi. A tal proposito restano stimolanti ed utili i suggerimenti contenuti nel *Principio responsabilità* di Hans Jonas, ma bisogna riconoscere che essi si limitano a indicare un cammino che resta in gran parte da percorrere.

Certo, possiamo contare sul diritto naturale.

Cattolico sincero, Chieffi non omette mai di rendere omaggio a questo nobile insieme di principi che ha illuminato il cammino etico di una parte rilevante dell’umanità da più di venti secoli. Ma Chieffi è uno scienziato, un biologo che è tutto dentro il lavoro scientifico della biologia contemporanea. E un biologo, nel mondo contemporaneo, non può non essere che un darwiniano. Un darwiniano convinto che ogni cosa è coinvolta in un grandioso processo di formazioni e di trasformazioni per lo più determinato dal caso. Lo prova una serie di inequivocabili affermazioni. Alcuni risultati conseguiti in chimica molecolare, scrive, hanno dimostrato che ove si determinassero le condizioni “gli amminoacidi” potrebbero “legarsi a formare molecole complesse, come le proteine”, compiendo così “un passo notevole verso la comprensione di come si sia originata la vita, anche perché recenti esperimenti indicano che solo certe proteine sono capaci di riprodursi”: e, certo, a questo stadio deve essere stato il caso ad operare in maniera decisiva. “Quindi fu per puro caso che la molecola proteica destinata al successo si sia sviluppata su una faccia di cristallo che ‘preferiva’ gli amminoacidi sinistrorsi anziché quelli destrorsi” (BC, p. 82). E come ha inciso sull’evoluzione chimica, “necessario prerequisito dell’evoluzione biologica”, è, di certo, più sicuro che “il caso abbia influenzato in maniera decisiva l’evoluzione biologica” (BC, p. 83).

Come si vede, non avrebbe potuto essere più chiaro di così. Ma poiché la cosa è di grande delicatezza ed importanza egli non si è fermato a questo. E’ intervenuto a più riprese su questo punto che gli stava molto a cuore. “E’ chiaro che queste mie riflessioni risentono della teoria darwiniana, una delle migliori teorie della storia della scienza” (BC, p. 98). “La mia formazione professionale di medico-biologo, convinto profondamente della teoria darwiniana, mi porta a rispettare la Natura e le sue manifestazioni fenomenologiche,

rappresentando queste il risultato di ‘esperimenti’ durati milioni di anni” (BC, pp. 99-100). “Un contributo essenziale allo studio dell’evoluzione delle specie venne dato da Charles Darwin (1809-1882) con la pubblicazione de *L’origine delle specie*. Convinto, come altri naturalisti, della non immutabilità delle specie, Darwin interpreta l’evoluzione come il risultato di un processo naturale. Il meccanismo evolutivo proposto da Darwin, precede il verificarsi di due eventi: 1) l’insorgenza di una variazione casuale ereditabile e 2) l’intervento della selezione naturale che, favorendo la variazione ‘vantaggiosa’ permette all’individuo che la porta di sopravvivere e propagarsi” (BC, p.113). “La mutazione è un cambiamento del materiale genetico che insorge casualmente in qualsiasi cellula dell’organismo, in qualsiasi momento (*mutazione spontanea*) Cambiamenti avvengono anche a causa di elementi trasponibili, cioè segmenti di DNA in grado di spostarsi e di inserirsi in posizioni più o meno casuali del genoma” (BC, p. 115). “Con Darwin la teoria dell’evoluzione s’impose come la più grande e coerente teoria biologica mai enunciata. Grazie alle numerosissime osservazioni raccolte nel suo viaggio intorno al mondo a bordo del Beagle, Darwin, offrì, a differenza di Lamarck, ipotesi più fondate sul meccanismo dei processi evolutivi. Ciò avveniva nel 1859 con la pubblicazione di *On the origin of species by means of natural selection*. La teoria di Darwin si basa su due fatti inconfutabili: da un lato, la diversità degli individui di una stessa specie, dall’altro la lotta per l’esistenza che porta alla selezione dei più adatti. Con Darwin il problema del trasformismo entrò a far parte dell’orizzonte culturale dell’umanità” (BC, p. 223). “Come biologo, da convinto darwinista e, data l’età, da fortunato testimone della rivoluzione scientifica del secolo scorso (nel 1944 ero matricola di medicina), come la scoperta del DNA e la scoperta della doppia elica del decennio successivo, che suscitarono grande entusiasmo pari certamente a quello provocato nella comunità scientifica un secolo prima a seguito della conoscenza della struttura cellulare degli organismi, in questi pochi minuti a disposizione, vi parlerò brevemente dell’invecchiamento in chiave evolutivista, convinto come afferma Theodosius Dobzhansky: “*Nothing in biology makes sense except in the light of evolution*” (BC, p. 255).

Da convinto darwinista, Chieffi non può pensare che esista un ordinamento morale del mondo che prescinda dal determinarsi del processo evolutivo, dalla comparsa, casuale, in esso, a un certo punto, dell’uomo e dal dispiegarsi, nella storia da lui costruita, dell’azione, mediante la quale, per l’appunto, l’uomo tesse gli innumerevoli fili di cui è fatta la

complessa tela della storia. Questa storia, come quella naturale, è storia evolutiva di formazioni e trasformazioni biologiche, ma anche di formazioni e trasformazioni di sistemi sociali entro i quali prendono forma per esercitarvi la loro influenza, imponenti paradigmi etici. Il diritto naturale è uno di questi paradigmi, rivelatosi efficace ed attivo in molte e delicate fasi storiche dell'umanità occidentale. Per quanto se ne sa, è sconosciuto agli immensi mondi orientali che negli ultimi decenni hanno fatto irruzione nella storia del nostro mondo globalizzato. Può, dunque, ancora avere una funzione nella nuova fase storica aperta dall'epoca in cui si diffondono le tecniche del DNA ricombinante? Chieffi non lo esclude. Ritene però che quel paradigma debba aprirsi fino al punto da trasfigurarsi in modo tale da poter dar corso alla formazione di un'etica della responsabilità che consenta di agire in consonanza con l'evoluzione naturale.

Lo si è visto. Per lui l'evoluzione è un immenso e grandioso esperimento che si svolge nel laboratorio della natura e mediante il quale, nel corso di milioni di anni, la natura ha proceduto e procede a scegliere i modi e i contenuti per l'espansione della vita. Per questo non si può modificarla, ora che la cosa è diventata fattibile, a cuor leggero. Occorre procedere con tutte le cautele del caso. Se è possibile una terapia genica sulle cellule somatiche, si proceda con la cautela dovuta, ma si faccia attenzione a non incorrere in gravi peccati di *ubris* contro l'ordine naturale, costruito dall'evoluzione, per quel che riguarda le cellule germinali. “Infatti, un intervento sulla cellula uovo fecondata sia di tipo meccanico (cioè mediante microiniezione) sia di tipo fisico (cioè per elettroporazione) comporta una elevata incidenza di letalità e di malformazioni. ...L'impossibilità al momento di inserire il gene in modo mirato, o meglio ancora di sostituire il gene difettivo con il gene normale mediante ricombinazione omologa, può causare danni genetici strutturali come mutazioni in altri geni che possono essere attivati o inattivati dando luogo a processi neoplastici e a deficit funzionali. Tali mutazioni saranno trasmesse alla discendenza” (BC, pp. 183-184). E questo comprometterà le sorti della vita.

L'etica della responsabilità dovrà, dunque, prendere forma come etica di difesa della vita e dovrà affermare, in contrapposizione con il nichilismo moderno, generatore delle ideologie totalitarie del Novecento, il valore fondante della vita. Recuperando, così, un'istanza che è alla base dell'etica ebraica, dell'etica dei rabbini come Hillel e Shammai e Gamliel, (i quali vissero all'epoca di Gesù, e furono conosciuti sotto il nome di farisei) e che, attraverso il rilancio fattane dal discorso evangelico (e questo malgrado l'aperta ostilità espressa dagli

estensori dei Vangeli proprio contro i farisei) è passata nel grande organismo del giusnaturalismo cattolico costruito da Tommaso d'Aquino e che, come pensa Chieffi, può avere, perché no?, una funzione anche nel dispiegarsi dell'etica del futuro purché non lo si usi, come accade in certi faziosi manuali di bioetica, come un oggetto contundente da applicare, senza delicatezza, ma magari con caritatevole vigore correttivo, alle teste di presunti avversari, identificati, all'occorrenza, come irriducibili relativisti, per indurli a ritornare, con pentimento e sottomissione, sul retto sentiero, quello che porta ad una verità considerata eterna e imm modificabile a prescindere da quel che può pensarne un darviniano come Chieffi.

PNRR ED ENTI TERRITORIALI: IN PARTICOLARE, LE SFIDE ALLO SVILUPPO PER LE GRANDI CITTÀ METROPOLITANE*

di Giacomo Palombino**

Sommario. 1. Introduzione. – 2. Il ruolo di tutti i livelli di governo del territorio nella ripresa economica. – 3. Regioni ed enti territoriali nella fase ascendente della ripresa. – 4. Regioni ed enti territoriali nella fase discendente della ripresa e nella *governance* del PNRR. – 5. Le sfide allo sviluppo per le grandi Città metropolitane. – 5.1. Le funzioni delle Città metropolitane dinanzi agli obiettivi del PNRR: quale spazio per un trasferimento di funzioni ulteriori? – 5.2. Le grandi Città metropolitane come motore della ripresa. – 6. Alcune considerazioni conclusive.

1. Introduzione.

L'emergenza sanitaria dovuta alla diffusione dell'epidemia da Covid-19 ha portato gli studiosi del diritto pubblico e costituzionale a riflettere su molteplici questioni di carattere, per così dire, *cruciale*. Nessuno dei temi classici attinenti allo studio della Carta del '48, infatti, si è dimostrato estraneo alle criticità giuridiche determinate dall'avvento della pandemia, avendo la gestione dell'emergenza condotto al centro del dibattito costituzionalistico riflessioni attinenti, per esempio, alla forma di Stato, alla forma di Governo, alla tutela dei diritti¹, alle regole che governano il sistema delle fonti².

* Il presente contributo è il frutto di una ricerca condotta nell'ambito di un progetto dedicato a *PNRR ed enti territoriali* promossa dal Centro Studi sul Federalismo. Al link che segue, si rinvia al Report compilato dal medesimo autore all'interno dello stesso progetto di ricerca: <https://www.csfederalismo.it/it/pubblicazioni/research-paper/il-piano-nazionale-di-ripresa-e-resilienza-pnrr-e-gli-enti-territoriali>.

** Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale presso l'Università di Granada.

¹ Cfr. P. Bilancia, *Il grave impatto del Covid-19 sull'esercizio dei diritti sociali*, in, *Stato di diritto, emergenza, tecnologia*, a cura di G. De Minico e M. Villone, consultabile in *Consulta online*, luglio 2020.

² Per una trattazione generale del tema, cfr. S. Staiano (a cura di), *Nel ventesimo anno del terzo millennio al cospetto della pandemia da Covid-19*, Napoli, Editoriale scientifica, 2020; S. Staiano, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, pp. 531 ss.; A. Lucarelli, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2020; M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, pp. 109 ss. Si consenta un rinvio anche a G. Palombino, *Le stagioni del bilanciamento: (nuove) riflessioni sul tempo nel diritto costituzionale dinanzi all'emergenza sanitaria*, in, *Le risposte del diritto in situazioni di emergenza tra ordinamento italiano e dell'Unione europea*, a cura di C. Schepisi, Torino, Giappichelli, 2021, p. 102.

Nell'ambito di queste riflessioni, uno spazio significativo è stato occupato anche dalle problematiche derivanti dai rapporti tra Stato ed enti territoriali. In questo senso, il ragionamento, anche sulla scorta dell'acceso dibattito politico che l'ha preceduto, si è andato sviluppando sulla base delle criticità segnate, nel corso dei mesi passati, dalla diffusione del virus e, dunque, dal conseguente estendersi della situazione emergenziale³. In ogni caso, al di là delle considerazioni su aspetti contingenti, il dibattito sul ruolo degli enti territoriali nella gestione dell'emergenza ha evidenziato come gli stessi siano destinati a svolgere un ruolo centrale nell'attuazione delle politiche promosse a livello centrale e, nello specifico, nella gestione di situazioni straordinarie. A ben vedere, in realtà, questa considerazione non fa altro che confermare un'esigenza già espressa, come noto, dalla Carta costituzionale, laddove il decentramento amministrativo è chiamato a comporre il contenuto di uno dei suoi principi fondamentali (l'art. 5 Cost.)⁴. Sempre in questa direzione, tra l'altro, non può non ravvisarsi come la Repubblica faccia espresso affidamento alla leale collaborazione tra tutti i livelli territoriali che la compongono. Ciò a dimostrazione, in altri termini, di come il ruolo assunto dagli enti territoriali diversi dallo Stato nella gestione dell'emergenza discenda da un ruolo più ampio rispetto a quello normalmente svolto dagli stessi e a cui la Costituzione, appunto, già riconosce estrema rilevanza⁵.

È proprio sulla base di questa considerazione di carattere generale, in realtà, che ci si vuole domandare se gli enti territoriali siano chiamati a svolgere un ruolo altrettanto centrale

³ In una primissima fase, per esempio, il dibattito è confluito sulle questioni attinenti alla necessità, da un lato, di accentrare la gestione dell'emergenza in capo allo Stato e, dall'altro, di riservare comunque competenze specifiche nelle mani delle Regioni, esigenza, quest'ultima, talvolta espressa anche tramite ordinanze regionali in netto contrasto con le decisioni centrali, vicende che hanno sollecitato, come noto, l'intervento della Corte costituzionale. Anche Comuni e Città metropolitane sono stati oggetto della riflessione giuridica, sia in funzione dei poteri, riservati o comunque esercitati, dei Sindaci e delle amministrazioni locali, sia per l'attività di controllo, più o meno rigorosa, circa il rispetto delle misure adottate a livello centrale. F. TORRE, *Il (carattere bidirezionale del) principio di sussidiarietà alla prova dell'emergenza da coronavirus*, in *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, 1, 2020, *passim*; M. Mandato, *Il rapporto stato-regioni nella gestione del COVID-19*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 1, 2020, pp. 7-8; G. Di Cosimo e G. Menegus, *L'emergenza Coronavirus tra Stato e Regioni: alla ricerca della leale collaborazione*, in *Biola Journal, special issue*, 2020, p. 184; E. Longo, *Episodi e momenti del conflitto Stato-Regioni nella gestione della pandemia da Covid-19*, in *Osservatorio sulle fonti*, fascicolo speciale/2020, pp. 378-407.

⁴ Cfr. S. Staiano, *Costituzione italiana: Art. 5*, Roma, Carocci, 2017; A. Lucarelli e S. Staiano (a cura di), *Le forme di governo tra Italia e Spagna*, in *Dir. pubbl. eur. Rass. online*, 1, 2020; A. Lucarelli e A. Patroni Griffi (a cura di), *Regionalismo differenziato o trasformazione della forma di Stato?*, in *Dir. pubbl. eur. Rass. online*, 1, 2019; M. Galdi (a cura di), *Saggi di diritto pubblico*, ETPbooks, Atene, 2020.

⁵ In generale, cfr. A. D'Atena, *Diritto regionale*, Torino, Giappichelli, 2019.

anche nella fase di ripresa post-crisi⁶. Il presente contributo, infatti, ha riguardo alle più recenti evoluzioni della fase emergenziale, ovvero alla programmazione delle politiche destinate a determinare l'uscita dalla crisi economica e sociale causata dalla pandemia. In tal senso, l'articolo si propone di riflettere sul se e come Regioni, Città metropolitane e Comuni siano chiamati a svolgere specifiche funzioni in questa fase o se, al contrario, sia la formulazione delle strategie di ripresa economica, che la concreta attuazione delle stesse, siano demandate esclusivamente all'azione dello Stato, sulla base di una sorta di chiamata in sussidiarietà funzionale alla situazione emergenziale.

A ben vedere, avendo riguardo all'approvazione del Recovery Plan da parte dell'Unione europea ed alla conseguente stesura, da parte dell'Italia, del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)⁷, non può non rilevarsi come gli enti territoriali siano sostanzialmente stati esclusi dai tavoli decisionali, e ciò nonostante le sollecitazioni delle Regioni (sia dinanzi all'UE che allo Stato, anche tramite l'intervento della Commissione Affari europei della Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome) a vedersi affidato un ruolo più significativo nella programmazione della ripresa⁸.

Al contrario, situazione differente sembra destinata a delinearsi in merito alla concreta attuazione delle misure previste dal PNRR. E ciò in quanto le missioni individuate all'interno del Piano presentano una natura trasversale a tutte le competenze territoriali, richiamando implicitamente l'intervento sia dello Stato che degli altri enti.

Si pensi, a titolo esemplificativo, alla transizione ecologica e a quella digitale. Per quanto riguarda l'adozione e la promozione di modelli economico-produttivi sostenibili dal punto di vista ambientale⁹, per esempio, è evidente che gli obiettivi prefissati a livello centrale impegnino sia le Regioni (si pensi allo smaltimento dei rifiuti) che le Città metropolitane e

⁶ Al momento in cui si scrive, è evidente come qualsiasi risposta possa assumere un ruolo solo interlocutorio. La crisi pandemica è ancora in corso, così come è ancora vivace il dibattito politico, che coinvolge tutti i livelli di governo del territorio, in merito alle strategie di ripresa e alla loro attuazione. Ciò non toglie, però, che l'attuazione del PNRR, seppur ancora in una fase iniziale, consente di realizzare alcune prime osservazioni, nel tentativo di seguirne le evoluzioni e provare, almeno, ad intercettarne gli orizzonti.

⁷ Il testo del PNRR può essere consultato al seguente link: <https://www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR.pdf>

⁸ Sul punto, v. M. Trapani, *La governance del PNRR e le Regioni*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2021, rubrica *Fonti delle Regioni ordinarie*, consultabile al seguente link: <https://www.osservatoriosullefonti.it/rubriche/fonti-regioni-ordinarie/4113-osf-2-2021-regioni-3>; C. Mainardis, *Il regionalismo italiano tra continuità sostanziale e le sfide del PNRR*, in *Le Regioni*, 2021, fasc. 1-2, pp. 139-153.

⁹ In generale, v. B. Caravita, L. Casseti e A. Morrone (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Bologna, Il Mulino, 2016.

i Comuni (per esempio, conversione dei trasporti urbani qualora obsoleti e inquinanti). In questa direzione, proprio a questi ultimi (e, nello specifico, ai Comuni di grandi dimensioni), inoltre, sembra spettare un ruolo decisivo anche in materia di urbanizzazione e rigenerazione urbana, tutti temi strettamente legati alle politiche europee previste nel *Green New Deal*¹⁰, così come ad altre e più specifiche azioni promosse dall'Unione (tra le altre, il *New European Bauhaus*)¹¹.

Avendo riguardo al carattere trasversale degli obiettivi di ripresa, stesso ragionamento sembra riproporsi anche rispetto alle missioni di digitalizzazione¹², talvolta funzionali all'adozione di strumenti ecosostenibili, soprattutto considerato che gli scopi cui le stesse concretamente mirano coinvolgono tutte le pubbliche amministrazioni e, dunque, tutti i livelli di governo del territorio¹³.

Allo stesso modo, anche i settori del turismo e della cultura, tra quelli maggiormente colpiti dalla crisi epidemiologica, sembrano richiedere una significativa collaborazione tra i livelli territoriali. Anzi, tra i documenti diffusi relativi al PNRR, si evidenzia la necessità di affidare ai Comuni il rilancio delle attività culturali tramite la destinazione di fondi a ciò espressamente dedicati¹⁴.

Partendo da queste osservazioni di carattere preliminare, il presente lavoro vuole, da un lato, dimostrare come l'inclusione di tutti gli enti territoriali nella programmazione e nell'attuazione delle politiche di ripresa sia, oltre che un'esigenza espressa sul piano costituzionale, anche la modalità capace di garantire in maniera più efficace l'attuazione delle politiche in oggetto, tenuto conto dell'esigenza di *distribuirne* gli effetti benefici equamente su tutto il territorio nazionale. Sul punto, non è un caso, per esempio, che in

¹⁰ Per maggiori informazioni in materia, si rinvio al sito ufficiale della Commissione europea: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_it. Su questi temi, v. anche A. Deffenu, *Le terre civiche in Sardegna. Problematiche giuridiche e valorizzazione*, Torino, Giappichelli, 2021.

¹¹ Per maggiori informazioni in materia, si rinvia al sito ufficiale dell'Unione europea: https://europa.eu/new-european-bauhaus/index_it.

¹² Cfr. A. Papa, *Intelligenza Artificiale e decisioni pubbliche tra tecnocrazia, politica e tutela dei diritti*, in *federalismi.it*, 22, 2022, 101-114.

¹³ Per una riflessione in questo senso, cfr. *Digitalizzazione e sostenibilità: quali vantaggi per l'ambiente dalle nuove tecnologie*, in www.italiaambiente.it.

¹⁴ Si fa qui riferimento a un settore, quello turistico, non specificamente inquadrato tra le competenze legislative dell'art. 117 Cost., e che hanno sollecitato varie riflessioni perché, pur rientrando tra le competenze residuali da assegnare alle regioni, la Corte costituzionale ha comunque ritagliato uno spazio di intervento dello Stato. Sul punto, si rinvia ad A. Papa, *Il turismo culturale in Italia: multilevel governance e promozione dell'identità culturale locale*, in *federalismi.it*, 4/2007.

sede di stesura del PNRR sia stata da più parti richiesta una necessaria attenzione alle condizioni del Mezzogiorno, in coerenza con il Piano Sud 2030¹⁵.

Dall'altro lato, avendo soprattutto riguardo al riparto delle competenze, l'intenzione è quella di indagare l'effettiva partecipazione degli enti territoriali alle politiche di ripresa e dunque la reale predisposizione, in capo alle amministrazioni locali, di strumenti volti a consentire la programmazione di politiche che possano avere un impatto significativo sui territori, soprattutto su quelli che, proprio in funzione della pandemia, hanno dimostrato di trovarsi in condizioni di minore sviluppo (si pensi, ancora una volta, ai temi della transizione digitale ed ecologica). In questa direzione, un'attenzione specifica verrà dedicata alle Città metropolitane e alle sfide che attendono le stesse nel panorama da tracciare grazie al PNRR.

2. Il ruolo di tutti i livelli di governo del territorio nella ripresa economica.

Quanto accaduto a partire dai primi mesi del 2020 ha evidenziato come un'emergenza della portata di quella generata dallo scoppio della pandemia non possa affidarsi al solo intervento statale, ma richieda una necessaria cooperazione tra tutti i livelli di governo del territorio¹⁶.

Tale osservazione discende da più fattori, anche di carattere, per così dire, generale. Partendo dal dato normativo, non può non ricordarsi, in questa sede, come la tutela della salute sia inclusa tra le materie di legislazione concorrente e dunque si apra ad una regolamentazione di dettaglio regionale¹⁷. In questa medesima prospettiva, bisogna anche evidenziare come il contrasto al Covid-19 abbia reso necessarie (necessità confermata dal dato per cui, seppur in misura diversa, la maggior parte dei paesi europei e non solo ha agito secondo modalità simili) misure che, se da un lato richiedevano la rispettiva adozione

¹⁵ Questo costituisce forse uno degli aspetti più critici del Piano, di cui, anche se in parte è ancora prematuro giungere a conclusioni, iniziano ad intravedersi le conseguenze di una strategia a tratti lacunosa. Ci si riferisce, nello specifico, alla difficoltà delle Regioni del Sud di accedere ai fondi, ovvero presentare progetti in linea con i criteri stabiliti dal Governo. Su questi temi, cfr. A. Patroni Griffi, *Federalismo, Mezzogiorno e sviluppo solidale*, in *Quale sviluppo solidale? Un contributo dalla facoltà di teologia*, a cura di G. Di Palma e P. Giustiniani, Napoli, Verbum Ferens, 2010, p. 131.

¹⁶ In generale, cfr. P. BILANCIA (a cura di), *Modelli innovativi di Governance territoriale: Profili teorici e applicativi*, Centro Studi per il Federalismo, Milano, Giuffrè, 2011.

¹⁷ A. Papa, *La tutela multilivello della salute nello spazio europeo: opportunità o illusione?*, in *federalismi.it*, 4, 2018.

a livello statale, dall'altro necessitavano di un'attuazione, almeno per alcuni profili, regionale se non addirittura locale¹⁸.

Solo per fare degli esempi, si ragiona sul rispetto delle misure di prevenzione e distanziamento sociale, dal divieto di assembramenti all'utilizzo della mascherina, fino ad arrivare, nelle fasi successive, al possesso del *Green pass* per accedere a determinati luoghi o eventi. Ebbene, risulta evidente come, anche corrispondendo a scelte adottate a livello centrale, tutte le misure menzionate sarebbero risultate vane senza la partecipazione di Regioni ed enti locali alla loro concreta attuazione. Infatti, da un lato, l'effettivo rispetto di queste regole ha richiesto un controllo sul territorio che poteva essere demandato solamente alle autorità locali; dall'altro lato, alla luce delle concrete esigenze o criticità che hanno caratterizzato specifiche aree del paese, è ricaduta comunque sugli enti locali una porzione importante di autonomia nell'adeguamento delle regole alla realtà sociale di riferimento.

Sul punto, si ricordi come le misure adottate a livello nazionale abbiano sempre riconosciuto a Presidenti di Regione e Sindaci la possibilità di adottare decisioni più severe in funzione di specifiche situazioni il cui controllo, naturalmente, non poteva che sfuggire all'attenzione del Governo centrale. Si pensi, ad esempio, alla possibilità dei Sindaci di impedire l'accesso a luoghi idonei a generare assembramenti o dei Presidenti di Regione di conservare l'uso obbligatorio della mascherina anche negli spazi aperti, nonostante a livello centrale si ammettesse di proseguire in questo senso solo in quelli al chiuso¹⁹.

Come evidenziato anche dalla Corte costituzionale, allora, la cabina di regia è rimasta unica, quella centrale²⁰, ma senza rinunciare a una leale collaborazione tra tutti i livelli di

¹⁸ A. Poggi, *Tornare alla normalità dei rapporti Stato-Regioni. Errori da evitare e lezioni da meditare*, in *federalismi.it*, 25, 2020. In generale, si rinvia anche a M. Galdi, *Buon andamento, imparzialità e discrezionalità amministrativa*, Napoli, Liguori Editore, 1996; L. Di Majo, *Il Comitato per la legislazione e la pandemia*, in *Le prassi delle istituzioni in pandemia*, a cura di L. Bartolucci e L. Di Majo, Napoli, Editoriale scientifica, 2022.

¹⁹ Questi profili rendono bene, a parere di chi scrive, l'idea di quanto le amministrazioni regionali e locali giochino un ruolo centrale nella gestione delle situazioni emergenziali, aspetto che non si discosta, tra l'altro, dalle intenzioni che muovono il disposto costituzionale. Se il decentramento si traduce nella necessità di garantire anche un governo del territorio più vicino alle esigenze dei cittadini, è forse proprio in un contesto emergenziale, e dunque di grande rischio per la vita e la salute dei cittadini, che le amministrazioni regionali e locali sono chiamate a svolgere la più ampia funzione di garanzia, anche nell'ottica di una più ampia realizzazione del principio di sussidiarietà e dunque di massima collaborazione con gli organi dello Stato.

²⁰ D'altronde, l'unico "indizio" che il Costituente ha lasciato all'interno della Carta circa la gestione dell'emergenza corrisponde proprio allo strumento che, per ragioni tecniche e soprattutto per la celerità della sua adozione e relativa produzione di effetti, è stato ritenuto idoneo ad affrontare eventuali situazioni emergenziali. Ebbene, è significativo sottolineare che l'adozione di tale strumento spettò al Governo centrale, a dimostrazione, cioè, di come la gestione di vicende che impattano in modo rilevante sulla vita (in termini generali) della società non possa non essere affidata al livello più alto di esercizio delle funzioni. In questa prospettiva, seppur non facendo esplicito riferimento alla gestione dell'emergenza, sembra essere comunque

governo, cui è stata concessa una certa autonomia tramite la possibilità di adottare, dove necessario, misure più restrittive²¹. Ciò, d'altronde, non ha costituito altro che l'espressione di un principio generale cui si accennava prima e che trova nell'art. 5 Cost. la sua massima espressione. Soprattutto dinanzi ad un'emergenza come quella dovuta alla pandemia da Covid-19, una risposta efficace non poteva che discendere da una stretta collaborazione tra tutti i livelli di governo del territorio, a maggior ragione in un paese storicamente caratterizzato da forti differenze interne.

Quanto appena osservato vale, in modo speculare, anche per la fase di ripresa, soprattutto economica, che ha avuto inizio nello stato più avanzato della pandemia. Anzi, è soprattutto nella fase di attuazione delle politiche di ripresa che emerge ancor di più la necessità di promuovere un modello di intervento economico decentrato, capace di favorire una solida armonia tra tutti i livelli di governo e tra le singole realtà territoriali che compongono la Repubblica.

Infatti, se è vero che quest'ultima si è storicamente caratterizzata per significative differenze, di varia natura, al suo interno, specialmente per quanto riguarda il nord e il sud del paese, è anche vero che una risposta economica, in senso lato, all'emergenza potrà risultare efficiente solo tramite una gestione differenziata e quindi declinata sulla base delle specifiche realtà, nonché esigenze, territoriali. Anche in questo senso, probabilmente, è da considerarsi auspicabile un'attuazione armonica delle politiche di ripresa, tale da appiattire queste differenze e rilanciare determinate aree di sviluppo, considerato che si sono dimostrate tradizionalmente deficitarie rispetto ad altri contesti del paese. Tra gli effetti della pandemia, infatti, vi è stato anche quello di accelerare alcuni processi già in corso (quello di digitalizzazione, in particolare) e, di conseguenza, rendere evidente lo stato di arretratezza in cui versano alcune Regioni italiane²².

rilevante come l'art. 117 Cost. includa tra le competenze esclusive dello Stato materie che lasciano intendere come spetti agli organi di governo centrali disporre delle misure e degli strumenti che hanno riguardo alla sicurezza dei cittadini. In particolare, si legga la lettera d), dove si fa riferimento a difesa, forze armate e sicurezza dello Stato; o ancora, si legga la lettera h), dove si richiamano i concetti di ordine pubblico e sicurezza. In generale, cfr. Sul punto, tra gli altri, cfr. S. CASSESE, *Autarchia*, Enc. del diritto, IV, Milano, 1959; M. Nigro, *Il Governo locale*, Roma, Bulzoni, 1980; G. De Minico, *Costituzione. Emergenza e terrorismo*, Napoli, Jovene, 2016; G. Silvestri, *Covid-19 e Costituzione*, in *Unità per la Costituzione*, 2020.

²¹ Ci si riferisce ancora alla sentenza n. 37 del 2021.

²² Sul punto, si tornerà in seguito e si avrà modo di evidenziare come non è certo che la ripresa, e le strategie adottate, siano adatte ad annullare i contrasti territoriali che caratterizzano la penisola. Lo storico divario nord-sud, infatti, potrebbe essere la principale causa del fallimento della ripresa del mezzogiorno, che già sta dimostrando di possedere meno strumenti per accedere efficacemente ai fondi del PNRR.

Riflettendo su temi di carattere più specifico, almeno in termini generali, risulta anche come settori strategici, profondamente colpiti dalla pandemia, rientrino nel campo delle materie affidate alla legislazione concorrente o talvolta residuale.

Oltre quello sanitario, che acquisisce per ovvi motivi una sua inevitabile centralità, si pensi all'istruzione, intorno alla quale sono sorte le più forti criticità dovute allo svolgimento della didattica a distanza (c.d. dad), con tutte le conseguenze relative alle aree meno sviluppate del paese e (talvolta conseguente) all'evasione scolastica; si pensi alla ricerca scientifica e tecnologica, soprattutto quando a sostegno, come sottolinea il testo della Costituzione, dell'innovazione per i settori produttivi; ancora, si ricordi la valorizzazione dei beni culturali e ambientali e la promozione e l'organizzazione di attività culturali, altro settore calato in una profonda crisi a causa della prolungata sospensione delle attività pertinenti alla macchina di arte e spettacolo; e, strettamente connesso a quest'ultimo aspetto, il turismo, forse il principale motore dell'economia italiana²³.

E allora, già solo richiamando questi specifici settori ed evidenziandone, allo stesso tempo, la centralità e la complessa crisi dovuta all'emergenza sanitaria, è inevitabile giungere alla conclusione che una vera ripartenza non possa non passare attraverso le scelte e le iniziative di tutti i livelli di governo del territorio. In maniera ancora più significativa rispetto alle misure di contrasto al contagio, è in fase di ripresa che le autonomie meritano di essere valorizzate, certo in una visione *paese* che consenta di promuovere in maniera omogenea una ripartenza di tutto il territorio nazionale ma anche dando ascolto alle più specifiche realtà che caratterizzano la Repubblica.

3. Regioni ed enti territoriali nella fase ascendente della ripresa.

È alla luce di quanto appena affermato che risulta interessante verificare se, al momento di formulare a livello europeo il NGEU e poi, a livello nazionale, il PNRR, vi sia stato un coinvolgimento attivo degli enti territoriali.

In linea del tutto generica, la Comunità europea, prima, e l'Unione europea, dopo, hanno sempre tenuto conto della realtà politica, culturale e dunque territoriale, in senso lato, dei

²³ Su questi temi, cfr. A. PAPA, *Il turismo culturale in Italia: multilevel governance e promozione dell'identità culturale locale*, in *federalismi.it*, 4, 2007.

paesi membri²⁴. Il processo di integrazione, d'altronde, non potrebbe non passare anche da lì, dinanzi ad un panorama così variegato e articolato²⁵. Risale al 1994 l'istituzione del Comitato europeo delle regioni (CdR), organo consultivo dell'Unione che rappresenta gli enti locali e regionali d'Europa²⁶. Funzione di questo organo è quella di permettere alle Città e alle Regioni di partecipare attivamente alle politiche europee, intervenendo nel processo legislativo dell'Unione e facendo così valere la posizione degli enti regionali e locali²⁷.

Più in particolare, la Commissione europea, il Consiglio dell'UE e il Parlamento europeo, al momento di adottare decisioni su tematiche che riguardano direttamente l'amministrazione locale e regionale (quali, tra gli altri, sanità, istruzione, trasporti o energia), devono consultare il CdR. Qualora ciò non avvenga, quest'ultimo può adire la Corte di giustizia. Il Comitato, una volta ricevute le proposte legislative da parte degli organi dell'UE, è invitato a formulare un parere (che comunque può decidere di formulare e trasmettere anche su propria iniziativa)²⁸.

Queste funzioni, tra l'altro, sono state potenziate nel corso degli anni, anche alla luce di una sempre maggiore consapevolezza dell'Unione dinanzi alle potenzialità di un dialogo ampio e costante con tutte le realtà territoriali europee. Si legga, per esempio, la Comunicazione della Commissione 2003/0811, in cui il legame con i Comuni e le regioni d'Europa viene intessuto sulla base di due principali binari, e cioè i principi di apertura (art. 1.1) e di partecipazione (art. 1.2).

Ebbene, ricorrendo agli strumenti che gli sono affidati, il CdR ha offerto proprie osservazioni in merito all'adozione delle politiche di ripresa dell'Unione. In particolare,

²⁴ Cfr. A. Patroni Griffi, *Il ruolo delle regioni nella vita democratica dell'Unione*, in *Rassegna parlamentare*, 4, 2004, pp. 945 ss.; ID., *La "questione" regionale ed il futuro dell'Europa*, in *Il processo di integrazione europea tra crisi di identità e prospettive di ripresa*, a cura di L. Chieffi, Torino, Giappichelli, 2009, p. 33.

²⁵ Cfr. P. Bilancia, *The Dynamics of the European Integration and the Impact on the National Constitutional Law*, Milano, Giuffrè, 2012; G. Cavaggion, *Riflessioni su principio di solidarietà e processo di integrazione europea nella prospettiva della crisi economico-sanitaria*, in *Il costituzionalismo multilivello nel terzo millennio. Scritti in onore di Paola Bilancia*, in *federalismi.it*, 4, 2022, pp. 226 ss.

²⁶ Al seguente link possono consultarsi le attività realizzate dal Comitato: <https://cor.europa.eu/it>.

²⁷ Su questi temi, cfr. M.C. Girardi, *Il ruolo del Parlamento europeo nel procedimento di approvazione del Next Generation EU*, in *Rivista AIC*, 2, 2021, pp. 337-357.

²⁸ Per una ricostruzione sul punto, e più in generale in materia di partecipazione delle Regioni al processo di integrazione europea, si rinvia a C. Perathoner, *Le "Regioni nel diritto dell'Unione europea: limiti, potenzialità e visioni*, in *federalismi.it*, 7, 2020. Seppur più risalente, si veda anche G. Allegri, *Il ruolo del Comitato delle Regioni d'Europa nelle istituzioni comunitarie in trasformazione*, in *federalismi.it*, 4 dicembre 2002. Cfr. anche D. Messina, *Il ruolo del Comitato delle Regioni nella multilevel governance europea*, in *Le Regioni nella multilevel governance europea. Sussidiarietà, partecipazione, prossimità*, a cura di A. Papa, Torino, Giappichelli, 2016.

dinanzi alle sfide che attendono il vecchio continente, il Comitato ha adottato e resa nota, il 4 dicembre del 2020, una dichiarazione politica in cui evidenzia come la ripresa economica potrà essere conseguita soltanto se gli enti locali e regionali svolgeranno un ruolo centrale nel progettarla e realizzarla. Inoltre, il Comitato ha ricordato come la coesione sia un valore fondamentale e debba diventare la bussola di tutte le politiche dell'UE. Anche per questo motivo, il CdR ha domandato un accesso diretto ai fondi di ripresa per poter realizzare progetti locali verdi e sostenere l'obiettivo europeo di dar vita ad un continente a zero emissioni di carbonio. Infine, si legge che «la Conferenza dovrebbe condurre a una revisione della *governance* dell'UE che consenta di progredire verso un'Europa *a tre dimensioni*, in cui tutti i livelli di *governance* – europeo, nazionale, regionale e locale – collaborino su un piano di parità».

Tuttavia, osservando le modalità tramite cui si è giunti alla formulazione del PNRR italiano, non può che rilevarsi come le Regioni e gli enti locali non abbiano giocato un ruolo rilevante. Per quanto l'instaurazione di un dialogo tra i livelli interni di governo del territorio sia in un certo senso inevitabile, alla luce della conformazione dell'ordinamento italiano e degli strumenti (in particolare la Conferenza delle Regioni) che lo consentono, è stato evidenziato come il Piano sia stato il frutto di una regia prevalentemente statale, traducendosi in “un impianto di tipo *top-down*, nel quale i soggetti titolari sono esclusivamente le amministrazioni ministeriali, mentre alle regioni, alle province e soprattutto ai comuni compete, per molti interventi, la delicata ed essenziale funzione di soggetti attuatori”²⁹.

In questa prospettiva, bisogna necessariamente sottolineare come, restando ferma la centralità delle Regioni e degli enti locali nella gestione dell'emergenza e della successiva ripresa, la regolamentazione delle misure volte in tal senso abbia trovato traduzione soprattutto a livello centrale. Ciò sembra confermare l'impostazione per cui, dinanzi ad un evento della portata di una pandemia come quella da Covid-19, la cabina di regia, come

²⁹ Cit. N. Lupo, *Il Piano nazionale*, cit., p. 11, dove si afferma ancora come «sia chiaro peraltro che la territorializzazione degli investimenti rappresenta una partita decisiva, in cui è costituzionalmente necessario un effettivo coinvolgimento delle autonomie interessate, in forme aggregate o individuali a seconda dei casi. Non va dimenticato che una delle finalità del Piano consiste appunto nella riduzione di quegli squilibri territoriali che invece sono andati accrescendosi negli ultimi decenni: per fronteggiare questi ultimi, com'è noto, si è stabilito che una quota di almeno il 40% delle risorse che possono essere ripartite sul territorio, anche attraverso bandi, sia destinata alle Regioni del Mezzogiorno».

evidenziato anche dalla giurisprudenza costituzionale, non possa che ricadere in capo allo Stato.

La medesima impostazione sembra aver trovato un chiaro riscontro anche con riguardo all'adozione delle misure dirette a contrastare gli effetti dell'emergenza e, nello specifico, alla formulazione del PNRR. In altri termini, l'interesse nazionale che si pone alla base del perseguimento delle strategie individuate dal Piano ne ha caratterizzato anche le modalità di adozione, nel senso che la strategia complessiva che risulta dal suo testo è frutto di una visione d'insieme che solo il governo centrale poteva imprimere all'interno di un *pacchetto* di investimenti di questa portata. Regioni ed enti territoriali, in altre parole, sembrerebbero essere rimaste estranee alla formulazione delle politiche di ripresa e, dunque, dai tavoli decisionali che ne hanno accompagnato l'adozione.

D'altronde, da un'analisi di carattere generale sui principali ambiti investiti dalla crisi economica, da un lato, e quelli concretamente richiamati nel PNRR, dall'altro, è stato già evidenziato come la ripresa economica del paese non possa che passare per tutti i livelli di governo del territorio. Pertanto, a fronte di queste osservazioni, è necessario evidenziare come il reale coinvolgimento degli enti territoriali nelle strategie di ripresa possa verificarsi sulla base di due distinti binari. Uno di carattere, per così dire, testuale, ovvero vedere in che modo tali soggetti possano effettivamente accedere ai fondi predisposti dal *Next Generation EU* e dal PNRR; l'altro di carattere, in un certo senso, pratico, da poter verificare solo nel corso del periodo coperto dal Piano (fino al 2026), e cioè osservare come gli enti territoriali agiranno concretamente sulla base delle azioni che sono state loro concesse.

4. Regioni ed enti territoriali nella fase discendente della ripresa e nella *governance* del PNRR.

Discorso distinto può condursi relativamente alla fase discendente della ripresa. Infatti, anche, e forse soprattutto, a fronte di una organizzazione centrale dei fondi disposti dal NGEU attraverso il PNRR, Regioni ed enti locali sembrano chiamati a svolgere un ruolo significativo. In tal senso, come si legge nella Relazione sullo stato di attuazione del Piano di Ripresa e Resilienza, del 23 dicembre 2021, «gli enti territoriali ricoprono un ruolo

centrale per il successo del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza in qualità di soggetti attuatori di gran parte dei progetti. Si stima che circa il 36 per cento delle risorse del PNRR saranno affidate a Regioni, Province, Comuni, Città metropolitane o altre amministrazioni locali (66 miliardi di euro nel caso del PNRR in senso stretto, che si estendono a 80 miliardi di euro se si considera anche il Piano nazionale per gli investimenti complementari). Il coinvolgimento degli enti territoriali attraversa le sei missioni del Piano, con una particolare concentrazione nell'area della Missione 5, Inclusione e coesione, destinata prevalentemente ai Comuni, e nell'area della Missione 6, Salute, destinata quasi esclusivamente alle Regioni»³⁰.

Non potrebbe, d'altronde, essere altrimenti. Le caratteristiche morfologiche della Penisola italiana e la grande varietà, anche di carattere culturale, che ne caratterizza la popolazione, infatti, non possono che evidenziare come si dimostrerebbe di scarso successo una politica di investimenti (dalla portata eccezionale, sicuramente unica nella storia italiana, ma non solo) che non tenga conto di tale realtà. E ciò anche in considerazione dei forti divari territoriali che, tradizionalmente, ne hanno segnato l'economia, dando vita a un paese diviso sotto vari punti di vista³¹.

Quest'ultima considerazione, tra l'altro, sembra semplificare le problematiche *territoriali* della penisola e ridurle, sostanzialmente, ad una "questione meridionale"³². In realtà, ferma restando la certezza che il Sud del paese necessiti di un rilancio effettivo (strategia difatti inclusa nel PNRR), deve evidenziarsi come i divari tra i territori italiani varino a seconda di varie componenti, anche a prescindere, talvolta, dalla effettiva latitudine a cui gli stessi si collocano.

Non vi è dubbio, per esempio, che il Meridione e le isole siano protagoniste dei traffici turistici, anche internazionali, settore che rappresenta notoriamente uno dei principali motori dell'economia nazionale. Allo stesso tempo, il modello di turismo affermatosi negli anni non si dimostra sostenibile, anche dal punto di vista ambientale, a fronte di un

³⁰ Su questi temi, v. A. Papa, *Regionalismo differenziato e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Regionalismo differenziato: un percorso difficile*, Atti di Convegno, Centro studi sul federalismo, 2019, pp. 63 ss.; A. Patroni Griffi, *Regionalismo differenziato e coesione territoriale*, in *Regionalismo differenziato: un percorso difficile*, Atti di Convegno, Centro studi sul federalismo, 2019, p. 17 ss.; A. Patroni Griffi (a cura di), *Il governo delle regioni tra politica e amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2007; A. Napolitano, *Il regionalismo differenziato alla luce delle recenti evoluzioni*, in *federalismi.it*, 21, 2018.

³¹ In generale, cfr. C. Capolupo e R. Manfredi, *Emergenza pandemica, disciplina dell'emergenza e sospensione delle garanzie costituzionali. Un primo bilancio*, Napoli, Editoriale scientifica, 2022.

³² Su questi temi, cfr. T.E. Frosini (a cura di), *Meridionalismo come costituzionalismo*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 1, 2022.

abbandono dei borghi storici e di una gentrificazione che investe i centri più noti. Stesso ragionamento vale per le regioni settentrionali (si pensi alle località sciistiche), dove però si assiste anche ad una maggiore proliferazione dell'industria e ad un più elevato grado di digitalizzazione, a fronte di aree del paese che vivono una sostanziale arretratezza in questi ambiti.

Ebbene, la centralità delle Regioni e degli enti locali nella ripresa economica del paese discende proprio dall'esigenza di valorizzare tutte le ricchezze del territorio italiano, che, sulla base delle differenze che lo caratterizzano, richiede anche interventi declinati in funzione delle specifiche esigenze espresse da ciascuna delle sue realtà, comprese quelle più piccole o meno conosciute. Nessuna delle missioni previste dal PNRR, infatti, potrà considerarsi raggiunta se non dimostrerà una sua trasversalità anche a livello territoriale³³. In base a quanto appena osservato, emerge in maniera chiara come Regioni ed enti locali siano chiamati a svolgere una funzione centrale relativamente all'attuazione del PNRR, soprattutto alla luce dei fondi che sono loro concessi, dato che va analizzato in maniera congiunta alle attività loro riconosciute di monitoraggio e, in termini generali, confronto istituzionale sul corretto funzionamento del Piano di ripresa e resilienza.

Ebbene, se per quanto concerne la formulazione del PNRR è stato evidenziato come l'individuazione delle strategie di ripresa (e dunque le relative missioni e obiettivi) si sia concentrata al livello nazionale e sovranazionale, differente panorama sembra delinearsi con riguardo alla fase di attuazione.

In primo luogo, deve ravvisarsi come elementi interessanti in questa prospettiva emergano dalla composizione della cabina di regia, istituita presso la Presidenza del Consiglio dei ministri e presieduta dal Presidente del Consiglio, la quale altro non è che l'organo politico posto al centro della *governance* del Piano, in quanto detiene poteri di indirizzo, impulso e coordinamento della sua attuazione³⁴. All'interno della cabina, accanto ai Ministri e ai

³³ Cfr. A. Galera Victoria, *Las desigualdades territoriales en España*, in *Meridionalismo come costituzionalismo*, op. cit., p. 93.

³⁴ «Le funzioni della Cabina di regia PNRR riflettono l'esigenza di garantire, al massimo livello di responsabilità politica, il controllo sull'attuazione del Piano, perché questa sia tempestiva e coerente con gli obiettivi e i traguardi individuati. La Cabina riceve informative regolari sull'attuazione degli interventi; esamina ostacoli e criticità; promuove il coordinamento tra i diversi livelli di governo; propone, ove ne ricorrano le condizioni, l'attivazione dei poteri sostitutivi; formula indirizzi specifici sull'attività di monitoraggio e controllo svolta dal Servizio centrale per il PNRR costituito presso il Ministero dell'economia e delle finanze; si avvale dell'Ufficio per il programma di governo della Presidenza del Consiglio per il monitoraggio degli interventi che richiedono adempimenti normativi; segnala eventuali interventi legislativi

Sottosegretari di Stato, convocati, naturalmente, in funzione delle specifiche materie di volta in volta affrontate, siedono anche i Presidenti delle Regioni e delle province autonome di Trento e Bolzano, della Conferenza delle Regioni e delle province autonome, il Presidente dell'Associazione nazionale dei Comuni italiani e quello dell'Unione delle province d'Italia, sempre sulla base delle materie di competenza.

Funzione di coordinamento tra i diversi livelli di governo del territorio è poi affidata al Tavolo permanente per il partenariato economico, sociale e territoriale, che ha «l'obiettivo di individuare procedure e sedi istituzionali volte a garantire un confronto strutturato e continuativo con gli enti territoriali e le parti sociali» e assicura «il loro coinvolgimento lungo l'intero percorso di sviluppo e realizzazione degli interventi». In altre parole, il Tavolo ha funzioni consultive finalizzate ad assicurare una più celere attuazione degli interventi. Si noti, tra l'altro, come un organismo di questo tipo rappresenti, almeno per ora, un unicum nel panorama europeo, non essendo previsto da nessuno degli altri Stati membri.

Oltre al Tavolo permanente, in sede di esame parlamentare del PNRR, è stata prevista un'ulteriore misura in materia di *governance*, e cioè la possibilità delle amministrazioni centrali di svolgere periodicamente tavoli di settore e territoriali sui progetti di investimento e sulle riforme territoriali. In questa direzione, un vero ruolo di raccordo è svolto dal Ministero per gli affari regionali e le autonomie, il quale è chiamato a coordinare i vari organismi della *governance* del Piano sulla base delle competenze costituzionalmente attribuite a Regioni, province autonome ed enti locali. Come si legge nella *Relazione sullo stato di attuazione del Piano di Ripresa e Resilienza*, «nell'esercizio di questa funzione, presso il Dipartimento per gli affari regionali e le autonomie sono stati costituiti tavoli tecnici di confronto permanente tra i Ministeri, le Regioni e le autonomie locali, finalizzati ad assicurare una condivisione dei contenuti degli interventi previsti nel PNRR e a definirne le modalità di attuazione con il coinvolgimento degli enti territoriali. Tale attività ha trovato recentemente una sistematizzazione, con l'istituzione presso il Dipartimento per gli affari regionali e le autonomie della Presidenza del Consiglio dei ministri del Nucleo per il coordinamento delle iniziative di ripresa e resilienza tra lo Stato, le Regioni e le Province

all'Unità per la razionalizzazione e il miglioramento della regolazione», cfr. *Relazione sullo stato di attuazione del Piano di Ripresa e Resilienza*, del 23 dicembre 2021, p. 9.

autonome di Trento e di Bolzano, con lo scopo di garantire il raccordo tra le Amministrazioni statali titolari di interventi del Piano e gli enti territoriali»³⁵.

5. Le sfide allo sviluppo per le grandi Città metropolitane.

All'interno del panorama tracciato, sembra interessante riflettere su come le Città metropolitane possano essere chiamate a svolgere uno specifico ruolo nella fase di ripresa, e ciò partendo proprio dal dato per cui le stesse detengono un loro peso specifico nel perseguimento di obiettivi di interesse nazionale³⁶.

In tal senso, infatti, si ricordi come sia grazie alla riforma del Titolo V della Costituzione, attuata con legge costituzionale del 18 ottobre 2001, n. 3, che le Città metropolitane compongono, insieme a Comuni, Province e Regioni, il territorio della Repubblica, come si evince dall'art. 114 Cost.³⁷. A ben vedere, in realtà, l'istituzione dell'ente è ancora più risalente, dovendosi attribuire la nascita delle Città metropolitane alla legge dell'8 giugno 1990, n. 142, la quale, agli artt. 17 e 18, stabiliva il rispettivo procedimento istitutivo e le regole organizzative, lasciando all'iniziativa di Regioni ed enti locali interessati il compito di delimitare i territori da includere nelle aree metropolitane.

Questa normativa, riprodotta senza reali modificazioni dal TUEL nel 2000, è però rimasta inattuata, anche per criticità non direttamente legate alla sua formulazione. Se da un lato, infatti, non può non ravvisarsi come il concetto di *area metropolitana* non fosse stato sufficientemente circoscritto, dall'altro bisogna segnalare come gli enti territoriali coinvolti non si siano dimostrati celeri nel recepire la nuova regolamentazione, senza considerare la difficoltà, da più parti segnalata, di coordinare aree territoriali eterogenee sotto molteplici punti di vista.

³⁵ Il Nucleo, come le altre strutture operative fino al 31 dicembre 2026, è chiamato a curare l'istruttoria dei tavoli tecnici di confronto settoriali con gli enti territoriali; a prestare supporto alle Regioni e alle province autonome nell'elaborazione di un "progetto bandiera" coerente con le linee di intervento previste dal PNRR, cioè di un'iniziativa che presenti particolare rilevanza strategica per le medesime regioni e province autonome; a prestare attività di assistenza agli enti territoriali con particolare riferimento ai piccoli comuni, ai comuni insulari e ai comuni delle zone montane.

³⁶ A. Patroni Griffi e M. Ricca (a cura di), *Gli enti locali nello scenario federalista*, Roma, Formez, 2006.

³⁷ In generale, cfr. A. Lucarelli, *La città metropolitana: un modello a piramide rovesciata*, in *federalismi.it*, 1, 2014.

La disciplina del TUEL è stata abrogata solo nel 2012, dal d.l. n. 95 (modificato in sede di conversione dalla l. 135 dello stesso anno), il quale, all'art. 18, ha previsto l'istituzione delle Città metropolitane e la soppressione delle province nei territori di pertinenza delle stesse (province che, tra l'altro, avevano già subito un riordino per mano del d.l. n. 201 del 2011).

Anche la disciplina contenuta in questi decreti, tuttavia, non ha mai trovato una reale attuazione. Con una sentenza del 2013, infatti, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità di tutte le norme approvate in materia di riordino delle province e istituzione delle Città metropolitane. Più nello specifico, i giudici della Consulta hanno ravvisato come si fosse verificata una sostanziale deformazione della funzione del decreto legge, come configurato dall'art. 77 Cost., il quale è un «atto destinato a fronteggiare casi straordinari di necessità e urgenza», e non è dunque «utilizzabile per realizzare una riforma organica e di sistema quale quella prevista dalle norme censurate»³⁸.

In questo panorama, la legge 7 aprile 2014, nota come riforma *Delrio*, segna un momento di svolta, avendo effettivamente dato inizio all'attuazione delle Città metropolitane e dunque sostanzialmente ridisegnato la *governance* territoriale della penisola³⁹. Elemento essenziale, in questo senso, è già la definizione contenuta nell'articolo 1, come 2, dove si legge che le Città metropolitane sono «enti territoriali di area vasta [...] con le seguenti finalità istituzionali generali: cura dello sviluppo strategico del territorio metropolitano; promozione e gestione integrata dei servizi, delle infrastrutture e delle reti di comunicazione di interesse della città metropolitana; cura delle relazioni istituzionali afferenti al proprio livello, ivi comprese quelle con le città e le aree metropolitane europee». In questa sede, a ben vedere, risulta come questa disposizione contenga importanti indicazioni utili ad inquadrare il ruolo delle Città metropolitane nelle dinamiche politiche del paese e, più nello specifico, nelle strategie di ripresa economica. La riforma *Delrio*, infatti, oltre ad avere ridisegnato il piano della rappresentanza territoriale e della forma di governo degli enti in questione, spinge il ruolo delle aree metropolitane molto al di là del

³⁸ Sentenza della Corte costituzionale n. 220 del 2013.

³⁹ Cfr. F. Pizzetti, *La riforma degli enti territoriali, Città metropolitane, nuove province e unioni di comuni*, Milano, Giuffrè, 2015. Fra i diversi commenti e raccolte di saggi dedicati a questa legge, si segnala L. Vandelli, *Città metropolitane, province, unioni e fusioni di comuni*, Rimini, Maggioli Editore, 2014; A. Sterpa (a cura di), *Il nuovo governo dell'area vasta. Commento alla legge 7 aprile 2014 n. 56*, Napoli, Jovene, 2014; F. Fabrizi. E G.M. Salerno (a cura di), *La riforma delle autonomie territoriali nella legge Delrio*, Napoli, Jovene, 2014.

solo interesse dei territori di competenza. Le finalità delle Città metropolitane, infatti, «in quanto incentrate tutte intorno allo sviluppo strategico del territorio, sono di interesse anche nazionale e il cui raggiungimento ha effetto anche sullo sviluppo di tutto il Paese»⁴⁰. E si badi bene, il ruolo delle Città metropolitane, che finisce per ricoprire “una posizione del tutto nuova nel panorama italiano”, finisce per svolgere funzioni essenziali, almeno nelle intenzioni della riforma, anche a livello sovranazionale⁴¹.

5.1. Le funzioni delle Città metropolitane dinanzi agli obiettivi del PNRR: quale spazio per un trasferimento di funzioni ulteriori?

La lettura della riforma Delrio offre degli spunti di riflessione particolarmente interessanti al momento di conservare, come sfondo principale del presente lavoro, il contenuto del PNRR. È infatti evidente come tutti i principali interventi previsti dal Piano siano speculari rispetto all’attribuzione di funzioni che leggiamo nella legge del 2014. In altre parole, il Piano sembra riflettere una composizione della *governance* territoriale del paese che tiene fortemente conto del ruolo che le Città metropolitane sono chiamate a svolgere. E, considerato che gli enti locali sono i soggetti su cui sostanzialmente grava l’attuazione del PNRR, questa dinamica non può certo ritenersi frutto della mera casualità, ma sembra rispondere, al contrario, a delle specifiche esigenze⁴².

Per riflettere in questa direzione, basti fare riferimento alle funzioni delle Città metropolitane già come individuate, in termini generici, nell’art. 1, co. 2, della Legge Delrio. E ciò vale a partire dalla «cura dello sviluppo strategico del territorio metropolitano». È evidente, infatti, come in quest’ambito possano rientrare (almeno potenzialmente, ma i bandi già pubblicati sembrerebbero confermarlo) praticamente tutti gli obiettivi della ripresa. Senza alcun dubbio, per esempio, quelli legati alla rigenerazione urbana, che già di per sé, tra l’altro, ha una chiara natura trasversale. Ma neanche

⁴⁰ Cit. F. Pizzetti, *La legge Delrio: una grande riforma in un cantiere aperto. Il diverso ruolo e l’opposto destino delle Città metropolitane e delle province*, in *Rivista AIC*, 2, 2015, p. 6; F. Pizzetti, *Città metropolitane e nuove province. La riforma e la sua attuazione*, in *Astrid Rassegna*, 206, 2014.

⁴¹ Cfr. A. Patroni Griffi, *Le città metropolitane nel guado costituzionale*, in *federalismi.it*, n. 14, 2016.

⁴² In generale, cfr. A. Papa (a cura di), *Le Regioni nella multilevel governance europea. Sussidiarietà, partecipazione, prossimità*, Torino, Giappichelli, 2016.

potrebbero escludersi dalle strategie di sviluppo cittadino gli interventi in materia di transizione verde e, soprattutto, digitale.

La costruzione delle c.d. *smart city*, infatti, è forse uno dei progetti più avanguardistici del XXI secolo, ma al tempo stesso anche maggiormente connesso all'esercizio e alla tutela dei diritti nella società digitale. Se è vero, in tal senso, che la genesi di una vera cittadinanza digitale sia un tramite necessario per consentire il pieno sviluppo dell'individuo nella società contemporanea, il processo di digitalizzazione delle città, che sono l'habitat quotidiano dell'individuo⁴³, non può che costituire un elemento fondamentale della transizione digitale promossa dal NGEU e dal PNRR.

Anche in questa prospettiva, si ragiona sulla «promozione e gestione integrata dei servizi, delle infrastrutture e delle reti di comunicazione di interesse della città metropolitana». Nella descrizione di queste funzioni, infatti, si ripropongono con forza sia i temi della transizione verde che quelli della transizione digitale. Rispetto ai primi, soprattutto con riguardo ai trasporti, si pensi all'implementazione di mezzi pubblici sostenibili, così come allo sviluppo delle piste ciclabili cittadine (non solo quelle a fini turistici, ma soprattutto destinate ai residenti) e anche alla promozione di servizi di *sharing*. Rispetto ai secondi, che evidentemente si intersecano in più punti con gli obiettivi della transizione verde (si pensi proprio alla fruibilità delle applicazioni di *sharing* appena menzionate), torna il tema dell'accesso ai servizi, sempre più destinato a essere tarato su un cittadino digitale, che domanda, cioè, nuove modalità di dialogo con la pubblica amministrazione⁴⁴.

Infine, sempre nella Legge Delrio si coglie il riferimento alla «cura delle relazioni istituzionali afferenti al proprio livello, ivi comprese quelle con le città e le aree metropolitane europee», funzione che, in un certo senso, ricalca la competenza legislativa concorrente affidata alle Regioni in punto di rapporti con l'Unione europea. Una funzione di questo tipo non potrebbe non catturare l'attenzione nell'ambito di una ricerca di questo tipo, che ha riguardo, sostanzialmente, a quella che potrebbe dimostrarsi una nuova fase del processo di integrazione⁴⁵.

⁴³ Su questi temi, in generale, cfr. S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Bari-Roma, Laterza, 2012; ID., *Tecnologie e diritti*, Bologna, Il Mulino, 2021.

⁴⁴ Cfr. A. Papa, *Intelligenza artificiale e decisioni pubbliche tra tecnica, politica e tutela dei diritti*, in *federalismi.it*, 22, 2022, pp. 101-114.

⁴⁵ Su questi temi, cfr. G. Cavaggion, *Crisi sanitaria "Covid-19", solidarietà fiscale e integrazione europea*, in *Centro Studi sul Federalismo Research Papers*, 2020.

Fermo restando che molte di queste osservazioni sono inevitabilmente aperte all'esigenza di attendere la effettiva attuazione del Piano, e quindi dovendo attendere gli sviluppi futuri delle politiche di ripresa, non ci si può che domandare se altre funzioni siano destinate ad essere trasferite alle Città metropolitane da parte delle Regioni. Questa, infatti, è una finestra lasciata aperta dalla Legge Delrio, ma che in realtà non ha trovato attuazione sino ad ora. Il trasferimento di funzioni, tuttavia, non ha visto una reale concretizzazione per una mancanza di fondi da investire in tal senso, dovendo ricordare, infatti, come la legge in oggetto giungeva alla sua entrata in vigore in una fase storica ancora fortemente legata alla crisi finanziaria, che solo due anni prima aveva condotto alla revisione degli artt. 81 e 97 Cost., dove anche le Regioni e gli enti locali venivano limitati nelle loro decisioni di spesa dai nuovi principi dell'equilibrio di bilancio e della sostenibilità del debito⁴⁶. Ci si chiede, allora, se i fondi del PNRR possano divenire il tramite grazie al quale procedere a un trasferimento di funzioni dalle Regioni alle Città metropolitane e, in questa direzione, ridisegnare ancora la *governance* del territorio italiano.

5.2. Le grandi Città metropolitane come motore della ripresa.

Anche alla luce di quanto appena affermato, il PNRR non poteva non riservare uno specifico spazio di intervento alle Città metropolitane. Ciò, in realtà, dipende da più fattori e quindi da molteplici ragioni che pongono tali centri urbanizzati in una posizione particolare relativamente ai piani di sviluppo, e che si riassumono sia in elementi di criticità, sia in elementi di grande potenzialità. In tal senso, bisogna segnalare che il 17 gennaio 2022 «è stato avviato un confronto con i rappresentanti del MIMS, dell'Anci e con i sindaci delle 14 Città metropolitane per identificare le priorità a livello locale in tema di infrastrutture, mobilità e rigenerazione urbana e per far sì che le risorse del PNRR, del Fondo Complementare e dei fondi ordinari di bilancio si traducano in investimenti in linea con le sfide delle grandi aree urbane nel processo di transizione digitale ed ecologica»⁴⁷.

⁴⁶ Cfr. A. Saitta, *Fiscal Compact tra Costituzione, trattati e politica*, in *Rivista AIC*, 4, 2017, pp. 1-10; P. Bilancia, *Modello economico e quadro costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1996; F. Scuto, *La dimensione sociale della Costituzione economica nel nuovo contesto europeo: intervento pubblico nell'economia, tutela del risparmio, reddito minimo*, Torino, Giappichelli, 2022.

⁴⁷ Per maggiori informazioni, si rinvia al seguente link: <https://www.osservatoriorecovery.it/partito-il-confronto-tra-mims-anci-e-le-citta-metropolitane-sulle-politiche-urbane-del-pnrr/>.

Per quanto riguarda le criticità, le Città metropolitane si caratterizzano, spesso, per la difficoltà di favorire amministrazioni efficienti, ovvero in grado di agire equamente su tutto il territorio di riferimento. Tali enti, infatti, anche in virtù della loro grande estensione, sono chiamati a tener conto di un sostrato sociale complesso, caratterizzato da istanze e condizioni di vita particolarmente eterogenee. È noto, d'altronde, come questa difficoltà si traduca, spesso, nella marginalizzazione delle periferie, dove si registra sia una qualità più scarsa dei servizi offerti, e dunque della vita in generale, e, anche come conseguenza di ciò, un proliferare di attività illecite.

A fronte di questi elementi critici, però, è anche vero che le Città metropolitane rappresentano un campo nevralgico dove si giocano tutte le principali sfide individuate dal PNRR. In generale, migliorare le condizioni di vita di questi centri, soprattutto tramite i processi di transizione verde e digitale, è un'azione che non solo trae beneficio alle singole comunità, ma anche al più generale sviluppo del paese⁴⁸. In tal senso, si rifletta sulla possibilità delle grandi Città metropolitane di attrarre ingenti capitali e la correlata chance di offrire occupazione.

Inoltre, sempre in questa prospettiva, si consideri che il vantaggio sociale ed economico che deriva dalla crescita delle aree metropolitane interessa territori, e dunque comunità, particolarmente vasti. Anche per queste ragioni, la condizione delle grandi Città metropolitane è stata assunta quale prisma attraverso il quale ragionare sulla più generale situazione del paese (sulla distinzione, in particolare, tra nord e sud) o comunque registrare il sentimento, anche politico, dei cittadini tramite le loro scelte a livello amministrativo.

Ragionando in questi termini, un ambito di grande rilievo è quello della rigenerazione urbana, obiettivo evidentemente trasversale a tutto il PNRR. Si nota già dall'indice, infatti, come il riferimento a questo obiettivo coinvolga tutte le missioni del Piano, inclusa la transizione verde. Le Città metropolitane, nello specifico, sono state spesso oggetto di rapidi processi di urbanizzazione che hanno marginalizzato o determinato la scomparsa di

⁴⁸ Le finalità delle Città metropolitane, infatti, «sono di interesse anche nazionale e il cui raggiungimento ha effetto anche sullo sviluppo di tutto il Paese. Le Città metropolitane non sono dunque enti orientati a assicurare i servizi e a soddisfare i bisogni essenziali dei cittadini: compito questo che resta incentrato soprattutto sui comuni. Le Città metropolitane sono invece enti finalizzate invece a promuovere lo sviluppo del loro territorio e tutte le condizioni, anche infrastrutturali, necessarie a questo scopo. Dunque, le Città metropolitane hanno il potere e il dovere di assicurare anche la gestione integrata dei servizi, delle infrastrutture e delle reti di comunicazione, ma solo in quanto queste siano di interesse della città metropolitana e essenziali dunque allo sviluppo del territorio. In questo quadro la città metropolitana si vede riconosciuta una posizione del tutto nuova nel panorama italiano», cfr. F. Pizzetti, op. cit., p. 6.

aree verdi nei centri abitati, o, allo stesso tempo, dato luogo a uno sfruttamento del suolo urbano irrazionale e poco attento alla qualità della vita. In tal senso, leggendo la riforma Delrio, è evidente come siano molteplici gli interventi che spettano alle Città metropolitane in virtù della funzione loro assegnata di sviluppo strategico del territorio urbano.

In realtà, il Piano illustra come l'attuazione di programmi di rigenerazione nelle Città metropolitane miri al soddisfacimento di più interessi. Ciò vale a partire, naturalmente, dalla generale qualità della vita. In particolare, rendere i grandi centri abitati più sostenibili ha chiaramente un impatto positivo non solo su chi li vive oggi ma anche nella prospettiva di garantire alle future generazioni la possibilità di vivere in un ambiente sano⁴⁹.

Non meno importante è l'aspetto occupazionale, laddove il finanziamento di tutti i progetti rientranti nella missione in oggetto ha come effetto quello di rilanciare l'economia e in particolare l'edilizia. Si pensi, nello specifico, ai bonus riconosciuti ai fabbricati, che mira, a ben vedere, al raggiungimento di molteplici obiettivi. Quello più evidente è il miglioramento del decoro urbano, considerato che gran parte del finanziamento ha riguardo proprio alle facciate degli edifici e dunque alle porzioni degli stessi visibili dall'esterno. Altro obiettivo corrisponde con la riqualificazione energetica, volto sia a migliorare l'efficienza energetica degli edifici, che a implementare modelli di sviluppo urbano sostenibili.

In questa prospettiva opera il PINQuA (*Programma Innovativo Nazionale per la Qualità dell'Abitare*), la cui attuazione può considerarsi già in uno stato avanzato. In particolare, il 4 novembre 2021 è stato pubblicato il decreto ministeriale di approvazione degli elenchi dei beneficiari e delle proposte, incluse quelle delle Città metropolitane⁵⁰.

Nell'ambito delle missioni in materia di coesione sociale, infrastrutture e famiglia, il PNRR dedica uno spazio al tema che può riassumersi sotto la denominazione di emergenza

⁴⁹ Cfr. R. Bifulco e A. D'Aloia (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, Jovene, 2008; D. Porena, *Il principio di sostenibilità: contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Torino, Giappichelli, 2017; si consenta un rinvio anche a G. Palombino, *La tutela delle generazioni future nel dialogo tra legislatore e Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, 24, 2020, p. 249.

⁵⁰ «Gli interventi previsti dal decreto, che sono finalizzati a ridurre il disagio abitativo aumentando il patrimonio di edilizia residenziale pubblica, a rigenerare il tessuto socioeconomico dei centri urbani, a migliorare l'accessibilità, la funzionalità e la sicurezza di spazi e luoghi degradati, spesso localizzati nelle periferie, ammontano complessivamente a 2,82 miliardi di euro. Gli elenchi sono redatti tenendo conto della riserva del 40% delle risorse per le Regioni del Mezzogiorno e dell'obbligo di finanziamento di almeno una proposta per ciascuna Regione», cit. <https://www.osservatoriorecovery.it/il-decreto-mims-sul-programma-innovativo-nazionale-per-la-qualita-dellabitare-pinqu/>.

abitativa, ovvero la condizione di coloro, individui, gruppi di individui o famiglie, che non posseggono, e dunque non possono far affidamento su, una fissa dimora. Una condizione di questo tipo, naturalmente, influisce su tutta una serie di aspetti di cui la generale condizione di vita è solo una faccia, seppure, probabilmente, la più drammatica. Si rifletta, per esempio, sulle scarse possibilità di integrazione, la marginalizzazione culturale, soprattutto per le fasce di età più giovani, sulle prospettive di occupazione e sulla generale fragilità.

Sul punto, fermo restando che l'intervento si riferisce a tutti i centri urbani, già nel PNRR si individua una maggior attenzione, sul tema, alle Città metropolitane, probabilmente perché, statisticamente e comunque per ragioni di estensione territoriale, si dimostrano maggiormente esposte a rischi di questo tipo. In particolare, l'idea è quella di ridurre situazioni di emarginazione, degrado sociale e, così, migliorare il decoro urbano, obiettivi da perseguirsi tramite *Piani Urbani Integrati*, la cui realizzazione è dedicata «alle periferie delle Città metropolitane e prevede una pianificazione urbanistica partecipata, con l'obiettivo di trasformare territori vulnerabili in città smart e sostenibili, limitando il consumo di suolo edificabile. Nelle aree metropolitane si potranno realizzare sinergie di pianificazione tra il Comune *principale* ed i Comuni limitrofi più piccoli con l'obiettivo di ricucire tessuto urbano ed extra-urbano, colmando deficit infrastrutturali e di mobilità».

Le linee di intervento, in tal senso, sono di due tipi, entrambe strettamente connesse con gli investimenti in materia di rigenerazione urbana. L'intenzione, infatti, è quella di sfruttare strutture già esistenti, non diversamente utilizzate e destinarle allo scopo sociale qui indagato. In particolare, l'investimento riguarda: l'*Housing* temporaneo, ovvero la messa a disposizione, per 24 mesi, di appartamenti a favore di individui o famiglie, attivando, contestualmente, programmi di sviluppo della crescita personale⁵¹; stazioni di posta, e quindi alloggi notturni, a cui però possa collegarsi tutta una serie di altri servizi che vanno dalla ristorazione alla accessibilità dei centri per l'impiego.

⁵¹ In materia di *social housing*, si veda F. Gaspari, *Il social housing nel nuovo diritto delle città*, in *federalismi.it*, 21, 2018, il quale evidenzia la rilevanza giuridica del “diritto della città” affermando come «tale diritto è preordinato a tutelare beni di rilevanza costituzionale e l'edilizia residenziale pubblica e l'Housing sociale assumono carattere essenziale per l'integrazione e la coesione sociale. Assicurare la soddisfazione di tali esigenze è, in primo luogo, compito delle politiche urbane e un ruolo di assoluto rilievo viene svolto dalle comunità territoriali più vicine ai cittadini: i Comuni, o meglio le città, che stanno diventando sempre più “intelligenti” (smart city) ed hanno suscitato un crescente interesse scientifico fino a configurare un vero e proprio “diritto della città”, una nuova frontiera del diritto amministrativo».

Sempre avendo riguardo alle grandi Città metropolitane, un ambito di intervento di particolare interesse è rappresentato dalla conversione del trasporto urbano a vantaggio di modelli sostenibili. È evidente, in realtà, come la conversione del trasporto (in generale, non solo cittadino) non riguardi solo le aree metropolitane, ma è proprio con riferimento a queste ultime che l'azione sembra coniugare la soluzione a tutta una serie di criticità. Ferma restando, ovviamente, la comune direzione a favore della transizione verde, è infatti inevitabile che sia proprio nelle Città metropolitane che un trasporto più sostenibile sia destinato a generare i maggiori vantaggi, tenuto conto della mole di traffico urbano dovuta sia alle attività commerciali e lavorative, sia ai flussi turistici (talvolta anche solo *transitori*, in funzione delle mete aeroportuali).

In questa medesima prospettiva, emerge come gli obiettivi della transizione verde coincidano anche con la promozione di un servizio più efficiente nel momento in cui si registra un ricorso sempre più significativo allo strumento digitale. In tal senso, si rifletta sull'utilizzo sempre più frequente (già presente in alcuni capoluoghi ma in via di installazione e potenziamento in tutti i centri metropolitani) dei biglietti elettronici, ovvero la possibilità di accedere al trasporto pubblico direttamente tramite la propria carta di credito o acquistando il titolo di viaggio attraverso un'apposita applicazione. Una scelta di questo tipo, invero, non solo riduce il consumo di determinati beni, ma rende più rapido e talvolta più accessibile il servizio. Proprio in questa prospettiva, sono stati già registrati e pubblicati sul sito del MIMS i decreti ministeriali relativi alla mobilità sostenibile che, oltre a prevedere un importante ruolo degli enti locali come soggetti proponenti, destinano la maggior parte dei fondi proprio a grandi città e Città metropolitane⁵².

Infine, si ricordi che, sempre con riguardo alla mobilità urbana, la riflessione non possa che condursi tenendo conto dei mezzi alternativi che, anche sulla scorta del

⁵² Si rinvia al seguente link per conoscere il riparto delle risorse afferenti alla misura M2C2 – 4.4 del PNRR: <https://www.mit.gov.it/normativa/decreto-ministreiale-n-448-del-16112021>. Sempre in materia di riparto di risorse nello stesso ambito, qui per quanto riguarda autobus a combustibili puliti: https://www.anci.it/wp-content/uploads/M_INFR.GABINETTO.REG_DECRETI_R_0000530.23-12-2021.pdf; e qui per la creazione di ciclovie urbane: https://www.anci.it/wp-content/uploads/M_DIP.TPL_REGISTRO-UFFICIALEU.0000309.18-01-2022.pdf.

Piano, caratterizzano il traffico dei principali centri metropolitani italiani. Ci si riferisce ai servizi di sharing dedicati, soprattutto, a biciclette e monopattini elettrici che, oltre ad avere un notevole impatto nel settore turistico, hanno la funzione di snellire il traffico cittadino, nonché alleggerire il ricorso al trasporto pubblico tradizionale.

6. Alcune considerazioni conclusive.

Nella fase dedicata alla individuazione delle strategie e dei programmi da finanziare per favorire il rilancio dell'economia si rileva, come sottolineato, uno scarso coinvolgimento degli enti territoriali, sebbene, analizzando il PNRR, emerga come questa scarsa partecipazione non sia di certo dovuta ad una sottovalutazione dell'importanza degli stessi ai fini della piena attuazione del Piano. Anzi, in più momenti si fa riferimento alla necessità di agire d'accordo con le Regioni e previa intesa con le stesse, così come si trasferisce in capo ai Comuni e alle Città metropolitane una significativa responsabilità in vista del conseguimento degli obiettivi individuati⁵³.

Pertanto, ferma restando l'esigenza di rintracciare una cabina di regia statale⁵⁴, e dunque conferire all'anima del PNRR una visione d'insieme di cui può essere portatore solo il Governo centrale, è innegabile che Regioni ed enti territoriali siano chiamati a svolgere un ruolo centrale nel perseguimento degli obiettivi stabiliti.

E ciò vale, tra l'altro, nonostante questi ultimi trovino origine in sedi decisionali ad oggi sostanzialmente loro precluse e che coincidono con la dimensione sovranazionale. Se è vero, infatti, che il NGEU e i singoli piani nazionali di ripresa potrebbero dar luogo a una nuova stagione del processo di integrazione, tutte le realtà territoriali europee, e dunque tutti i livelli di governo del territorio, sono chiamati a prendervi parte. E ciò sembra potersi dimostrare sulla base del ruolo che questi ultimi sono chiamati a svolgere nella fase

⁵³ Tra l'altro, e forse paradossalmente, il ruolo più complesso spetta in un certo senso proprio a Regioni ed Enti locali che, alla luce di quanto formulato a livello centrali, sono chiamati a dare concreta attuazione alle strategie di ripresa. In questo senso, cfr. N. Lupo, op. cit. In generale, cfr. R. Manfrellotti, *L'amministrazione europea: l'evolversi di un modello*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2005, pp. 1179 – 1186.

⁵⁴ Cfr. N. Lupo, *I poteri dello Stato italiano alla luce del PNRR: prime indicazioni*, in *federalismi.it*, 7 settembre 2022.

discendente della ripresa: talvolta, ciò vale in maniera, per così dire, diretta, spettando proprio ai governi del territorio più vicini ai cittadini il compito di investire i fondi messi a disposizione; altre volte, invece, in maniera indiretta, ma comunque fondamentale, imponendo la propria presenza in sede di sorveglianza o comunque verifica del rispetto dei criteri stabiliti dal Piano.

Queste considerazioni sembrerebbero confermate dalla terza e ultima parte del PNRR, dedicata all'attuazione e al monitoraggio dello stesso. In più punti, infatti, si richiama espressamente la necessità di un coordinamento costante tra Amministrazione centrale e amministrazioni territoriali. E non potrebbe essere altrimenti, considerato che le sfide accolte dal NGEU e dal Piano nazionale rappresentano ambiti in cui è intrinsecamente richiesta la necessaria partecipazione di tutti i livelli di governo del territorio⁵⁵.

Ecco allora che, sulla base delle criticità innescate dalla pandemia da Covid-19, ci si domanda se il sistema delle Conferenze, come attualmente previsto all'interno dell'ordinamento italiano, sia uno strumento idoneo a fronte della necessità di dar vita ad una sempre più solida convergenza territoriale a livello decisionale, sia nel governo dei tempi ordinari che caratterizzano la vita dell'ordinamento, sia, e forse soprattutto, in quello dei tempi straordinari e dunque di eventuali situazioni emergenziali, di qualsiasi natura essi siano⁵⁶.

In questa prospettiva, il PNRR sembra gettare le basi per un potenziamento di tale sistema o, più in generale, per l'individuazione di nuovi strumenti utili ad un maggior raccordo di intesa e strategia politica tra tutti i livelli di governo del territorio⁵⁷. Ci si riferisce, ancora una volta, ai punti in cui si richiede l'intesa tra Stato, Regioni e Comuni, così come all'attività di monitoraggio sull'attuazione del Piano.

Quanto previsto, però, trova un limite nel fatto che questi strumenti vedano la propria vigenza e il loro utilizzo circoscritti al raggiungimento degli obiettivi individuati dal PNRR, i quali sono dunque destinati, alla scadenza dell'azionabilità delle missioni di

⁵⁵ Sul punto, si consulti AA.VV., *Il costituzionalismo multilivello nel terzo millennio. Scritti in onore di Paola Bilancia*, in *federalismi.it*, 4, 2022. Cfr. P. Bilancia, *La dimensione europea dei diritti sociali*, cit.; F. Scuto, *L'intervento pubblico nell'economia tra Costituzione economica e Next Generation EU*, in *Il costituzionalismo multilivello nel terzo millennio. Scritti in onore di Paola Bilancia*, in *federalismi.it*, 4, 2022, p. 916.

⁵⁶ In generale, cfr. P. Mazzina, *L'autonomia politica regionale. Modelli costituzionali e sistema politico*, Napoli, 2020.

⁵⁷ Cfr. P. Bilancia, *Regioni, enti locali e riordino del sistema delle funzioni pubbliche territoriali*, in *Rivista AIC*, 4, 2014.

ripresa e al termine del ricorso ai fondi, a venire meno. L'auspicio, al contrario, è che l'esperienza del Piano determini il consolidamento di meccanismi e sedi di confronto in cui Stato, Regioni ed enti territoriali possano formulare strategie comuni. E ciò vale sia rispetto all'approvazione di piani di investimento di interesse nazionale che, in quanto tali, rivolgono lo sguardo allo sviluppo economico del Paese nel suo complesso, sia al monitoraggio, da effettuare a livello politico, prima ancora che giurisdizionale, sul corretto svolgimento di programmi dalla rilevanza economica, sociale e politica del PNRR, come sull'utilizzo dei fondi messi di volta in volta a disposizione⁵⁸.

Stesso discorso vuole condursi con riguardo ai rapporti tra Regioni ed enti territoriali, non solo di un singolo Stato membro, ma dell'Unione europea nel suo complesso. Negli ultimi anni, in più occasioni, si è assistito a dibattiti riguardanti specifici territori dell'Unione, e d'altronde anche in questo la pandemia ha generato un momento di riflessione, considerato che la gravità della situazione sanitaria è stata misurata anche sulla percentuale di contagi presa in considerazione all'interno di singole regioni europee. In questo senso, si pensi al fatto, per esempio, che nella gestione degli spostamenti tra Paesi membri è stata preparata, a livello europeo, una mappatura delle zone a rischio, spesso corrispondenti a singole porzioni di Stati membri, e non al territorio nazionale nel suo complesso.

Ragionando in questo senso, è allora evidente come sia sempre più necessario concedere alle Regioni e ai Centri urbani europei un maggiore spazio predisposto al dialogo e alla cooperazione, sia tra di loro che tra questi e le Istituzioni dell'Unione⁵⁹. Sul punto, infatti, emerge come gli strumenti ad oggi esistenti (si pensi al Comitato delle Regioni) non consentano ai livelli di governo del territorio più vicini alle esigenze dei cittadini di incidere in maniera significativa sull'attività decisionale sovranazionale. E questo, invero, sembra corrispondere a un *vulnus*, se si pensa che proprio Regioni, Comuni e Città metropolitane sono chiamate a disporre circa l'attuazione dei Piani nazionali di ripresa e dunque, (più o meno) indirettamente, del NGEU.

Un maggiore raccordo a livello nazionale ed europeo, in realtà, potrebbe avere come obiettivo anche quello di facilitare la condivisione di *best practice*, ribadendo come questo

⁵⁸ Cfr. L. Ferraro, *Il ruolo del sistema delle Autonomie territoriali e il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)*, in *Passaggi Costituzionali*, 2/2021, p. 113.

⁵⁹ Cfr. G. Marchetti, *Il PNRR e il principio del Do Not Significant Harm (DNHS) davanti alle sfide territoriali*, in *federalismi.it*, 6, 2022. In generale, cfr. anche A. Apostoli, *Diritti sociali senza diritti politici nel costituzionalismo multilevel*, in *federalismi.it*, 4, 2022, pp. 25-42.

sia suscettibile di sortire effetti favorevoli sia sulla dimensione nazionale, che su quella sovranazionale. D'altronde, se è vero che Regioni e Comuni partecipano agli obiettivi di interesse nazionale, nella prospettiva della *multilevel governance* ciò vale anche a vantaggio dell'interesse europeo, sempre tenendo conto che i fondi del PNRR provengono principalmente dall'Unione.

Un ragionamento di questo tipo sembra potersi condurre soprattutto avendo riguardo alle Città metropolitane. È stato evidenziato come queste ultime, infatti, svolgano una particolare funzione relativamente alla posizione che occupano nei piani di ripresa e sviluppo economico. Ciò sembra emergere dal testo del PNRR, laddove risulta chiaro che molte delle missioni e degli investimenti da questo previsti si rivolgano proprio al tessuto sociale e urbano delle grandi Città metropolitane.

Si pensi, come già ricordato, alla conversione del trasporto urbano e alla implementazione di modelli sostenibili dello stesso; o ancora, all'intervento a favore delle periferie e in particolare al degrado socio-culturale di quelle zone poste ai margini delle aree metropolitane e che spesso sono luogo di proliferazione di attività criminali e traffici illeciti; infine, ma non da ultimo, all'urbanizzazione e al recupero delle aree verdi di cui si è assistito alla scomparsa soprattutto nei centri di più grandi dimensioni, anche sulla scorta di un modello di sviluppo urbano talvolta irrazionale e poco rispettoso dell'ambiente.

Ecco allora, che le Città metropolitane rappresentano un campo importante dove, oltre a percorrere la strada della ripresa, favorire il raggiungimento di quegli obiettivi, transizione verde e digitale su tutti, che sono destinati a disegnare la società del futuro. Ciò dipende dal fatto che tali centri, anche sulla base delle notevoli estensioni dei territori di riferimento, riflettono la condizione più generale del paese, sia delle potenzialità che delle criticità che lo contraddistinguono. Un *network* di Città metropolitane, per esempio, che operi a livello nazionale ma anche di raccordo con gli altri grandi centri europei, non potrebbe che giovare sia agli Stati membri che all'Unione nel suo complesso. Un *network*, in altre parole, finalizzato a condividere le modalità tramite cui si sia giunti alla realizzazione di esperienze virtuose, ma soprattutto destinato a trovare soluzioni a quelle che sono ormai sfide comuni a tutte le aree metropolitane d'Europa.

Abstract: Il presente lavoro si propone di indagare il ruolo che Regioni ed enti territoriali sono chiamati a svolgere dinanzi alle sfide del *Next Generation EU* e del PNRR. Infatti,

nonostante questi soggetti sembrano essere stati esclusi dai tavoli decisionali che hanno portato alla formulazione delle politiche di ripresa, emerge come gli stessi siano chiamati a svolgere la decisiva funzione di attuatori degli obiettivi individuati, sia a livello europeo che nazionale. In questa prospettiva, un ruolo di grande interesse sembra spettare alle grandi Città metropolitane, in funzione del perseguimento di obiettivi di interesse nazionale che l'ordinamento affida loro.

Abstract: The scope of this paper is to explore the role that Regions and local authorities are called upon to play in the face of the challenges of the *Next Generation EU* and the PNRR. Indeed, even though these administrative bodies have apparently been excluded from any decision-making process leading to the formulation of recovery policies, they are vested with the fundamental task of implementing the established purposes, at both European and national level. In this perspective, a role of significant relevance seems to belong to the metropolitan cities, with the view of pursuing those objectives of national interest that the legal system entrusts to them.

Parole chiave: Next Generation EU – PNRR – Regioni – Città metropolitane – politiche di ripresa.

Keywords: Next Generation EU – PNRR – Regions – Metropolitan cities – recovery policies.

COSTITUZIONI, DIRITTI E GIUDICI NELLO SCENARIO DELL'INTEGRAZIONE EUROPEA (UNIVERSITÀ DI NAPOLI FEDERICO II – 12 OTTOBRE 2022)*.

di Filippo Patroni Griffi**

“Il principio di tolleranza è una modalità di espressione del principio di uguaglianza stabilito dal primo comma dell’art. 3 della Cost, [...]. Questo vuol dire che l’uguaglianza consiste nell’uguale valore associato a tutte le differenze d’identità, che fanno di ciascuno individuo una persona differente l’una dagli altri e, al tempo stesso, di ciascuna persona un individuo l’uno uguale agli altri. Vale a dire, uguaglianza e differenza sono, in questo senso, due facce della stessa medaglia”¹.

Sommario. 1. Costituzioni. – 2. Il punto di partenza: com’è nata la Costituzione: madri e padri costituenti. – 3. Questo è il contesto in cui va collocata la Costituzione italiana. – 4. Diritti e doveri. – 5. I Giudici.

1. Costituzioni.

“Ogni società ha una costituzione. È come dire che ogni vertebrato ha la colonna vertebrale”².

La Costituzione, quindi, rappresenta i tratti somatici di uno Stato, i valori e lo spirito di una comunità. Questo giustifica oggi una riflessione sulla Costituzione, che è anche un viaggio nella nostra comunità.

La comunità è retta da regole, che attengono alla “carne viva della società” (P. Grossi). E – come vedremo – le regole che governano la convivenza si fondano in primo luogo sulla “dignità riconosciuta”, assunta ad assioma (secondo il suo etimo greco: *axios*)³. Se le regole

* Testo della lezione svolta agli studenti del primo anno del corso di laurea in Giurisprudenza dell’Università di Napoli Federico II.

** Giudice della Corte costituzionale.

¹ L. Ferrajoli *Diritti fondamentali, tolleranza e democrazia nel dibattito politico*, *Ordines*, n. 2/2017, p. 174.

² P. Bobbit, accademico statunitense, autore, con G. Calabresi di *Tragic choices* (trad.it. *Scelte tragiche*, Milano 2006), sottolinea (in www.giustiziainsieme.it, che “poiché le società hanno un eccesso di valori, ad un tale livello che neppure i loro valori più profondi possono essere protetti simultaneamente, le scelte tragiche sono inevitabili”, per poter risolvere i dilemmi che si presentano

³ N. Galantino, *Esiste, ma la calpestiamo*, in *Il Sole24ore*. 9 luglio 2017, p. 28.

non ci sono, non vi è convivenza; se le regole che ci sono, se la dignità, vengono violate, la società ne esce dunque *scarnificata*.

È una idea antica, che ritroviamo perfino nel mondo greco. *Nomos* è la legge positiva che garantisce *dike*, la giustizia della polis⁴. Nel mondo di Esiodo, *Dike* è al centro di un sistema teologico e morale che fonda la vita associata, senza la quale l'uomo ricade nella barbarie. Nei poemi omerici – osserva un grande filologo tedesco, Werner Jaeger, in un saggio del 1947, *Elogio del diritto*⁵ – la giustizia è vista “come fondamento di ogni più alta forma di vita umana”, il diritto e la giustizia costituiscono “il centro della cultura umana e la chiave della posizione dell'uomo nel cosmo”.

Torniamo a noi. Conoscere la Costituzione aggiunge un tassello alla comprensione della propria persona. È conoscerci in quanto italiani ed europei ed è fare un viaggio attraverso noi stessi e il nostro Paese.

Come è stato detto, “l'ignoranza è l'appannaggio del popolo schiavo: la scienza del libero. Ma la scienza del popolo libero è quella dei suoi Diritti, della sua Costituzione, del suo Governo, delle Funzioni de' suoi Magistrati, delle sue relazioni cogli altri popoli” (G. Compagnoni, come riportato da L. Carlassare).

In altre parole, la scienza del popolo libero è la conoscenza della sua Costituzione, che non è conoscere solo il passato ma, soprattutto, il presente e prefigurare il futuro.

Per questa ragione, la conoscenza, che è sempre la chiave per la libertà, nel caso della Costituzione diventa uno strumento essenziale per noi cittadini per vivere consapevolmente il nostro tempo, attivare gli strumenti e i diritti che ci sono garantiti nel rispetto doveroso dei nostri doveri e nell'ambito del circuito democratico. Per essere cittadini e non sudditi. In una società sempre più complessa, cresce la necessità di definire i diritti e i doveri dei cittadini, le loro tutele, i rapporti fra gli organi dello Stato e le relazioni di questi con le istituzioni europee e internazionali.

Nonostante il passare del tempo, la Costituzione resta giovane. La scarsa influenza del tempo quando si parla di costituzioni deriva dal fatto che esse “sono fatte per durare, fissano

⁴ A. Tomaselli, *Il diritto della giustizia e la giustizia del diritto*, in <https://archiviomarini.sp.unipi.it/433/1/articolo%5B1%5D.pdf>

⁵ Il libro trae titolo da un saggio (*Praise of law*) di Werner Jaeger, grande filologo classico e grecista del secolo scorso, apparso nel 1947 tra gli *Studi in onore* del grande giurista statunitense Nathan Roscoe Pound. Tradotto in francese da Jacqueline Prieur nel 1949, come *Eloge de la loi*, fu pubblicato in italiano da Edoardo Ruffini sulla *Rivista Italiana per le scienze giuridiche* (1948), con il titolo *Elogio del diritto*.

le basi della convivenza, pongono principi di fondo e non regole minute modellate sul contingente” (L. Carlassare).

Uno dei padri della nostra Costituzione, Piero Calamandrei, osservò “è un errore” – disse con una riflessione da tenere bene a mente soprattutto quando si intraprende una fase di riforma costituzionale – “formulare gli articoli della Costituzione collo sguardo fisso agli eventi vicini, [...] alle amarezze, agli urti, alle preoccupazioni elettorali dell’immediato avvenire. [...] La Costituzione deve essere presbite, deve vedere lontano, non essere miope⁶”.

Leggendola, capiamo quanto lontano la Costituzione abbia guardato: fino a noi e oltre noi.

2. Il punto di partenza: com’è nata la Costituzione: madri e padri costituenti.

Se non ha età, la Costituzione – al pari delle Costituzioni degli altri Stati – ha però un tempo *storico*.

Negli ultimi duecento anni, ci sono stati due *momenti costituenti* cui corrispondono due visioni del costituzionalismo: le costituzioni ottocentesche e le costituzioni del secondo dopoguerra, cioè della seconda metà del 900.

Le costituzioni ottocentesche sono il frutto della emancipazione delle classi emergenti, segnatamente della classe borghese, dal potere assoluto regio. Quelle costituzioni (pensiamo alle costituzioni nate dai moti insurrezionali negli Stati preunitari fino allo Statuto albertino, che sopravvive all’Unità d’Italia) sono Carte *concesse graziosamente* dal sovrano al popolo perché vengano definiti i limiti al potere assoluto del sovrano in favore dei parlamenti nazionali (costituiti dal *popolo borghese*, siamo lontani dal suffragio universale) e normalmente seguono a eventi insurrezionali più o meno marcati; queste costituzioni accompagnano il processo di formazione degli Stati nazionali, nel senso che sono espressione dei valori di quella classe borghese che nell’Ottocento è protagonista delle *rivoluzioni nazionali*, un nazionalismo fondato sull’idea democratica che – si badi – affratellava i popoli delle diverse nazioni, tutti tesi a recuperare la propria identità nazionale

⁶ P. Calamandrei, Intervento all’Assemblea Costituente, 4 marzo 1947, seduta pomeridiana, disponibile su http://www.istitutodegasperi-emilia-romagna.it/pdf/seminari2014_calamandrei.pdf. Le carte dell’Assemblea Costituente, conservate presso l’Archivio storico della Camera dei Deputati, sono consultabili on-line, insieme ad un interessantissimo archivio fotografico, al seguente indirizzo: <https://archivio.camera.it/>

e, con essa, i diritti di libertà negati nello Stato assoluto.

Le costituzioni del Novecento sono frutto della sconfitta dei totalitarismi del secolo e della seconda guerra mondiale e sono costituzioni che, sul piano interno, sono dirette a evitare il rischio di nuove dittature, attraverso il richiamo ai valori e ai principi del liberalismo classico arricchito dalle idee democratiche di uguaglianza e partecipazione, e, sul piano esterno agli Stati, reagiscono alla follia collettiva e agli orrori di una guerra che, soprattutto in Europa, aveva dilaniato popoli e nazioni.

Le costituzioni oggi hanno prevalentemente due caratteri:

a) sono dettagliate (si dice anche *lunghe*) proprio per blindare, dettagliandoli, i diritti fondamentali e disciplinare il sistema di pesi e contrappesi su cui si fonda lo Stato costituzionale contemporaneo;

b) Sono inoltre *rigide* (a differenza, per esempio, dello Statuto albertino che era *flessibile*) nel senso che le disposizioni in esse contenute possono essere modificate solo con una procedura c.d. aggravata, in funzione di garanzia, cioè più complessa rispetto a quella prevista per modificare le leggi ordinarie.

Le Costituzioni contemporanee servono a porre un limite anche alla sovranità dei parlamenti e quindi della politica, tutelano le minoranze anche intese come minoranze sociali, i soggetti deboli e senza rappresentanza: il legislatore, infatti, non è più *libero nei fini*, perché al di sopra della legge c'è la Costituzione.

In entrambi i casi (costituzioni ottocentesche e costituzionalismo moderno) il valore politico di una costituzione si comprende dal raffronto con lo stato assoluto e dall'emersione del principio di legalità, la *rule of law*.

Nello Stato assoluto il sovrano impone le regole ma è *legibus solutus*; applica le regole ma è anche giudice di questa applicazione.

Nello Stato di diritto, che viene instaurato dopo la Rivoluzione francese in molti Stati nazionali nel corso dell'Ottocento, il sovrano ammette di avere poteri che possono essere limitati, in primo luogo dal Parlamento nazionale, che fa leggi a cui deve sottostare anche il potere esecutivo, allora incarnato dal sovrano e dall'amministrazione del regno.

Questa idea di sovranità, e con essa di potere pubblico che deve osservare le leggi, si rafforza nelle Costituzioni liberali e democratiche. Nella Costituzione della nostra Repubblica, per esempio, è il popolo ad essere sovrano. Il popolo, a mezzo dei suoi rappresentanti eletti, impone dunque le regole. Già questo impedisce che vi sia un soggetto

che sovrasta gli altri e che esso possa essere *legibus solutus*.

La sovranità popolare, tuttavia, non basta per dare vita al principio di legalità. Basti pensare ai regimi dittatoriali sorti in nome del popolo all'indomani di una rivoluzione. Imporre regole in nome del popolo, anziché in nome proprio come facevano i monarchi, può non cambiare le cose. Montesquieu ci ha insegnato, con la sua teoria della divisione dei poteri, che nessun'autorità dello Stato può avere *pieni poteri* perché dev'essere evitato che un soggetto si attribuisca da solo i poteri oppure giudichi da solo le sue azioni.

È nello Stato moderno, di concezione montesqueiana, che nasce il principio di legalità. Esso è figlio dell'esigenza di controllare l'esercizio del potere e di far sì che lo stesso non diventi uno strumento di dominio. Il popolo sovrano, a mezzo dei suoi rappresentanti in parlamento, fa le leggi (Parlamento), attribuisce i poteri ad un corpo di funzionari (amministrazione, o potere esecutivo) cui indica gli obiettivi da perseguire e i limiti da osservare perché quei poteri non diventino arbitrio. I giudici garantiscono l'osservanza della corretta applicazione della legge.

Ma anche il Parlamento è soggetto a limiti (nel fare le leggi deve rispettare la Costituzione) e le stesse costituzioni sono tenute a rispettare i vincoli sopranazionali, le leggi e, più in generale sono costrette, esse che sono nate per regolare comunità nazionali, a misurarsi con la internazionalizzazione del diritto costituzionale, e soprattutto dei diritti.

3. Questo è il contesto in cui va collocata la Costituzione italiana.

Come e quando è nata?

Dopo il referendum istituzionale tra monarchia e repubblica, tenutosi il 2 giugno 1946, si insediò, il successivo 25 giugno, l'Assemblea costituente, che scelse al proprio interno i 75 membri della Commissione per la Costituzione (o *Commissione Ruini* dal nome del suo Presidente) chiamata redigere il progetto di Costituzione.

La Commissione dei 75 terminò i suoi lavori il 12 gennaio 1947 e il 4 marzo cominciò in aula il dibattito del testo che fu definitivamente approvato il 22 dicembre 1947 e pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale il 27 dicembre 1947.

La nostra Costituzione entra in vigore il primo gennaio 1948.

Quali furono le forze politiche che presero parte al disegno costituzionale? Saperlo ci è

utile per capire due cose:

- a) quali furono i valori trasfusi nella Carta;
- b) come le diverse visioni della società seppero trovare in essa un punto di sintesi, a conferma della capacità delle forze politiche di saper trovare un punto di mediazione tra tali visioni e dare al nostro Paese una *comune e condivisa* Carta di principi di valori di ordinamento.

Alla Costituente siedono le tre grandi forze politiche spazzate via dalla dittatura fascista, che si erano ritrovate nella Resistenza: quella liberale, quella cattolica, quella socialista.

E la Costituzione riesce a comporre in sintesi valori pur diversi, talvolta distanti, alla base di tre visioni della società. I Costituenti riuscirono in questo aprendosi al confronto e prendendo ciò che di *buono* era in ciascuna visione, che fosse perciò accettabile dall'altra. Nasce così una Costituzione che

- *recupera* dal liberalismo politico, il valore dell'individuo e le libertà classiche dell'ideologia liberale (una Costituzione per la persona e non dello Stato), che nasce dalla contrapposizione dello Stato *limitato* allo Stato assoluto: lo Stato deve limitarsi a garantire le condizioni per il libero esplicarsi della personalità degli individui;
- ribadisce ed enfatizza i diritti degli individui, secondo una ideologia comune a liberali e democratici, ma
- trae dalla concezione democratica l'idea di uguaglianza nei rapporti politici, dell'appartenenza della sovranità al popolo, del suffragio universale;
- dall'esperienza socialista trae l'idea dell'uguaglianza sociale ed economica, la cui promozione è compito dello Stato; si elaborano i doveri degli individui nella società, i diritti degli individui verso la comunità e in quanto ad essa appartenenti (i cd. diritti sociali, *in primis* diritto al lavoro, all'istruzione, all'assistenza);
- richiama i doveri di solidarietà, un collante tra diritti individuali e doveri sociali, propri dell'interclassismo cattolico e della dottrina sociale della Chiesa, che tende ad attribuire grande importanza alle formazioni sociali intermedie (famiglia, associazionismo, partiti e sindacati).

Ne nasce una Costituzione forse non perfetta, non eterna, ma sicuramente espressione della convergenza delle idee di tutti, frutto della paura del passato ma intenta a porre le basi per la futura vita della comunità nazionale.

È una Costituzione, come fu detto in Costituente, frutto di un compromesso: per alcuni

autorevoli esponenti della minoranza (B. Croce), nel senso deteriore del termine; per le grandi forze politiche, il risultato dello sforzo di individuare un “terreno comune sul quale potevano confluire correnti ideologiche e politiche diverse” (P. Togliatti).

4. Diritti e doveri.

Popolo e persona, solidarietà, uguaglianza e dignità, lavoro.

Se limitiamo il nostro sguardo ai principi fondamentali della nostra Costituzione, vediamo che al centro di essa c'è il popolo e ci sono le persone che lo compongono.

Art. 1, comma 2: «La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione»

Art. 2: La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale».

Dalla lettura del testo si evince subito che il popolo – cui appartiene la sovranità, che vota, elegge i propri rappresentanti ed è *fonte dei poteri pubblici* – è un popolo fatto di persone (donne e uomini), cittadini e lavoratori (artt. 2 e 3).

È questo un passaggio cruciale e segna l'apertura della Carta verso un futuro che ormai è diventato presente, fatto di popoli che non necessariamente si trovano tutti entro i confini degli Stati a cui appartengono.

Alle persone, dunque, si rivolge l'art. 2, stabilendo che «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale».

La Costituzione, con il riferimento alle formazioni sociali all'interno delle quali si realizza la sua personalità, non si riferisce all'individuo astratto e isolato ma alla *persona sociale* o *politica*, secondo l'etimologia greca del termine, una persona reale, che vive nella società.

È questa la ragione per cui l'art. 2 coniuga i diritti inviolabili con i doveri inderogabili.

Come disse alla Costituente Meuccio Ruini in riferimento all'art. 2, “i proponenti hanno aderito alla mia tenace insistenza perché in questo articolo si mettano insieme, come lati inscindibili, come due aspetti dei quali uno non può sceverare dall'altro, i diritti e i doveri”.

È sintomatico che due giuristi contemporanei abbiano scritto due libri dal titolo significativo: *Il diritto di avere diritti* (S. Rodotà) e *Il dovere di avere doveri* (L. Violante). Costituzione alla mano, entrambi hanno ragione (e in realtà entrambi parlano di diritti e doveri).

La lettura del testo dell'art. 2 ci rivela molte cose, che ora approfondiremo.

In primo luogo, la Repubblica «riconosce e garantisce» i diritti.

Che significa «garantisce» è semplice: fa sì che i diritti abbiano tutela e che si possa reagire, per il tramite dei giudici, alla violazione di un diritto.

Ma «riconosce»? I diritti preesistono alla Costituzione e alle leggi? O i diritti esistono (solo) nel momento in cui la comunità politica li riconosce come tali?

Il dibattito è filosofico. Pensate alla teoria dei diritti innati di Hobbes e del giusnaturalismo, da una parte, e alla Scuola positiva dall'altra. E riguarda anche la questione *quali sono i diritti?* Solo quelli scritti nella Costituzione e nelle leggi? E chi decide quali sono i diritti? Una cosa per volta.

Normalmente perché un diritto possa essere riconosciuto e tutelato occorre una legge che lo preveda come tale. Non basta che io dica di avere diritto a qualcosa per avere ragione davanti a un giudice. Alla base di questa concezione sta un principio fondamentale in democrazia: la divisione dei poteri. Le scelte politiche le fa il legislatore. È lui che decide se uno ha o non ha un diritto, quale pretesa riconoscere come diritto e quale no.

Più complicato è capire se, in mancanza di una scelta esplicita del legislatore, la Costituzione possa fondare direttamente un diritto. E cosa un cittadino può fare per reclamare un diritto.

I diritti cui la Costituzione presta una particolare attenzione sono quelli «inviolabili», quindi quelli più importanti, quelli fondamentali.

Questi diritti risentono originariamente di una visione giusnaturalistica (c'è chi li chiama per esempio diritti innati), ma con lo sviluppo del costituzionalismo moderno anche i neopositivisti ammettono che esistano dei diritti che non possono essere misconosciuti perché attengono agli aspetti più importanti di una persona.

La storia dei *diritti fondamentali* nella nostra (occidentale) tradizione democratica vede come punto di partenza la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo alla base della Costituzione americana e la *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e dell'individuo* nella Rivoluzione francese. Erano dichiarazioni, come dicevamo all'inizio, che rivendicavano le

libertà dell'individuo nei confronti del potere, e molte di queste sono ritenute libertà fondamentali anche ai giorni nostri (libertà di pensiero, di associazione, libertà religiosa). Il passaggio dalle (semplici) libertà ai diritti è invece questione molto più moderna. Io non solo ho certe libertà ma queste libertà sono riconosciute in capo a ogni singolo cittadino come un diritto che può anche essere fatto valere davanti a un giudice nei confronti di chiunque (privato o pubblico potere) mi impedisca di esercitarlo. Le libertà sono *passive* nel senso che basta che mi si lasci in pace; i “diritti” spesso richiedono che altri si diano da fare per garantirmeli.

I diritti fondamentali hanno una vocazione *universalistica*. Che significa? Due cose:

- che sono *generalmente* riconosciuti, cioè sono riconosciuti da un largo numero di Stati e tendenzialmente dalla cd. comunità internazionale: non esiste una elencazione tassativa ed esaustiva dei diritti fondamentali;

- e che spettano a prescindere dal territorio e dalla sovranità del singolo Stato: anzi sono riconosciuti anche contro lo Stato (pensate al delitto di genocidio o ai crimini di guerra).

Abbiamo descritto il passaggio *dalle libertà ai diritti*. Il passaggio successivo è quello *dai diritti individuali ai diritti sociali*.

A ben guardare, nelle costituzioni contemporanee, già i diritti fondamentali sono riferiti in considerazione della socialità in cui si inserisce lo sviluppo della personalità. I diritti sono configurati come diritti dell'individuo *situato* nella società (*homme situé*). In qualche modo, la Costituzione organizza la libertà individuale nella realtà sociale.

Ma, a mano a mano che la componente liberale alla base della elaborazione teorica dello Stato di diritto e dei diritti individuali si arricchisce dell'apporto della idea democratica di uguaglianza, comincia ad affacciarsi l'idea dei diritti sociali per “riequilibrare le disuguaglianze sociali e intervenire a sostegno delle categorie più svantaggiate”⁷. Il legame con l'art. 3 della nostra Costituzione è evidente.

I diritti sociali (già nel *manifesto* di Georges Gurvitch del 1946) sono visti in un'ottica proattiva e “fattuale” del diritto, come prodotto di una società civile che concorre a formare il diritto e che quindi non si pone come mera destinataria di esso.

Dalla iniziale contrapposizione tra Stato di diritto e Stato sociale, si giunge, nel secondo dopoguerra, allo Stato sociale di diritto (il *sozialer Rechtsstaat*, alla base delle socialdemocrazie nordeuropee), che si pone come sintesi della salvaguardia delle libertà

⁷ A. Facchi, *Breve storia dei diritti umani*, Bologna, 2007.

individuali e della promozione dell'uguaglianza delle opportunità.

Diritti soggettivi classici e nuovi diritti sociali convivono nella società, in una società organizzata in cui l'incremento delle funzioni, ma soprattutto delle prestazioni amministrative è strumentale sì al perseguimento della vita ordinata, ma serve anche a garantire la promozione del benessere sociale e l'uguaglianza tra i cittadini. Diventa centrale il rapporto di questi diritti con il potere pubblico. In un'ottica inizialmente solo difensiva, a tutela della sfera individuale (proprietà ed espropriazione, per restare sul piano delle potestà amministrative), poi in un'ottica pretensiva, nel reclamare il godimento dei diritti sociali, che trovano riconoscimento progressivo nelle Costituzioni nazionali e nelle Carte sovranazionali: una cosa, infatti, è vedersi riconosciuto un diritto, altra è avere un accesso effettivo a quel diritto.

Quali le fonti normative di quest'ampia –ma pur sempre variabile– concezione dei diritti fondamentali? Cioè, dove se ne parla? Le Costituzioni del dopoguerra, come si è detto. Ma anche altri due testi non nazionali di grande importanza per noi e di cui parleremo alla fine: la *Convenzione europea dei diritti dell'uomo* (CEDU) e la c.d. *Carta di Nizza*.

Dunque, riassuntivamente, nel pensiero giuridico contemporaneo i diritti fondamentali ricomprendono diritti di libertà classici, diritti della persona e diritti sociali, secondo un catalogo storicamente e anche geograficamente variabile.

Abbiamo già richiamato le parole alla Costituente di Meuccio Ruini. Ora richiamo le parole di Luciano Violante: “Un sistema politico privo di diritti non è una democrazia. Ma una democrazia senza doveri resta in balia di egoismi individuali e conflitti istituzionali, è priva dei valori della solidarietà e dell'unità politica, capisaldi di qualunque forma democratica di governo⁸”. E sempre Violante aggiunge “i doveri esprimono, forse più dei diritti, il legame politico fra i cittadini e favoriscono il senso di appartenenza al corpo sociale”⁹.

Ma cosa è che lega indissolubilmente diritti e doveri tra loro? La solidarietà, ci dice l'art. 2. E la solidarietà ha un fine ultimo, centrale in una Costituzione che ponga al centro la persona: il rispetto della dignità. Solidarietà e dignità funzionano da collante tra diritti e doveri. Ma, di più: la solidarietà non tollera non solo leggi che non rispettino la dignità della persona, ma nemmeno può tollerare che il legislatore, cioè il Parlamento, sia inerte rispetto a situazioni che ledano la dignità della persona proprio perché non affrontate dal

⁸ L. Violante, *Il dovere di avere doveri*, Einaudi, Torino 2014.

⁹ *Ibidem*, p. 82.

legislatore. Ogni cittadino è libero: è vero, la democrazia “presuppone la libertà, ma implica che si esprima nella solidarietà”¹⁰, tanto che si è giunti a configurare, con riferimento alle vicende della pandemia, un vero e proprio obbligo giuridico di solidarietà¹¹.

È (anche) su questa base che la Corte costituzionale è intervenuta nei confronti del Parlamento, ora direttamente sancendo un diritto ora stimolando il Parlamento a regolare date materie (specie nel campo della bioetica: fecondazione artificiale, suicidio assistito, ma anche ergastolo ostativo).

Oggi ci sono fattori di crisi dei diritti fondamentali, non tanto e non soltanto in Italia.

Pensate al fenomeno migratorio e conseguentemente alla posizione dello straniero: i diritti fondamentali richiedono fiducia, tolleranza e solidarietà; in tempo di crisi prevalgono paura e chiusura. È per questo che è stato proposto di ribattezzare la tematica dei diritti fondamentali nella problematica dei *diritti contesi*, in cui la contrapposizione sembra prevalere sul bilanciamento, il conflitto sulla convergenza, la tensione sulla mediazione¹².

5. i Giudici.

Quella dei diritti fondamentali è un’area a forte *definizione* (*rectius*: individuazione) giurisprudenziale, probabilmente proprio per la difficoltà di individuare un catalogo di tali diritti. La individuazione – se non la creazione – di tali diritti è spesso frutto di opera delle Corti sia nazionali sia sovranazionali, che rendono concrete le dichiarazioni di principio, con operazioni ermeneutiche spesso *disinvolve*. E anche da noi abbiamo continuamente esempi. Basti pensare all’intervento della Corte costituzionale in materia di bioetica o di tutela dei figli nella, anzi nelle comunità familiari, a fronte della sostanziale inerzia del legislatore.

È un processo di individuazione abbastanza comune anche nella giustizia amministrativa, la cui storia è stata caratterizzata spesso da un’inversione logica (Clarich) tra attribuzione di un rimedio e riconoscimento di una situazione soggettiva nonché dall’emersione dall’indistinto giuridico di interessi adespoti e posizioni legittimanti (Nigro). Ma è un

¹⁰ V. Zagrebelsky, *Introduzione a J. Habermas, Proteggere la vita*, Bologna, 2022.

¹¹ J. Habermas, *Proteggere la vita*, Bologna, 2022, p. 101

¹² M. D’Amico, *I diritti contesi*, ed. Franco Angeli, Milano, 2016.

processo non estraneo alla giurisprudenza civile, per esempio nell'area della responsabilità civile in relazione alla individuazione delle situazioni risarcibili.

Il carattere eminentemente giurisprudenziale della tutela dei diritti fondamentali è affermazione oramai condivisa anche nel sistema europeo, ci si riferisca alle Corti *sovranazionali* (CEDU e Corte di giustizia) o alle stesse Corti nazionali, che vanno consolidando metodi di valutazione omogenei dell'operato dei pubblici poteri che incidano su diritti fondamentali (si pensi alla giurisprudenza della pandemia).

Del resto è stata sottolineata da più parti¹³ l'importanza dei giuristi nella costruzione del processo di integrazione europea.

A questo processo di integrazione europea in via giurisprudenziale, le Corti pervengono attraverso due vie che tra loro si intrecciano: il ricorso ai principi generali del diritto – che, tratti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e fatti propri dalla Corte come principi dell'Unione, diventano comune patrimonio di valori e principi; il rispetto dei principi fondamentali – inserito tra i principi generali del diritto: “i diritti fondamentali costituiscono parte integrante dei principi generali del diritto, di cui la Corte garantisce l'osservanza; nel garantire la tutela di tali diritti la Corte è tenuta ad ispirarsi alle tradizioni comuni agli Stati membri e non potrebbe, quindi, ammettere provvedimenti incompatibili con i diritti fondamentali riconosciuti e garantiti dalle Costituzioni degli Stati” (sent. 13 dicembre 1979, 44/79, *Hauer*; ma affermazioni simili si rinvergono già in precedenti sentenze).

Oltre che nelle Costituzioni nazionali, la Corte ha presto rinvenuto tali diritti, idonei a diventare principi generali UE, nella CEDU. Il riferimento a questa, anzi, ha consentito alla Corte di giustizia di spostare il baricentro della sua attenzione *dal commercio ai diritti*, affermando che la tutela dei diritti fondamentali può costituire una legittima attenuazione degli obblighi imposti dall'Unione ancorché derivanti da una libertà fondamentale quale la libera circolazione delle persone e delle merci, pur nel rispetto del canone di proporzionalità. Con la *Carta dei diritti UE*, poi, l'ordinamento europeo procede a una catalogazione dei diritti fondamentali, che nei fatti si rivela un aggiornamento del catalogo della *Convenzione europea dei diritti dell'uomo*.

Ci siamo spostati dal diritto giurisprudenziale interno, e dal suo ruolo nel riconoscimento e garanzia dei diritti fondamentali, al piano sovranazionale europeo.

¹³ C. Van Canaeghem, *I sistemi giuridici europei*, Bologna, 2003.

Natalino Irti ci ricorda che il diritto ha bisogno di un *dove*, di una dimensione spaziale in cui operare.

Tradizionalmente, nello Stato moderno, politica e diritto sono racchiusi nella sfera statale e *poggiano* sulla sua stessa superficie, come, da prospettazioni diverse, già rilevavano Carl Schmitt e Kelsen.

Ma la realtà moderna ci insegna che allo spazio nazionale si affianca uno spazio europeo in cui circolano persone e cose. Per commercio o per lavoro, ma anche per studio, per ragioni di salute, per svago, per motivazioni di ordine culturale. I trattati istitutivi non si sono limitati a disciplinare una relazione commerciale tra territori sovrani, ma hanno creato un nuovo spazio giuridico, in cui anche il diritto pubblico si è affrancato dal vincolo territoriale.

Ebbene, lo *spazio* giuridico europeo si è fatto *ordine* giuridico attraverso il ruolo dei giudici. Il loro contributo *costituzionale* (forse direi meglio *costituente*) si individua soprattutto nella tessitura di uno *ius commune* attuata attraverso una *griglia* di principi generali e di diritti ritenuti fondamentali che non si sovrappongono bensì si affiancano ai diritti nazionali, secondo una logica di integrazione ed assimilazione. Creando così un'area condivisa di diritti che cono tutelai, oltre che dalle Corti europee, dalle Corti nazionali di singoli Stati.

Naturalmente questo importante ruolo delle Corti – che, specie nei momenti di crisi elle istituzioni europee rappresentative, tendono ad assumere una funzione in qualche misura di *supplenza* – si presta a letture ambivalenti: uno strumento di rafforzamento dell'Unione europea per alcuni; l'avvento di una *giuristocrazia* per altri.

Non è questo il luogo per prendere posizione su di un tema così complesso e spinoso.

Ma su due cose mi sembra potersi convenire:

a) anche nelle democrazie nazionali, da sempre sussistono istituzioni al di fuori del sistema elettivo. Esse costituiscono un imprescindibile strumento di bilanciamento all'interno di una matura *democrazia amministrativa*, al fine di mantenere alcuni meccanismi istituzionali al di fuori della ricerca ciclica del consenso;

b) questo diritto giurisprudenziale europeo è chiamato a regolare la circolazione nello spazio europeo di persone e cose, fenomeno che ormai non dipende più dalle scelte politiche o giuridiche, ma dai fatti. Esso ha un merito fondamentale: contribuire a creare, nei fatti, nella vita quotidiana, uno *status* di cittadino europeo, una cittadinanza europea

che si affianca alle cittadinanze nazionali.

Il diritto delle Corti gioca quindi un ruolo decisivo nel processo di integrazione europea. Esso implica il rispetto delle Corti nazionali tra loro e delle Corti europee verso le Corti nazionali. Ma anche il rispetto delle Corti nazionali verso i valori europei che la Corte di giustizia UE è chiamata a tutelare.

È però vero che le Corti da sole non bastano, né possono bastare.

La declaratoria dei diritti nelle Carte e l'opera delle Corti non possono reggere a lungo – e forse nemmeno sarebbe *giusto* che reggessero - un comune sentire che rinnegasse nei fatti i valori di quella *costituzione comune*. Ed è la politica che interpreta e risponde ai bisogni delle persone.

Altrimenti la divaricazione tra società e giudici diventa insopportabile per l'ordinamento stesso. In altri termini, se il giudice spesso è chiamato a far rispettare i diritti contro la politica e il potere, tuttavia questo ruolo gli deve essere *riconosciuto* dall'ordinamento e dalla società che lo esprime: se la giurisdizione è il grado di controllo che il potere è disposto ad accettare, è la legge a fondare democraticamente la legittimazione del controllo giudiziario sul parlamento medesimo. Se politica e giurisdizione divorziano, viene meno uno dei pilastri del costituzionalismo, anche nell'architettura europea.

LA TRANSIZIONE ECOLOGICA NEL PNRR TRA *CLIMATE TAGGING* E *DO NOT HARM**

di Pier Luigi Petrillo** e Alessandro Zagarella***

Sommario. 1. Il dispositivo per la ripresa e resilienza nella nuova attenzione alle politiche ambientali europee del *Green deal*. – 2. L'ambizione ambientale: tra *climate tagging* e il principio *do not significant harm*. – 3. Il Piano italiano e la transizione ecologica: tra ambiente ed energia. – 4. Gli investimenti nella transizione ecologica: le misure principali del PNRR. – 5. Le riforme per la transizione ecologica. – 6. La sfida della transizione ecologica nel PNRR: una occasione mancata?

71

1. Il dispositivo per la ripresa e resilienza nella nuova attenzione alle politiche ambientali europee del *Green deal*.

L'1 dicembre 2019, all'insediamento della Commissione europea veniva presentata la comunicazione COM(2019)640¹ sulle linee guida politiche, che tratteggiava la necessità di attuare un percorso serrato di riforma volto a rafforzare l'economia dell'Unione europea in una prospettiva ecosostenibile attraverso l'idea di un *European Green Deal*, in risposta alle preoccupazioni sociali² e geopolitiche per l'emergenza climatica³ e inserendosi nelle azioni

* *Sottoposto a referaggio*. Pur essendo il frutto di un lavoro comune e di una comune riflessione, i capitoli 2 e 6 sono stati materialmente scritti da Pier Luigi Petrillo e i capitoli 1, 3, 4 e 5 da Alessandro Zagarella.

** Professore Ordinario di Diritto pubblico comparato – Università di Roma Unitelma Sapienza.

*** Dottore di ricerca in Diritto pubblico comparato – Università di Napoli Suor Orsola Benincasa.

¹ Nelle linee guida politiche si anticipava l'intenzione di promuovere tra le azioni prioritarie dei primi cento giorni un *European Green Deal* con l'obiettivo della neutralità climatica entro il 2050. Il *Green Deal* veniva presentato come un tentativo di risposta a quattro crisi tra loro interconnesse: i cambiamenti climatici (l'aumento della temperatura media globale di circa 0,2 gradi al decennio); la perdita di biodiversità (28.000 specie vegetali e animali in estinzione); il quadro sanitario condizionato dall'inquinamento atmosferico (400.000 morti premature nell'UE); lo spreco di risorse (5 tonnellate pro capite di rifiuti).

² V., tra gli altri: T. Flanney, *Una speranza nell'aria. I cambiamenti climatici e la sfida che siamo chiamati ad affrontare*, Milano, Corbaccio, 2015; A. Ghosh, *La grande cecità. Il cambiamento climatico e l'impensabile*, Venezia, Neri Pozza, 2017; L. Mercalli, *Non c'è più tempo. Come reagire agli allarmi ambientali*, Torino, Einaudi, 2018; M. Lynas, *Il nostro ultimo avvertimento. Sei gradi di emergenza climatica*, Roma, Fazi, 2021.

³ V. a tal proposito, tra gli altri: A. Giddens, *La politica del cambiamento climatico*, Milano, Il Saggiatore 2015; S. Casertano, *La guerra del clima: geopolitica delle energie rinnovabili*, Milano, Brioschi, 2011; R. Keucheyan, *La natura è un campo di battaglia. Saggio di ecologia politica*, Milano, Ombre corte, 2019; D. Chakrabarti, *La sfida del cambiamento climatico. Globalizzazione e Antropocene*, Milano, Ombre corte, 2021.

per la limitazione del riscaldamento globale già formalizzate a livello internazionale dall'accordo di Parigi del 2015⁴. Energia, industria, edilizia, mobilità e agricoltura: erano questi gli ambiti in cui avrebbero dovuto essere individuate misure condivise a livello europeo utili a raggiungere l'obiettivo di rendere il continente neutro al 2050 dal punto di vista emissivo, azzerando la produzione di gas a effetto serra, all'interno di uno scenario che, seppur caratterizzato da una certa eterogeneità, vedeva un miglioramento degli indicatori ambientali e dell'efficienza energetica nel continente europeo⁵.

A livello globale l'Unione europea si colloca, infatti, in una posizione più avanzata rispetto ad altre aree economicamente comparabili rispetto al percorso di riduzione delle emissioni di carbonio: nel 2018 ha infatti conseguito una diminuzione del 21,6% rispetto ai livelli del 1990, a fronte di un aumento del PIL del 61%⁶.

L'ambizione dell'appena insediata Commissione si consolidava in una serie di progetti di riforma e approcci strategici che avrebbero dovuto supportare gli Stati membri in un processo complessivo di transizione ecologica, che verrà poi sviluppato nel nuovo pacchetto *Fit for 55*⁷, e in particolare: una legge europea per il clima, approvata con il Reg. UE 2021/1119 del 29 luglio 2021, provvedendo a rendere vincolante l'obiettivo della

⁴ L'accordo di Parigi è un trattato internazionale stipulato il 12 dicembre 2015 tra gli Stati membri della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (UNFCCC) riguardo alla riduzione di emissione di gas serra nel periodo a decorrere dal 2020. Secondo l'accordo e come suggerito dall'*Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC)* – gruppo intergovernativo sul cambiamento climatico, foro scientifico formato nel 1988 da due organismi delle Nazioni Unite, l'Organizzazione meteorologica mondiale (OMM) e il Programma delle Nazioni Unite per l'Ambiente (UNEP), allo scopo di studiare il riscaldamento globale – solo con una riduzione delle emissioni di gas serra che contenga l'incremento delle concentrazioni e, di conseguenza, della temperatura almeno di 1,5 °C, nonché mediante strategie di adattamento alle conseguenze dei cambiamenti climatici in atto, sarà possibile ridurre il rischio di eventi catastrofici per l'uomo e la natura causati dal superamento dei cosiddetti punti di non ritorno (cd. *tipping points*).

⁵ Secondi i dati dell'Agenzia europea per l'ambiente (EEA) in *L'ambiente in Europa: Stato e prospettive nel 2020*, Bruxelles, 2020. Il report dell'EEA registrava un miglioramento dell'efficienza energetica e una diminuzione del consumo di energia e la riduzione generale delle emissioni di inquinanti nell'aria e nell'acqua. L'Agenzia precisava che le tendenze più recenti erano meno positive: la domanda totale di energia sarebbe in realtà aumentata dal 2014, mettendo a rischio il traguardo di efficienza energetica per il 2020, così come le emissioni nocive derivanti dai trasporti e dall'agricoltura, mentre la produzione e il consumo di sostanze chimiche pericolose sarebbero rimasti stabili.

⁶ Dati tratti da *European Commission Joint Research Centre*, Bruxelles, 2019. L'Agenzia europea per l'ambiente stimava che il settore dell'energia (*energy supply*) è responsabile per la quota più alta di emissioni, il 26,3%, mentre le emissioni di gas a effetto serra prodotte dai trasporti ammontano a circa il 25% del totale delle emissioni europee. Secondo la comunicazione della Commissione, gli immobili sono responsabili di circa il 40% del consumo energetico complessivo.

⁷ *Fit for 55*, ovvero *Pronti per il 55%*, è un insieme di proposte volte a realizzare il *Green deal* europeo attraverso la revisione e l'aggiornamento delle normative dell'Unione europea in linea con gli obiettivi climatici concordati dal Consiglio e dal Parlamento europeo, ovvero nella prospettiva di ridurre le emissioni nette di gas a effetto serra di almeno il 55% entro il 2030.

neutralità climatica al 2050 da raggiungere attraverso un percorso per la riduzione graduale e irreversibile delle emissioni di gas a effetto serra e specifici meccanismi di compensazione a salvaguardia della competitività delle economie europee e di solidarietà tra Stati membri; la prospettiva di introdurre un meccanismo di adeguamento del carbonio alle frontiere per evitare la rilocalizzazione delle emissioni dovuta alle produzioni di Paesi terzi con minori ambizioni e minori vincoli ambientali, da applicarsi alle importazioni; una strategia aggiornata di adattamento ai cambiamenti climatici⁸ per sviluppare maggiore resilienza rispetto ai danni attesi nonostante gli sforzi di mitigazione.

L'approccio della Commissione avrebbe poggiato dal punto di vista economico-finanziario su uno specifico pilastro: il Piano di investimenti per un'Europa sostenibile⁹. Il Piano, annunciato con la Comunicazione COM(2020)21 del 14 gennaio 2020¹⁰, abbinava iniziative legislative e non legislative per conseguire una transizione giusta verso un'economia verde e climaticamente neutra, agendo su tre dimensioni: (i) mobilitare finanziamenti per supportare gli investimenti nei settori climatico, ambientale e sociale per un valore di almeno 1.000 miliardi di euro a titolo del bilancio europeo e di altre fonti pubbliche e private in un arco temporale decennale, (ii) porre la sostenibilità al centro delle decisioni di investimento in tutti i settori e (iii) fornire sostegno alle amministrazioni pubbliche per creare una solida riserva di progetti eco-sostenibili.

L'impatto socioeconomico della successiva pandemia di coronavirus, che ha iniziato a produrre i suoi effetti da marzo 2020, ha posto sfide significative alle economie europee, ponendo sotto stress il funzionamento del mercato unico e della zona euro¹¹. Ciò ha portato a un crescente consenso per l'aggiornamento delle strategie ambientali in vigore nei diversi Stati dell'Unione e sulla necessità di un piano comune per la ripresa a integrazione dei pacchetti nazionali di stimolo, non rinunciando tuttavia al forte impegno a favore dei principi del *Green deal* europeo e mantenendo alta la necessità di proseguire nelle strategie di decarbonizzazione. Tale necessità si è quindi consolidata con la previsione di uno strumento europeo temporaneo per la ripresa da oltre 800 miliardi di euro (750 a prezzi del

⁸ La precedente era stata approvata nel 2013 con la Comunicazione COM(2013)216.

⁹ Il Piano si affiancava alla proposta di regolamento istitutiva di un Fondo per la transizione giusta COM(2020)22, con una dotazione di 7,5 miliardi di euro, attuativo del c.d. Meccanismo per una transizione giusta, volto a mobilitare investimenti per almeno 100 miliardi di euro nel periodo 2021-2027 a favore delle regioni più esposte alle ripercussioni negative della transizione a causa della loro dipendenza dai combustibili fossili o da processi industriali ad alta intensità di gas a effetto serra.

¹⁰ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0021&from=SV> .

¹¹ [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/652000/EPRS_BRI\(2020\)652000_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/652000/EPRS_BRI(2020)652000_EN.pdf) .

2018), il *Next Generation EU*, per rafforzare il quadro finanziario pluriennale¹² nel periodo 2021-2027, finanziato con fondi presi in prestito sui mercati e con strumenti già previsti nell'ambito del bilancio europeo, il cui fulcro principale è rappresentato dal dispositivo per la ripresa e la resilienza, che mette a disposizione degli Stati membri circa 720 miliardi di euro, combinando sovvenzioni e prestiti.

La risposta europea al momento di difficoltà dell'economia europea, che ignorava che avrebbe dovuto confrontarsi nemmeno due anni dopo anche con la diplomazia russa e la conseguente crisi energetica, voleva garantire un rimbalzo economico senza ignorare la qualità della spesa, che avrebbe dovuto essere comunque in linea con gli obiettivi europei concordati congiuntamente, quali le transizioni verde – *in primis* – e digitale, e le sfide periodicamente individuate nel contesto del semestre europeo.

Nei prossimi paragrafi proveremo a comprendere l'ambizione ambientale del dispositivo per la ripresa e la resilienza, anche con riferimento al principio del *do not significant harm*, nonché la declinazione ecologica proposta nel Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), attraverso le misure di *tagging* climatico ivi contenute, pervenendo quindi in conclusione ad alcune considerazioni sull'orizzonte presente attuativo del PNRR.

2. L'ambizione ambientale: tra *climate tagging* e il principio *do not significant harm*.

Il Reg. UE 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 individua il quadro normativo su cui si innesta il dispositivo di ripresa e resilienza (c.d. *Recovery fund facility* – RFF)¹³, che trova la sua base giuridica negli artt. 120 e 121 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), laddove prevede che gli Stati

¹² Il Quadro Finanziario Pluriennale (QFP) 2021-2027 è il bilancio a lungo termine dell'Unione europea. Il QFP traduce in termini finanziari le priorità politiche dell'Unione per un periodo di sette anni e fissa gli importi massimi annui (*massimali*) di spesa, complessivamente e per le principali categorie/priorità di spesa (*rubriche*). L'attuale QFP è articolato in 7 rubriche principali di spesa (Mercato unico, Innovazione e Agenda digitale; Coesione e Valori; Risorse Naturali e Ambiente; Migrazione e gestione delle frontiere; Pubblica amministrazione europea; Vicinato e resto del mondo; Sicurezza e difesa). Il regolamento per l'approvazione del QFP segue una procedura legislativa speciale, ai sensi dell'art. 312 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, secondo la quale il Consiglio delibera all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo che può approvare o respingere senza emendare la proposta della Commissione. L'attuale QFP è stabilito dal regolamento (UE) 2020/2093.

¹³ V. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32021R0241>.

membri attuano la loro politica economica allo scopo di contribuire alla realizzazione degli obiettivi dell'Unione e nel contesto degli indirizzi di massima elaborati dal Consiglio per il loro coordinamento, nonché nell'art. 148 TFUE sulle politiche comuni in materia di occupazione e nell'art. 175 TFUE che stabilisce, tra l'altro, che gli Stati membri devono coordinare le proprie politiche economiche al fine di raggiungere gli obiettivi di coesione economica, sociale e territoriale.

Il dispositivo per la ripresa e la resilienza si inserisce nel contesto del semestre europeo per il coordinamento delle politiche economiche, che costituisce il quadro di riferimento per individuare le priorità di riforma nazionali e monitorarne l'attuazione. Le misure individuate nei Piani devono quindi confrontarsi con le raccomandazioni formulate annualmente agli Stati membri nei c.d. *country report*, con l'obiettivo di stimolare gli Stati nei rispettivi progressi nelle riforme strutturali e prevenire gli eventuali squilibri macroeconomici.

Come previsto nelle premesse al Reg. UE 2021/241, gli Stati membri elaborano inoltre le proprie strategie pluriennali di investimento, tenendo in considerazione gli impegni internazionali climatici stabiliti dall'accordo di Parigi, i piani nazionali per l'energia e il clima adottati nell'ambito della *governance* dell'Unione dell'energia e dell'azione per il clima, istituita dal Reg. UE 2018/1999¹⁴, i piani per una transizione giusta¹⁵ di cui al Reg. UE 2021/1056 e i piani di attuazione della garanzia per i giovani, nonché gli obiettivi di sviluppo sostenibile dell'ONU¹⁶.

¹⁴ Si fa qui riferimento al Reg. UE 2018/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, sulla *governance* dell'Unione dell'energia e dell'azione per il clima che modifica le direttive 663/2009/CE e 715/2009/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, le direttive 94/22/CE, 98/70/CE, 2009/31/CE, 2009/73/CE, 2010/31/UE, 2012/27/UE e 2013/30/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, le direttive del Consiglio 2009/119/CE e 2015/652/UE e che abroga il Reg. UE 525/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio.

¹⁵ V. il Reg. 2021/1056/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 giugno 2021, che istituisce il Fondo per una transizione giusta.

¹⁶ L'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile delle Nazioni Unite è un programma d'azione per le persone, il pianeta e la prosperità. Sottoscritta il 25 settembre 2015 dai governi dei 193 Paesi membri delle Nazioni Unite, e approvata dall'Assemblea Generale dell'ONU, l'Agenda è costituita da 17 Obiettivi per lo Sviluppo Sostenibile – *Sustainable Development Goals*, SDGs – inquadrati all'interno di un programma d'azione più vasto costituito da 169 target o traguardi, ad essi associati, da raggiungere in ambito ambientale, economico, sociale e istituzionale entro il 2030. I 17 *Goals* fanno riferimento ad un insieme di questioni importanti per lo sviluppo che prendono in considerazione in maniera equilibrata le tre dimensioni dello sviluppo sostenibile – economica, sociale ed ecologica – e mirano a porre fine alla povertà, a lottare contro l'ineguaglianza, ad affrontare i cambiamenti climatici, a costruire società pacifiche che rispettino i diritti umani. V. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/>.

La transizione ecologica, primo tra i pilastri¹⁷ per la ripresa indicati secondo il legislatore europeo, è da sostenere attraverso riforme e investimenti in tecnologie e capacità verdi, tra cui la biodiversità, l'efficienza energetica, la ristrutturazione degli edifici e l'economia circolare, contribuendo al raggiungimento degli obiettivi climatici dell'Unione, promuovendo la crescita sostenibile, creando posti di lavoro e preservando la sicurezza energetica. È evidente quindi che la componente verde non si limita alle misure puramente ambientali ma riveste un'importanza trasversale nello sforzo di programmazione richiesto agli Stati membri. È in tal senso che il regolamento introduce due concetti tesi a razionalizzare il contributo in termini ambientali dei Piani nazionali e a rendere più verde il futuro debito comune: il c.d. *climate tagging*, ovvero la percentuale di misure del Piano volte alla mitigazione dei cambiamenti climatici, e la valutazione del principio del *do not significant harm* (DNSH), ovvero di *non arrecare danno significativo* agli obiettivi ambientali, cui devono rispondere tutti gli interventi inseriti nei Piani nazionali, come indicato dall'articolo 5.

Il dispositivo, riflettendo il *Green deal* europeo, diventa lo strumento utile all'integrazione delle politiche per il clima e la sostenibilità ambientale, funzionale al conseguimento dell'obiettivo di dedicare almeno il 30% della spesa di bilancio dell'Unione al sostegno degli obiettivi climatici. A tal fine, secondo quanto previsto dall'articolo 18 del regolamento, è necessario che i Piani siano «in grado di contribuire alla transizione verde, compresa la biodiversità, o ad affrontare le sfide che ne conseguono, e che indichino se tali misure rappresentano almeno il 37% della dotazione totale», riconoscendo gli interventi verdi sulla base di una specifica metodologia che assegna un coefficiente di eco-sostenibilità per tipologia, come previsto nell'allegato VI al regolamento¹⁸.

¹⁷ Le premesse al Reg. 2021/241/UE, indicano l'opportunità di assicurare la ripresa e migliorare la resilienza dell'Unione e dei suoi Stati membri attraverso il sostegno a misure riguardanti settori di intervento di pertinenza europea strutturati in sei pilastri (*sei pilastri*), vale a dire: transizione verde; trasformazione digitale; crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, che comprenda coesione economica, occupazione, produttività, competitività, ricerca, sviluppo e innovazione, e un mercato interno ben funzionante con piccole e medie imprese (PMI) forti; coesione sociale e territoriale; salute e resilienza economica, sociale e istituzionale, al fine di rafforzare, tra l'altro, la capacità di preparazione e di risposta alle crisi; politiche per la prossima generazione, l'infanzia e i giovani, come l'istruzione e le competenze.

¹⁸ Il Reg. UE stabilisce delle percentuali fisse (secondo una gradazione tripartita: 0%, 40% o 100%) rispetto alla tipologia di progetto inserita nei PNRR. L'allegato, infatti, fornisce un punteggio prestabilito a seconda della tipologia in cui ricade il progetto proposto: tale punteggio per associazione viene assegnato al progetto presentato (ad esempio, per un progetto che ricade nella tipologia 025 *Efficientamento energetico di edifici esistenti* il *tagging* sarà del 40%; per un progetto che ricade nella tipologia 050 *Natura e protezione della biodiversità* il *tagging* sarà del 100%). Tale valutazione sull'associazione di un progetto a una specifica

Inoltre, considerato il ricorso al mercato per il reperimento di buona parte delle risorse del dispositivo, tra i criteri prioritari di valutazione da tenere in considerazione nella predisposizione del PNRR vi è la valutazione del principio c.d. *do not significant harm* (DNSH), già introdotto nell'ordinamento europeo con il Reg. UE 2020/852 del 18 giugno 2020 relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili¹⁹, e che prevede che un investimento non deve nuocere a qualsiasi obiettivo ambientale per essere definito eco-sostenibile.

Ai fini della valutazione operativa del DNSH, la Commissione europea ha condiviso un opportuno chiarimento attraverso la comunicazione COM(2021)58 del 18 febbraio 2021, fornendo alle autorità nazionali alcuni orientamenti tecnici sull'applicazione del principio nella preparazione dei Piani per la ripresa e la resilienza. La valutazione del DNSH, secondo tali linee guida, non è, in ogni caso, collegata alle metriche previste nei redigenti atti delegati del Reg. UE 2020/852. La giustificazione del principio DNSH avviene pertanto solo per ciascuno degli obiettivi che potrebbero essere effettivamente interessati dalla singola misura progettuale e non su tutti i sei criteri di performance ambientale previsti dal citato Reg. UE 2020/852: (i) zero impatto su mitigazione dei cambiamenti climatici; (ii) adattamento ai cambiamenti climatici; (iii) uso sostenibile e protezione delle acque e delle risorse marine; (iv) transizione verso un'economia circolare; (v) prevenzione e riduzione dell'inquinamento; (vi) protezione e ripristino della biodiversità e degli ecosistemi. Non sono inoltre sottoposti all'auto-valutazione, attraverso le apposite liste di controllo, i progetti che hanno una *portata ambientale* stimata con un *tagging* climatico del 100%.

Gli Stati membri devono valutare secondo tale prospettiva l'ambizione ambientale sia degli investimenti sia delle riforme, che nell'ambito dell'RRF compongono dei pacchetti coerenti di intervento, conformemente a quanto previsto all'articolo 14, paragrafo 1, del Reg. UE 2021/241. La valutazione DNSH è necessaria anche per le riforme in quanto tali misure in alcuni settori, tra cui l'industria, i trasporti e l'energia, pur avendo le potenzialità

tipologia è curata dallo Stato membro, chiamato comunque a giustificare la scelta dell'inserimento di progetti intersettoriali che possano ricadere in una tipologia prevalente piuttosto che in un'altra.

¹⁹ Nel contesto del dispositivo di ripresa e resilienza (RRF) la conformità al principio DNSH è valutata a livello di ciascuna misura, mentre l'art. 17 del regolamento Tassonomia fa riferimento alle attività economiche. Ai sensi dell'RRF una misura (ossia un investimento o una riforma) è un intervento che può costituire un'attività economica o che può innescare (modifiche delle) attività economiche. La valutazione DNSH riguarda un ambito di attività diverso rispetto a quello del regolamento Tassonomia, che classifica e stabilisce i criteri per le attività economiche ecosostenibili che contribuiscono in modo sostanziale al raggiungimento degli obiettivi ambientali elencati agli artt. da 10 a 15 del regolamento stesso e che non arrecano un danno significativo a tali obiettivi.

per dare un contributo significativo alla transizione verde, potrebbero anche comportare il rischio di arrecare un danno significativo a una serie di ulteriori obiettivi ambientali, in funzione di come sono progettate²⁰. Ugualmente, nella prospettiva di sostenibilità ecologica del Piano, è da ricordare che il rispetto del diritto ambientale nazionale ed europeo si configura quale un obbligo distinto e non esonera dalla necessità di effettuare la valutazione DNSH.

Nell'ambito del dispositivo di ripresa e resilienza, inoltre, per la valutazione DNSH devono essere considerati gli effetti diretti e gli effetti indiretti di una misura²¹: gli effetti diretti consistono negli effetti a livello di progetto (ad esempio stabilimento di produzione, zona protetta) o a livello di sistema (ad esempio rete ferroviaria, sistema di trasporto pubblico), e si verificano al momento dell'attuazione della misura; gli effetti indiretti sono quelli che si verificano all'esterno di tali progetti o sistemi e si possono manifestare dopo l'attuazione della misura, pur essendo ragionevolmente prevedibili.

Il rispetto del principio DNSH nell'attuazione delle misure del Piano a livello nazionale è stato infine oggetto di una specifica guida operativa da parte del Ministero dell'economia e delle finanze, diramata con circolare n. 32 del 30 dicembre 2021, che ha precisato i requisiti tassonomici, la normativa corrispondente e gli elementi utili a documentare a posteriori il rispetto del principio attraverso un'apposita *checklist*, elaborata in accordo con il competente Ministero della transizione ecologica.

3. Il Piano italiano e la transizione ecologica: tra ambiente ed energia.

Dopo un lavoro avviato a luglio 2020, il Piano italiano di ripresa e resilienza è stato trasmesso dal Governo italiano alla Commissione europea il 30 aprile 2021²² ed è stato quindi approvato, secondo quanto previsto dalla procedura di cui all'articolo 20 del Reg.

²⁰ Ad esempio, una riforma che possa condurre a un aumento dei finanziamenti per i combustibili fossili attraverso banche e istituzioni finanziarie statali, o a un aumento delle sovvenzioni esplicite o implicite per i combustibili fossili, potrebbe essere considerata a rischio di arrecare un danno significativo agli obiettivi di mitigazione dei cambiamenti climatici e di prevenzione e riduzione dell'inquinamento. Tali considerazioni devono trovare riscontro nella valutazione DNSH.

²¹ Tale approccio ricalca l'art. 17 del Reg. UE Tassonomia, che impone di tenere conto dell'impatto ambientale dell'attività e dei prodotti e servizi da essa forniti durante il loro intero ciclo di vita.

²² Il 25 aprile 2021 il Governo ha trasmesso al Parlamento il testo del PNRR, oggetto di comunicazioni del Presidente del Consiglio alle Assemblee di Camera e Senato il 26 e 27 aprile. Sulle comunicazioni sono state approvate le risoluzioni n. 6/00189 della Camera e n. 6/00188 del Senato.

UE 2021/241, dal Consiglio dell'Unione europea con decisione di esecuzione n. 2021/10160 del 13 luglio 2021.

Il Piano comprende misure a sostegno degli obiettivi relativi ai cambiamenti climatici per un importo che rappresenta il 37 % della sua dotazione a valere sul dispositivo di ripresa e resilienza (71.729 milioni di euro su 191,5 miliardi di euro totali), secondo la metodologia per la tracciabilità delle spese destinate al clima di cui all'allegato VI del Reg. UE 2021/241, percentuale che si eleva al 38,9% se considerate le risorse complessive, anche a valere sui fondi *ReactEU*²³ e sul Piano nazionale per gli investimenti complementari²⁴, inseriti comunque nell'esercizio di programmazione del Piano.

Come già evidenziato, le misure, riforme e investimenti, indicati quale contributo climatico, rappresentano un elemento trasversale: possiamo tuttavia ricondurre a quanto previsto dalla Missione 2, che ha per titolo *Rivoluzione verde e transizione ecologica*, il nucleo principale di interventi a supporto alla transizione ecologica. Dei quasi 60 miliardi di euro destinati alla Missione 2, il 34% sono destinati a interventi tendenziali e il restante 66% a interventi nuovi, mentre il 34% è destinato alle regioni del Mezzogiorno.

MISSIONE 2: RIVOLUZIONE VERDE E TRANSIZIONE ECOLOGICA



Fonte: PNRR, p. 120

²³ Il *REACT-EU* (*Recovery Assistance for Cohesion and the Territories of Europe*/Pacchetto di Assistenza alla Ripresa per la Coesione e i Territori d'Europa) è lo strumento europeo che dà seguito e amplia le misure di risposta alla crisi generata dal Covid-19 assegnando risorse supplementari del bilancio EU 2021-2027 alla politica di coesione 2014-2020 per gli anni 2021 e 2022- Tale strumento è stato istituito con il Reg. 2020/2221/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 dicembre 2020 che modifica il Reg. 1303/2013/UE per quanto riguarda le risorse aggiuntive e le modalità di attuazione per fornire assistenza allo scopo di promuovere il superamento degli effetti della crisi nel contesto della pandemia di COVID-19 e delle sue conseguenze sociali e preparare una ripresa verde, digitale e resiliente dell'economia.

²⁴ Il Piano nazionale per gli investimenti complementari, finanziato dallo Stato italiano quale risorsa aggiuntiva al PNRR, ammonta a un totale di 30,6 miliardi ed è stato istituito dal decreto-legge 6 maggio 2021, n. 59, recante *Misure urgenti relative al Fondo complementare al Piano nazionale di ripresa e resilienza e altre misure urgenti per gli investimenti*, convertito con modificazioni, dalla legge 1° luglio 2021, n. 101.

Nei prossimi paragrafi si darà sintesi delle misure connesse direttamente alla transizione ecologica, parte della Missione 1, 2 e 3 del PNRR, distinguendo tra investimenti e riforme.

4. Gli investimenti nella transizione ecologica: le misure principali del PNRR.

La componente 1 della Missione 2 è dedicata alle misure relative ad *Agricoltura sostenibile ed economia circolare*. Rispetto all'agricoltura sostenibile, il Piano prevede di investire 1,5 miliardi di euro in sistemi agrovoltai per migliorare l'efficienza energetica delle aziende agricole attraverso l'installazione di pannelli solari con gestione intelligente dei flussi di energia e accumulatori (2.2 *Parco agrisolare*), insieme alla più specifica misura prevista nella componente 2 e denominata *Sviluppo agro-voltaico*. Per quanto attiene all'economia circolare e alla valorizzazione del ciclo integrato dei rifiuti sono previste complessivamente risorse per 2,3 miliardi di euro, destinate in gran parte alla realizzazione di nuovi impianti di gestione rifiuti e all'ammodernamento di impianti esistenti. La tabella di seguito riportata sintetizza le principali misure e le relative fonti di finanziamento indicate nel PNRR.

| Misura PNRR ufficiale (ITA) | Progetti in essere (Mln€) | FSC (Mln€) | Nuovi progetti (Mln€) | Totale PNRR (Mln€) (a) | Fondo complementare (Mln€) (b) | Totale (Mln€) (a+b) |
|---|---------------------------|------------|-----------------------|------------------------|--------------------------------|---------------------|
| <i>M2C1 - AGRICOLTURA SOSTENIBILE ED ECONOMIA CIRCOLARE</i> | | | | | | |
| <i>Agricoltura sostenibile</i> | | | | | | |
| 2.2 Parco agrisolare | 0 | 0 | 1500 | 1500 | 0 | 1500 |
| <i>Economia circolare e valorizzazione del ciclo integrato dei rifiuti</i> | | | | | | |
| 1.1 Realizzazione nuovi impianti di gestione rifiuti e ammodernamento di impianti esistenti | 0 | 1000 | 500 | 1500 | 0 | 1500 |
| 1.2 Progetti "faro" di economia circolare | 0 | 0 | 600 | 600 | 0 | 600 |
| <i>Progetti integrati</i> | | | | | | |
| 3.1 Isole verdi | 0 | 0 | 200 | 200 | 0 | 200 |
| 3.2 Green communities | 0 | 0 | 135 | 135 | 0 | 135 |
| 3.3 Cultura e consapevolezza su temi e sfide ambientali | 0 | 0 | 30 | 30 | 0 | 30 |

La componente 2 prevede le misure relative a *Energia rinnovabile, idrogeno, rete e mobilità sostenibile* e include importanti investimenti destinati a promuovere le energie rinnovabili per le comunità dell'energia e gli autoconsumatori di energie rinnovabili, così come per sviluppare la produzione di energia *onshore* e *offshore*. È obiettivo degli investimenti previsti in questa componente l'aumento della produzione di idrogeno pulito

in aree industriali dismesse²⁵ per il soddisfacimento di piccole quote della domanda di energia, in particolare nei settori le cui emissioni sono difficili da abbattere (c.d. *hard-to-abate*) installando 5 GW di capacità di elettrolisi.

Nella necessità di differenziazione delle fonti di approvvigionamento energetico, in ottica sostenibile sono da leggere gli investimenti per lo sviluppo del biometano per l'uso nei trasporti e nel riscaldamento. La componente prevede 3,6 miliardi di euro a favore dello sviluppo di soluzioni di reti intelligenti, in particolare a sostegno del rafforzamento e della digitalizzazione della rete di energia elettrica per aumentare la capacità di rete per la distribuzione di fonti di energia rinnovabili. In materia di trasporti locali sostenibili si prevedono investimenti importanti nella mobilità urbana, contribuendo a migliorare la qualità dell'aria²⁶.

Saranno, inoltre, investiti 8 miliardi di euro nella mobilità sostenibile, in particolare in nuove infrastrutture per metropolitane, tramvie e trasporto rapido tramite autobus, nell'acquisto di 3.000 autobus a emissioni zero e materiale rotabile per treni regionali e piste ciclabili.

| Misura PNRR ufficiale (ITA) | Progetti in essere (Mln€) | FSC (Mln€) | Nuovi progetti (Mln€) | Totale PNRR (Mln€) (a) | Fondo complementare (Mln€) (b) | Totale (Mln€) (a+b) |
|--|---------------------------|------------|-----------------------|------------------------|--------------------------------|---------------------|
| <i>M2C2 - ENERGIA RINNOVABILE, IDROGENO, RETE E MOBILITÀ SOSTENIBILE</i> | | | | | | |
| <i>Energia rinnovabile</i> | | | | | | |
| 1.1 Sviluppo agro-voltaico | 0 | 0 | 1098,99 | 1098,99 | 0 | 1098,99 |
| 1.2 Promozione rinnovabili per le comunità energetiche e l'auto-consumo | 0 | 0 | 2200 | 2200 | 0 | 2200 |
| 1.3 Promozione impianti innovativi | 0 | 0 | 675 | 675 | 0 | 675 |
| 1.4 Sviluppo bio-metano | 0 | 0 | 1923,4 | 1923,4 | 0 | 1923,4 |
| 5.1: Rinnovabili e batterie | 0 | 0 | 1000 | 1000 | 0 | 1000 |
| <i>Infrastrutture di rete</i> | | | | | | |
| 2.1 Rafforzamento <i>smart grid</i> | 0 | 0 | 3610 | 3610 | 0 | 3610 |
| 2.2 Interventi su resilienza climatica reti | 0 | 0 | 500 | 500 | 0 | 500 |
| <i>Investimenti nella filiera dell'idrogeno</i> | | | | | | |
| 3.1 Produzione in aree industriali dismesse | 0 | 0 | 500 | 500 | 0 | 500 |
| 3.2 Utilizzo in settori hard-to-abate | 0 | 0 | 2000 | 2000 | 0 | 2000 |

²⁵ Secondo quanto riportato nel PNRR a p. 102, in aree quali quella di Taranto il Fondo per una transizione giusta può successivamente integrare gli investimenti del dispositivo per la ripresa e la resilienza nella produzione di *acciaio pulito* basata sull'idrogeno accompagnata dal miglioramento delle qualifiche e della riqualificazione dei lavoratori del settore dell'acciaio.

²⁶ L'Unione europea ha aperto a carico dell'Italia tre procedure di infrazione in tema di qualità dell'aria, visto il superamento dei limiti in atmosfera delle polveri di particolato e biossidi di azoto. Si tratta delle procedure nn. 2014/2147 e 2015/2043, per cui è stata già condannata in sede di Corte di giustizia europea, e la n. 2020/2099.

| | | | | | | |
|---|------|------|--------|--------|------|--------|
| 3.3: Sperimentazione dell'idrogeno per il trasporto stradale | 0 | 0 | 230 | 230 | 0 | 230 |
| 3.4: Sperimentazione dell'idrogeno per il trasporto ferroviario | 0 | 0 | 300 | 300 | 0 | 300 |
| 3.5 Ricerca e sviluppo sull'idrogeno | 0 | 0 | 160 | 160 | 0 | 160 |
| <i>Investimenti nella filiera dell'idrogeno</i> | | | | | | |
| 4.1: Rafforzamento mobilità ciclistica | 200 | 0 | 400 | 600 | 0 | 600 |
| 4.2: Sviluppo trasporto rapido di massa | 1400 | 1500 | 700 | 3600 | 0 | 3600 |
| 4.3 Sviluppo infrastrutture ricarica elettrica | 0 | 0 | 741,32 | 741,32 | 0 | 741,32 |
| 4.4: Rinnovo flotte bus e treni verdi | 600 | 0 | 3039 | 3639 | 1400 | 5039 |
| <i>Filiera della transizione</i> | | | | | | |
| 5.1: Rinnovabili e batterie | 0 | 0 | 1000 | 1000 | 0 | 1000 |
| 5.2 Idrogeno | 0 | 0 | 450 | 450 | 0 | 450 |
| 5.3: Bus elettrici (filiera industriale) | 50 | 0 | 250 | 300 | 0 | 300 |
| 5.4: Supporto a start-up e venture capital attivi nella transizione ecologica | 0 | 0 | 250 | 250 | 0 | 250 |

La componente 3, denominata *Efficienza energetica e riqualificazione degli edifici*, sostiene gli sforzi in materia di resilienza sismica e qualità delle infrastrutture, rafforzando l'efficiamento degli edifici pubblici e privati.

| Misura PNRR ufficiale (ITA) | Progetti in essere (Mln€) | FSC (Mln€) | Nuovi progetti (Mln€) | Totale PNRR (Mln€) (a) | Fondo complementare (Mln€) (b) | Totale (Mln€) (a+b) |
|--|---------------------------|------------|-----------------------|------------------------|--------------------------------|---------------------|
| <i>M2C3 - EFFICIENZA ENERGETICA E RIQUALIFICAZIONE DEGLI EDIFICI</i> | | | | | | |
| <i>Efficientamento edifici pubblici</i> | | | | | | |
| 1.1 Piano di sostituzione di edifici scolastici e di riqualificazione energetica | 0 | 200 | 600 | 800 | 0 | 800 |
| 1.2 Efficientamento degli edifici giudiziari | 0 | 0 | 411,74 | 411,74 | 0 | 411,74 |
| <i>Efficientamento energetico e sismico edilizia residenziale privata e pubblica</i> | | | | | | |
| 2.1 Ecobonus fino al 110% per l'efficienza energetica e Sismabonus | 10255 | 0 | 3695 | 13950 | 4563,61 | 18513,61 |
| <i>Sistemi di teleriscaldamento</i> | | | | | | |
| 3.1 Sviluppo di sistemi di teleriscaldamento | 0 | 0 | 200 | 200 | 0 | 200 |

La componente 4 è dedicata alle misure relative alla *Tutela del territorio e della risorsa idrica*. Le misure indicate in questo raggruppamento puntano da un lato al miglioramento della resilienza dei sistemi idrici e delle infrastrutture idriche primarie per la sicurezza dell'approvvigionamento e al miglioramento della qualità delle acque interne e marine e dall'altro a mitigare i rischi legati al dissesto idrogeologico. La componente contiene inoltre alcune misure volte a sostenere la protezione della biodiversità, nello specifico misure di sostegno alle attività di ricerca e monitoraggio legate al ripristino delle risorse marine, allo

sviluppo dei boschi urbani e periurbani e alla *rinaturalizzazione* del fiume Po e delle aree contermini.

| Misura PNRR ufficiale (ITA) | Progetti in essere (Mln€) | FSC (Mln€) | Nuovi progetti (Mln€) | Totale PNRR (Mln€) (a) | Fondo complementare (Mln€) (b) | Totale (Mln€) (a+b) |
|--|---------------------------|------------|-----------------------|------------------------|--------------------------------|---------------------|
| <i>M2C4 - TUTELA DEL TERRITORIO E DELLA RISORSA IDRICA</i> | | | | | | |
| <i>Capacità di previsione degli effetti del cambiamento climatico</i> | | | | | | |
| 1.1 Realizzazione di un sistema avanzato ed integrato di monitoraggio e previsione | 0 | 0 | 500 | 500 | 0 | 500 |
| <i>Dissesto idrogeologico e vulnerabilità del territorio</i> | | | | | | |
| 2.1 Misure per la gestione del rischio di alluvione e per la riduzione del rischio idrogeologico | 1687,1 | 0 | 800 | 2487,1 | 0 | 2487,1 |
| 2.2 Interventi per la resilienza, la valorizzazione del territorio e l'efficienza energetica dei Comuni | 6000 | 0 | 0 | 6000 | 0 | 6000 |
| <i>Tutela delle aree verdi, del suolo e delle aree marine</i> | | | | | | |
| 3.1 Tutela e valorizzazione del verde urbano ed extraurbano | 30 | 0 | 300 | 330 | 0 | 330 |
| 3.2 Digitalizzazione dei parchi nazionali | 0 | 0 | 100 | 100 | 0 | 100 |
| 3.3 Rinaturazione dell'area del Po | 0 | 0 | 357 | 357 | 0 | 357 |
| 3.4 Bonifica dei siti orfani | 0 | 0 | 500 | 500 | 0 | 500 |
| 3.5 Ripristino e tutela dei fondali e degli habitat marini | 0 | 0 | 400 | 400 | 0 | 400 |
| <i>Risorse idriche e qualità ambientale delle acque interne e marittime</i> | | | | | | |
| 4.1: Investimenti in infrastrutture idriche primarie per la sicurezza dell'approvvigionamento idrico | 1100 | 0 | 900 | 2000 | 0 | 2000 |
| 4.2: Riduzione delle perdite nelle reti di distribuzione dell'acqua, compresa la digitalizzazione e il monitoraggio delle reti | 0 | 0 | 900 | 900 | 0 | 900 |
| 4.3: Investimenti nella resilienza dell'agro-sistema irriguo | 360 | 0 | 520 | 880 | 0 | 880 |
| 4.4 Investimenti in fognatura e depurazione | 0 | 0 | 600 | 600 | 0 | 600 |

Un ulteriore rilevante contributo agli obiettivi climatici è dato anche dalla Missione 3 *Infrastrutture per una mobilità sostenibile*. Il Piano prevede in questa sezione investimenti significativi sugli assi ferroviari, per il rafforzamento dei nodi metropolitani e dei collegamenti nazionali chiave e interventi per la sostenibilità ambientale dei porti (cui sono destinati 270 milioni di euro), il loro efficientamento energetico (50 milioni a valere sul fondo complementare) e l'elettrificazione delle banchine (700 milioni a valere sul fondo complementare).

Da questa sintetica analisi emerge già, dal punto di vista sostanziale, come la narrativa delle misure per la transizione ecologica manchi di una certa coerenza interna e sistematicità e

si concentri più sulla composizione degli interessi coinvolti nella fase attuativa che a supportare dalle fondamenta e in maniera sistemica il processo di transizione. Non sarà, infatti, sfuggito come rispetto alle problematiche strutturali del Sistema Paese, che compromettono direttamente la qualità dell'ambiente percepita dai cittadini e l'attività degli operatori economici – e su cui già si soffermano periodicamente le Raccomandazioni dei *country report* del Semestre europeo della Commissione e rispetto a cui il nostro Paese è già stato condannato più volte dalla Corte di giustizia dell'Unione europea²⁷, distraendo nel pagamento delle relative sanzioni fondi di bilancio altrimenti utilizzabili per interventi ambientali –, non sono destinate nuove risorse ma, quasi ed esclusivamente, solo risorse tendenziali.

5. Le riforme per la transizione ecologica.

Oltre agli investimenti, altra componente fondamentale del Piano sono le riforme²⁸. Le riforme puntano, in particolare, a ridurre gli oneri burocratici e rimuovere i vincoli che rallentano la realizzazione degli investimenti o ne riducono la produttività. Come tali, sono espressamente connesse agli obiettivi generali del Piano, concorrendo, direttamente o indirettamente, alla loro realizzazione. Il Piano prevede riforme settoriali relative anche alla transizione ecologica, innovazioni normative destinate a introdurre regimi regolatori e procedurali più efficienti o documenti strategici che possano orientare e coordinare in maniera più efficiente le politiche territoriali.

Tra le riforme possiamo distinguere le azioni per la semplificazione normativa e amministrativa e quelle afferenti alla programmazione strategica. Rientrano tra le prime gli

²⁷ Basti qui pensare alle questioni connesse alle discariche abusive, oggetto delle cause C-498/17, C/135/05 e C-196/13, alle acque reflue, su cui già sono arrivate a sentenza le cause C-668/19, C-85/13 e C-251/17, o le più recenti sulla qualità dell'aria, C-644/18 e C-573/19.

²⁸ Il Piano comprende tre diverse tipologie di riforme: (i) riforme trasversali a tutte le Missioni del Piano, consistenti in innovazioni strutturali dell'ordinamento, idonee a migliorare l'equità, l'efficienza e la competitività e, con esse, il clima economico del Paese (giustizia e pubblica amministrazione); (ii) riforme abilitanti, ovvero gli interventi funzionali a garantire l'attuazione del Piano e in generale a rimuovere gli ostacoli amministrativi, regolatori e procedurali che condizionano le attività economiche e la qualità dei servizi erogati (es. contratti pubblici, qualità della regolazione, federalismo fiscale, tax gap, semplificazione amministrativa, contabilità economico-patrimoniale, tempi di pagamento della PA, anticorruzione, investimenti e interventi nel Mezzogiorno, edilizia, urbanistica e rigenerazione urbana); (iii) riforme settoriali, relative a specifici ambiti di intervento e contenute all'interno delle singole Missioni.

interventi sulle procedure di autorizzazione per gli impianti rinnovabili, per la produzione e il consumo del biogas e per la produzione dell'idrogeno (M2C2), nonché per l'implementazione di interventi per l'efficientamento energetico (M2C3) e le misure di semplificazione normativa e amministrativa per l'implementazione degli interventi relativi al dissesto idrogeologico e all'approvvigionamento idrico (M2C4). Appartengono invece alla categoria degli atti di programmazione la Strategia nazionale per l'economia circolare e il Programma nazionale per la gestione dei rifiuti (M2C1), documenti strategici di supporto e di sviluppo unitario alla pianificazione regionale, e il Programma nazionale sul controllo dell'inquinamento (M2C4), necessario per il miglioramento della qualità dell'aria.

Un'ulteriore riforma afferente alla transizione ecologica è presente nella Missione 1 relativa a *Turismo e Cultura*, con l'adozione dei criteri ambientali minimi per gli eventi culturali (M1C3).

La figura riportata di seguito sintetizza in maniera grafica le riforme presenti nel PNRR relative alla citata Missione 2 *Rivoluzione verde e transizione ecologica*.

C1 – Agricoltura sostenibile ed economia circolare

1. Economia circolare e valorizzazione del ciclo integrato dei rifiuti

- Strategia nazionale per l'economia circolare
- Programma nazionale per la gestione dei rifiuti
- Supporto tecnico alle autorità locali

C2 – Energia rinnovabile, idrogeno e mobilità sostenibile

1. Energia rinnovabile

- Semplificazione delle procedure di autorizzazione per gli impianti rinnovabili onshore e offshore
- Promozione di produzione e consumo di biogas

3. Idrogeno

- Semplificazione amministrativa per la diffusione dell'idrogeno
- Misure per promuovere la competitività dell'idrogeno

4. Mobilità sostenibile

- Procedure per la valutazione di progetti di trasporto pubblico locale e di trasporto rapido di massa
- Programmi nazionali sul controllo dell'inquinamento dell'aria

C3 – Efficienza energetica e riqualificazione degli edifici

2. Efficientamento edilizia residenziale privata e pubblica

- Semplificazione e accelerazione delle procedure per l'implementazione di interventi per l'efficientamento energetico

C4 – Tutela del territorio e della risorsa idrica

1. Monitoraggio integrato del territorio per la resilienza ai cambiamenti climatici

- Semplificazione e accelerazione delle procedure per l'implementazione di interventi contro il dissesto idrogeologico

2. Tutela del territorio

- Semplificazione della normativa e rafforzamento della governance nell'ambito delle infrastrutture di approvvigionamento idrico
- Revisione e potenziamento della capacità progettuale e gestionale dei Consorzi di bonifica

3. Gestione sostenibile della risorsa idrica

- Misure per la piena attuazione degli affidamenti nel Servizio Idrico Integrato

Fonte: MITE

6. La sfida della transizione ecologica nel PNRR: una occasione mancata?

L'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza rappresenta una sfida notevole per l'apparato pubblico italiano chiamato alla messa a terra in sei anni di una mole di risorse

economiche non indifferente, maggiore rispetto anche alle risorse dei fondi strutturali a cui hanno avuto accesso negli anni le Amministrazioni centrali e territoriali, con esiti non univoci.

Se la possibilità di accedere ai finanziamenti del dispositivo di ripresa e resilienza ha reso possibile limitare il peso degli interessi sul debito pubblico necessario a far ripartire il ciclo economico post pandemico, lo sforzo politico e amministrativo di programmazione condotto nel 2020 e nei primi mesi del 2021 dovrà tradursi entro il 2026 in una molteplicità di atti normativi e amministrativi utili a calare nella realtà nazionale le risorse provenienti, quali sovvenzioni o prestiti, dalle istituzioni europee.

Prendendo ad esempio il settore della transizione ecologica, se volessimo considerare la capacità di messa a terra delle risorse fuori bilancio ordinario, considerando la gestione dei fondi europei o nazionali di coesione da parte delle Amministrazioni centrali titolari di Programmi operativi nazionali, il cui funzionamento è abbastanza simile a quello del PNRR, scopriremmo tuttavia che in passato la capacità di reazione agli input europei e nazionali ha avuto ampi limiti: basti qui ricordare la performance di spesa del Ministero della transizione ecologica rispetto ai fondi del Programma operativo ambiente 14/20, poi confluito, a seguito della delibera CIPESS n. 6 del 29 luglio 2021, nel Piano sviluppo e coesione del medesimo Ministero, che al 31 dicembre 2020 indicava una spesa realizzata di appena il 4% e impegni per il 33% delle risorse complessive stimate in poco più di 3 miliardi di euro²⁹.

Del resto nemmeno lo sforzo di programmazione del PNRR sembra porre una soluzione alla problematica strutturale del bilancio dello Stato che manca di risorse ordinarie relative agli interventi ambientali: se consideriamo, ad esempio, il bilancio del 2021 dell'allora Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare³⁰, diventerebbe evidente che il miliardo scarso assegnato a tale Amministrazione sia, quasi per la totalità, destinato a far fronte a spese obbligatorie e quindi non programmabili per i necessari interventi a regia nazionale, d'altra parte disabituando la burocrazia alla programmazione economica e finanziaria.

²⁹ V. la Relazione annuale 2020 sullo stato di attuazione dei Piani Operativi/Piani Stralcio (FSC 2014-2020) al link: https://www.mite.gov.it/sites/default/files/archivio/allegati/POA/relazione_annuale_approvata_stato_attuazione_31-12-2020.pdf.

³⁰ A tal fine v. l'allegato Tabella 9 alla legge 24 settembre 2021, n. 143, recante *Disposizioni per l'assessamento del bilancio dello Stato per l'anno finanziario 2021*.

Il necessario processo di potenziamento delle Amministrazioni centrali e territoriali, utile a prevenire performance di spesa non all'altezza dell'ambizione ecologica del Piano, non ha visto però colmare le carenze di capacità amministrativa con interventi strutturali e sistemici.

Da un lato, l'apprensione generata dall'attuazione del PNRR continua a portare in secondo piano la gestione dei processi ordinari, tendenza che non è comunque stata limitata dal ricorso generico all'esternalizzazione dei processi di gestione dei fondi. Ciò è avvenuto spesso a favore degli enti di investimento partecipati dallo Stato o delle multinazionali della consulenza o attraverso il reclutamento di esperti a termine. Si è così nuovamente mancata l'opportunità di internalizzare in maniera strutturale e strutturata le necessarie competenze sui temi della programmazione e della gestione dei fondi, disinvestendo nel medio-lungo termine sulla capacità amministrativa del settore pubblico.

Dall'altro lato, si sta assistendo a una proliferazione di nuovi organismi, in un'operazione di elefantiasi burocratica d'altri tempi, più utile a incoraggiare il bizantinismo amministrativo che a efficientare la macchina organizzativa. Basti pensare alla struttura composita, unica nel suo genere, istituita presso il Ministero della transizione ecologica, ai sensi del combinato disposto degli art. 8, co. 1, del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2021, n. 108, e art. 17-sexies, co. 1, del decreto-legge 9 giugno 2021, n. 80, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2021, n. 113. Secondo tali previsioni normative, a sovrintendere sulle misure di competenza del Piano l'Unità di missione, con scadenza al 2026, è articolata come struttura dipartimentale al vertice di due direzioni generali e di otto uffici dirigenziali non generali, seppur l'attuazione operativa delle misure sia rimasta in capo alle strutture amministrative ordinarie. Tale struttura si sovrappone, per funzioni, alle dieci direzioni generali già in essere presso il Ministero e crea evidenti cortocircuiti sia sul versante delle competenze ad esercitare le funzioni attuative del PNRR sia sul versante delle responsabilità. A ciò si aggiunga che alla nomina dei vertici dirigenziali della suddetta struttura non è seguita ancora la nomina dei funzionari chiamati concretamente ad operare: un po' come se si costituisse un nuovo esercito composto solo da ufficiali.

A ciò fa da contraltare una *governance* accentrata presso il Ministero dell'Economia e delle Finanze, e poco partecipata, che sin dal momento di programmazione ha avuto come limite il fatto di essersi rivolta più verso sé stessa che verso gli interlocutori istituzionali dei

territori e le parti sociali, beneficiari effettivi e diretti delle misure del PNRR. La costrizione dei passaggi di consultazione parlamentare e lo scarso margine di manovra di Camera e Senato sui contenuti del Piano³¹, uniti alla marginalità della funzione consultiva cui sono relegati nei momenti decisionali il Tavolo permanente per il partenariato economico, sociale e territoriale e i tavoli settoriali, non aiutano la comprensione da parte dei cittadini del disegno di ripresa e resilienza e le misure eco-sostenibili, relegandoli al ruolo di meri spettatori di cerimonie politiche o amministrative limitate alla comunicazione dell'avvio di bandi e gare.

Parimenti manca alcun tipo di facilitazione informativa, anche georeferenziata, che permetta di conoscere intuitivamente dove vengono canalizzate le risorse e in quali opere infrastrutturali, questione ancor più rilevante quando attiene i temi dell'ambiente e della sostenibilità. Si pensi che già la versione del Piano pubblicato sul sito internet istituzionale di "Italia domani" si discosta talvolta nelle cifre e nelle misure dal dettaglio seguito dalle Amministrazioni centrali, pubblicato nei relativi siti internet. Inoltre, il coordinamento gestionale bifronte, distribuito tra la Presidenza del Consiglio dei ministri e le nuove strutture amministrative del Ministero dell'economia e delle finanze, non sembra aiutare il lavoro di monitoraggio sull'attuazione delle misure da parte delle Amministrazioni centrali, spesso chiamate a rendicontare le medesime informazioni secondo modelli informativi diversi, e di riflesso della società civile.

La stessa produzione normativa, che da un lato dovrebbe semplificare l'attuazione e dall'altro veicolare le riforme trasversali e settoriali, stenta in una stratificazione normativa che vede una continua novazione di contesti e procedure attraverso la decretazione d'urgenza e i relativi disegni di legge di conversione³², in cui spesso trovano posto norme

³¹ Rispetto al ruolo del Parlamento nella fase attuativa, l'art. 1, co. 1045, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, ha previsto la trasmissione alle Camere da parte del Consiglio dei ministri di una relazione annuale, entro il 30 giugno di ciascun anno dal 2021 al 2027, nella quale sono riportati i prospetti sull'utilizzo delle risorse del programma *Next Generation EU* e sui risultati raggiunti. La relazione indica, altresì, le eventuali misure necessarie per accelerare l'avanzamento dei progetti e per una migliore efficacia degli stessi rispetto agli obiettivi perseguiti.

³² Ad oggi rispetto alla gestione del PNRR e messa a terra delle misure è possibile contare sulle seguenti fonti normative: legge 30 dicembre 2020, n. 178, recante *Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2021 e bilancio pluriennale per il triennio 2021-2023*; decreto-legge 31 maggio 2021, n.77, recante *Rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure*, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2021, n. 108; decreto-legge 6 maggio 2021, n. 59, recante *Misure urgenti relative al Fondo complementare al Piano nazionale di ripresa e resilienza e altre misure urgenti per gli investimenti*, convertito, con modificazioni, dalla legge 1 luglio 2021, n. 101; decreto-legge 9 giugno 2021, n. 80, recante *Rafforzamento della capacità amministrativa delle pubbliche amministrazioni funzionale all'attuazione del PNRR e l'efficienza della giustizia*, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto

che deviano dall'obiettivo primario del Piano. Si tratta, questo, di un punto decisamente critico: si ha, infatti, l'impressione che il PNRR sia diventato una sorta di *scusa* per poter adottare normative volte a raddoppiare le filiere decisionali, a complicare le procedure, ad assumere personale senza effettive selezioni e, spesso, senza neanche un'analisi dei fabbisogni e delle competenze. Con la *scusa* del PNRR sono state così approvate norme che hanno pesantemente aumentato il numero di provvedimenti di *semplificazione* con l'ovvio effetto di aver, ovviamente, complicato, burocratizzato, gerarchizzato, triplicato, passaggi amministrativi già in precedenza confusi.

A corollario, vi sono le istituzioni europee chiamate a vigilare sull'attuazione e sull'avanzamento dei pagamenti semestrali ma che, anche spinte dal costante mutare della situazione internazionale e, non in ultimo, in reazione alla crisi energetica e delle materie prime dovuta alla crisi ucraina, insistono, anche su spinta degli Stati membri, a promuovere una continua revisione dei meccanismi che regolamentano il dispositivo di ripresa e resilienza.

Proprio rispetto ai temi della transizione ecologica, orientati dalla necessità di un approvvigionamento energetico diversificato, i leader europei nella dichiarazione di Versailles dell'11 marzo 2022³³ hanno concordato, come poi confermato nelle Conclusioni del Consiglio Europeo informale del 30 e 31 maggio 2022, sulla revisione del Reg. UE 2021/241, tratteggiata dalla Commissione nella Comunicazione (2022)230 del 18 maggio 2022, relativa al nuovo piano *REPowerEU*³⁴. Il principale punto oggetto della proposta di modifica attiene l'inserimento di un nuovo capitolo nei Piani nazionali per il perseguimento

2021, n. 113; decreto-Legge 10 settembre 2021, n. 121, recante *Disposizioni urgenti in materia di investimenti e sicurezza delle infrastrutture, dei trasporti e della circolazione stradale, per la funzionalità del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, del Consiglio superiore dei lavori pubblici e dell'Agenzia nazionale per la sicurezza, delle ferrovie e delle infrastrutture stradali e autostradali*, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 novembre 2021, n. 156; decreto-legge 6 novembre 2021, n. 152, recante *Disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza e per la prevenzione delle infiltrazioni mafiose*, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 dicembre 2021, n. 233; decreto-legge 30 aprile 2022, n. 36, recante *Ulteriori misure urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza*, in corso di conversione; decreto-legge 16 giugno 2022, n. 68, recante *Disposizioni urgenti per la sicurezza e lo sviluppo delle infrastrutture, dei trasporti e della mobilità sostenibile, nonché in materia di grandi eventi e per la funzionalità del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili*, in corso di conversione.

³³ Il 10 e 11 marzo 2022 i leader dell'Unione europea durante una sessione della riunione informale dei Capi di Stato e di Governo hanno adottato una dichiarazione riguardante l'aggressione russa nei confronti dell'Ucraina, il rafforzamento delle capacità di difesa, la riduzione delle dipendenze energetiche e la costruzione di una base economica più solida.

³⁴ *REPowerEU* è il piano della Commissione europea per rendere l'Europa indipendente dai combustibili fossili russi ben prima del 2030, a seguito dell'invasione russa dell'Ucraina, presentato con la comunicazione COM(2022)230 il 18 maggio 2022.

degli obiettivi di diversificazione delle fonti energetiche di approvvigionamento. Dal punto di vista ambientale rimane critica la scelta di una deroga all'applicazione del principio *do no significant harm* per le misure legate al petrolio e al gas.

Al di là di quanto sarà deciso rispetto all'effettiva ambizione ambientale delle modifiche al dispositivo di ripresa e resilienza, anche alla luce della crisi ucraina, la transizione ecologica abbozzata dal PNRR italiano appare inserita in una narrativa incerta e talvolta contraddittoria, in cui spesso le necessità effettive dei territori e dei cittadini si collocano in secondo piano. Basti pensare, a titolo esemplificativo, a quanto accaduto agli interventi di mitigazione del rischio di dissesto idrogeologico, questione problematica prioritaria già evidenziata dalla Commissione europea nel *country report* del 2019³⁵, che di fatto vedono assegnate nel Piano solo risorse in tendenziale e quindi nessuna risorsa *nuova* e aggiuntiva per interventi effettivi e concreti.

Il percorso per realizzare la transizione ecologica, anche al netto dell'incertezza del contesto internazionale, appare ancora in salita nonostante l'iniezione dei fondi europei del dispositivo di ripresa e resilienza e soprattutto alla ricerca di un disegno complessivo e coerente. Quel che rimane all'osservatore esterno scorrendo il PNRR italiano è la sensazione di un catalogo di interventi abbozzato, frutto del lavoro di una mano incerta e confusa, sin troppo preoccupata di comporre gli interessi del presente a scapito del futuro delle giovani generazioni.

Abstract: Il dispositivo di ripresa e resilienza rappresenta non solo uno dei pilastri di sostegno finanziario dell'Unione europea per promuovere la crescita dell'economia europea a seguito degli effetti della pandemia da covid-19 ma soprattutto un tentativo di orientare la ripresa su obiettivi forti di ambizione climatica e ambientale. Il rispetto del *green tagging* e del principio *do not significant harm* rappresentano gli strumenti normativi

³⁵ I *Country reports*, momento rilevante del semestre europeo per il coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri, sono le relazioni con cui la commissione europea esamina la situazione economica e sociale degli stati membri dell'Ue. In quello italiano del 2019, la Commissione analizzava i progressi compiuti rispetto alle raccomandazioni espresse dal 2011 al 2018: emerge dal rapporto che l'Italia ha compiuto qualche progresso sul 57% delle raccomandazioni ricevute, mentre ha registrato progressi limitati o nessun progresso per il restante 43%. Critica la sezione relativa alla crescita verde, che individuava tra le priorità investimenti per l'efficienza energetica e a favore delle rinnovabili, la prioritizzazione di interventi per l'adattamento ai cambiamenti climatici, la prevenzione dei rischi e la resilienza alle catastrofi e la gestione sostenibile delle acque e dei rifiuti. La Commissione inoltre richiedeva maggiori investimenti strutturali nella capacità amministrative del settore pubblico, soprattutto a livello locale. V. https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/file_import/2019-european-semester-country-report-italy_it.pdf.

utili a incanalare i Piani di ripresa e resilienza nazionali ad immaginare una riforma verde delle proprie economie: in Italia, tuttavia, la declinazione di tale prospettiva sembra scontare le difficoltà intrinseche del nostro ordinamento e di scelte di policy che sembrerebbero rendere nei fatti faticosa la programmazione delle risorse.

Abstract: The Recovery and Resilience Facility represents not only one of the main financial support instrument of the European Union financial policy to promote the growth of the European economy following the effects of the covid-19 pandemic but above all an attempt to direct the recovery towards strong objectives related to the climatic and environmental ambition. The respect for *green tagging* and *do not significant harm* principles in planning the RRF resources is the regulatory tool for channeling national recovery and resilience plans to imagine a green reform of their economies: in Italy, however, the declination of this perspective seems discount the intrinsic difficulties of our legal system and policy choices that make resource planning difficult.

Parole chiave: NextGenEU – PNRR – green tagging – do not harm – programmazione europea.

Key words: NextGenEU – PNRR – green tagging – do not harm – European planning.

IL DOVERE AL DOCUMENTO E LE DESECRETAZIONI DELLA XVIII LEGISLATURA.

di Giampiero Buonomo **

92

Il *dovere al documento* – l'imperativo di custodia e tutela delle carte storiche, che la risoluzione 2382(2021) dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa lega al diritto alla conoscenza dei cittadini – astringe tutti coloro che svolgono funzioni pubbliche: gli archivi storici (ed i loro contenuti) fanno parte infatti a pieno titolo della definizione di *beni culturali*, di cui al decreto legislativo n. 42 del 2004. Il cosiddetto *codice Urbani* – che reca questa importante statuizione, correlata al principio di non discriminazione nell'accesso – procede senza eccettuare gli *archivi in deroga*, cioè quelli autorizzati ad essere mantenuti presso l'Ente originatore (la struttura amministrativa che ha prodotto le carte): si tratta degli archivi degli organi costituzionali ma anche di quelli del Ministero per gli affari esteri e degli Stati maggiori dell'esercito, della marina e dell'aeronautica (per quanto attiene la documentazione di carattere militare e operativo); ai sensi dell'art. 10, legge 3 agosto 2007, n. 124, vi rientrano anche quelli dei Servizi di informazione e sicurezza, sia pure con un regime speciale dettato da uno speciale regolamento di attuazione «da cui consegue, di fatto, l'inibizione all'accesso e alla consultazione di atti e documenti fondamentali per la ricostruzione delle vicende storiche italiane»¹.

L'esperienza di un archivio storico, come quello del Senato della Repubblica, è generalmente considerata virtuosa, ma anche questo piccolo vascello, navigando nel *mare magnum* dell'archivistica, incontra una serie di criticità che risentono del contesto nazionale ed europeo in cui opera: l'approccio prescelto dal presidente Marilotti, a partire dal suo insediamento nel 2018, è stato di tipo induttivo e, nella scelta del particolare da cui

** Consigliere parlamentare.

¹ Senato della Repubblica, *Giunte e Commissioni*, 23 novembre 2021, pp. 104-107, ordine del giorno G/2448 sez. I/5/7a testo 2.

partire, sono state ovviamente le problematiche quotidiane a *dare il la* per scalare il cielo delle fattispecie più generali².

Il primo problema operativo riguardava i documenti non ostensibili: si è rilevato, infatti, che per una parte si trattava di atti prodotti dalle stesse commissioni di inchiesta (con originali risalenti a prima del 2001 non tutti scansionati), cui si applicava la teoretica della sottrazione alla pubblica conoscenza elaborata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 231/1975, nel silenzio della delibera di pubblicità degli atti. Un fronte di ricerca interessante, cui si rivolgevano autorevoli utenti, atteneva infatti le bozze di resoconto stenografico da seduta segreta, ovvero i *verbatim* o i riassunti delle sedi non plenarie: tutto materiale che, spesso ripercorrendo le correzioni apportate dall'oratore, offre uno squarcio su atti sin qui interni all'organo parlamentare, ma non per questo meno interessanti sulle dinamiche dell'inchiesta³. Per essi – salvo il caso dell'auditato sopravvissuto o dell'Istituzione di sicurezza di appartenenza che negano il consenso alla pubblicazione – nel luglio 2020 si è ottenuta dal Consiglio di Presidenza del Senato la rimozione del *segreto funzionale*: pertanto sono stati messi a disposizione della cittadinanza col regime di pubblicità massima, quella dell'accesso libero su *Internet* sul sito dell'Archivio storico del Senato.

Qui il pendolo dell'interesse della Commissione si spostò sugli atti sotto *segreto eteronomo* (cioè non disponibile da parte del Senato, perché derivante da soggetto ad esso esterno): ciò alla luce del fatto che l'organo parlamentare - presieduto per anni dai senatori Gualtieri e Pellegrino - aveva acquisito (e versato) una grandissima parte di documenti di fonte esterna al Parlamento, da servizi segreti, ministeri, magistratura e, talvolta, anche governi stranieri o loro agenzie. Il problema, che si poneva da tempo per i *doppioni*, si andava sorprendentemente ad estendere agli *originali*.

Quello dei *doppioni* in archivistica è già in sé un problema serio, visto che presuppone un *archetipo omega* ed una o più sue riproduzioni con supporti di vario genere (a seconda della tecnologia del dato momento storico, in cui vengono tratte). Lo diventa vieppiù perché, con

² Si rammenta come il Presidente abbia portato le questioni emerse al dibattito pubblico, aperto dall'articolo pubblicato dalla *Stampa* e dal *Secolo XIX* il 23 agosto 2021 a firma dello stesso senatore Marilotti, e proseguito con l'articolo pubblicato dal *Secolo XIX* il 27 agosto 2021 dal deputato Mollicone, per finire con l'articolo pubblicato il 2 settembre 2021 sul *Secolo XIX* dall'onorevole Guido Melis.

³ Giampiero Buonomo, *Sulla strage di Piazza Fontana. Un primo contributo di analisi dopo l'abolizione del "segreto funzionale" sugli atti interni delle cessate commissioni parlamentari d'inchiesta fino al 2001*, *Questione giustizia*, 14 ottobre 2020.

i mezzi a disposizione, si rivela assai problematica la ricerca – all'interno di fondi di dimensioni ipertrofiche (la sola Commissione stragi versò all'archivio storico del Senato oltre un milione di pagine) – di corrispondenze biunivoche con fondi esterni, compreso quello di provenienza della *copia*: un problema tutt'altro che astratto, perché di fatto impediva all'archivio di uniformarsi al livello di declassifica anticipata, imposto per gli atti prodotti dalle agenzie governative dalle direttive emanate dalla Presidenza del Consiglio dei ministri nel 2008⁴ e nel 2014⁵. Non è un caso che il deciso impulso, segnato dal presidente Draghi dopo la terza direttiva nel 2021⁶, si è recentemente valso di un applicativo *web-based* che prevede un ambiente di *backoffice* dedicato all'inventariazione e alla gestione delle entità archivistiche, con un'interfaccia utente che ne consente la ricerca e un motore di ricerca semantico che ne facilita la consultazione al Palazzo degli archivi dell'Eur⁷.

Per anni l'assenza anche solo di una tabella di corrispondenza – nella metadattazione degli atti versati come *liberi* all'Archivio centrale dello Stato (ACS) in applicazione delle tre direttive – aveva reso pressoché impossibile procedere alle parallele declassifiche, per i fondi senatizi che possedevano copie di quegli atti (anche come *file* di immagine), ma censiti secondo linguaggi informatici disomogenei. Questa difficoltà, di procedere in via massiva, appesantiva il sistema degli *interpelli*, con cui su istanza del singolo utente si chiede all'Ente originatore del documento l'attualità della classifica sul singolo documento: una questione, già politicamente risolta a livello governativo con l'emanazione delle direttive, continuava ad essere rimessa ad una metodologia dimostratasi inefficace (da anni il rapporto tra interpelli accolti e non accolti, o addirittura senza riscontro, era assai poco lusinghiero), per di più ad impulso puntiforme (da parte del singolo storico che richiede il singolo documento).

⁴ La direttiva PCM 8 aprile 2008, a firma Prodi, riguardava i documenti riferibili al rapimento ed alla morte dell'onorevole Aldo Moro.

⁵ La direttiva PCM 22 aprile 2014, a firma Renzi, riguardava i documenti riferibili agli eventi di piazza Fontana a Milano (1969), di Gioia Tauro (1970), di Peteano (1972), della questura di Milano (1973), di piazza della Loggia a Brescia (1974), dell'Italicus (1974), di Ustica (1980), della stazione di Bologna (1980) e del rapido 904 (1984).

⁶ La direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 2 agosto 2021 riguardava tutta la documentazione "concernente l'organizzazione Gladio e quella relativa alla Loggia Massonica P2".

⁷ Per l'illustrazione di questo nuovo sistema archivistico, sviluppato dal Ministero della cultura e dall'Archivio centrale dello Stato, v. Presidenza del consiglio dei ministri, *Prima relazione annuale del comitato consultivo sulle attività di versamento all'archivio centrale dello Stato e agli archivi di Stato della documentazione di cui alle direttive del Presidente del consiglio dei ministri del 22 aprile 2014 e del 2 agosto 2022*, 12 ottobre 2022, pp. 17-18.

In più, proprio grazie alla desecretazione dei resoconti stenografici decisa con decreto del Presidente del Senato 22 luglio 2020, era emersa una seduta segreta in cui Libero Gualtieri raccontava la sua Presidenza ai suoi giovani colleghi, cinque anni dopo: a suo dire Giulio Andreotti inviò i documenti su Gladio alla Commissione stragi ma, quando Gualtieri si accorse di una discrasia rispetto alle sue dichiarazioni orali (in ordine alla permanenza in attività di Gladio nel 1990), «molto innocentemente egli mi chiese di riportargli la relazione. Prima di farlo trassi una fotocopia della relazione stessa [...] Naturalmente avevo la fotocopia dell'originale e la Commissione si arrabbiò moltissimo, così che Andreotti fu costretto a inviare alla Commissione stessa le carte integrali e venne fuori il problema. Che poi egli l'abbia fatta pagare ai dirigenti del SISMI è una questione che potremo affrontare in un altro momento»⁸.

Con questo tipo di episodi di consegna/sottrazione/ricomparsa (un caso curiosamente analogo ebbe come protagonista Cossiga, nell'ottobre 1969, con la commissione Alessi), non si può affatto escludere che qualche originale sia rimasto in copia unica negli archivi parlamentari: tanto più che l'accesso sistematico della magistratura romana a Forte Braschi riscontrò, a fine 1990, una situazione di disordine archivistico assolutamente anomala, con fascicoli svuotati o mancanti, violazione della sequenza cronologica degli atti, ecc. Fermo restando che si tratta comunque di *criticità* non infrequenti – che hanno causato “in alcuni casi dispersioni o perdita di fonti rilevanti per la ricerca storica”⁹ – il metodo degli interpellati, in questi casi, rischierebbe di non cogliere lo scopo della norma: ciò che si chiede è una rivalutazione – in un momento *ti con due* – di un documento già valutato non ostensibile in un precedente momento *ti con zero*. Se l'originale manca o non si trova, non sappiamo neppure se vi è stato un momento *ti con uno* in cui *medio tempore* il documento è stato declassificato: in altri termini, diamo all'interpellato la possibilità piena di riclassificare *ex novo* un documento, senza curarsi della sequenza storica delle precedenti determinazioni sull'atto. Si rischia cioè di importare, anche da noi, le anomalie che furono all'origine della polemica del *Guardian*, nel 2013, contro le *worst practices* del sistema

⁸ XII legislatura, Commissione stragi, seduta del 20 giugno 1995.

⁹ Per le quali la Presidenza del consiglio ha recentemente stigmatizzato l'assenza di poteri ispettivi da parte delle Commissioni di sorveglianza sugli archivi statali: v. Presidenza del consiglio dei ministri, *Prima relazione annuale del comitato consultivo sulle attività di versamento all'archivio centrale dello Stato e agli archivi di Stato della documentazione di cui alle direttive del Presidente del consiglio dei ministri del 22 aprile 2014 e del 2 agosto 2022*, 12 ottobre 2022, pp. 22-23.

archivistico d'Oltremarina: a seguito di quella campagna stampa, giova ricordarlo, il governo britannico ammise l'esistenza dell'«archivio segreto» di Hanslope Park.

Fu per questo motivo che il presidente Marilotti – già estremamente deluso dalle tempistiche dilate delle risposte agli interpellanti – lanciò un appello pubblico per un cambio di paradigma, da parte dell'utenza: appello accolto dall'onorevole Felice Casson, che nella primavera 2021 depositò richiesta di accesso a praticamente tutte le oltre centomila pagine *non ostensibili* della Commissione stragi. In sede parlamentare¹⁰ fu subito chiaro che si trattava della migliore modalità per evidenziare le deficienze del vecchio sistema e per avanzare una proposta di tipo nuovo: rifarsi all'articolo 122, c., 1 lett. a), d. lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 per il quale, quando si supera il termine massimo di 50 anni dalla formazione del documento, la discrezionalità amministrativa nel diniego deve essere sostituita dalla piena consultabilità degli atti «relativi alla politica estera o interna dello Stato».

La proposta fu ulteriormente dettagliata con il citato ordine del giorno G/2448 sez. I/5/7 testo 2, il cui contenuto per la prima volta vide l'accoglimento dal Governo in sede di bilancio: tra l'altro, vi si afferma che dopo il cinquantesimo anno il *codice Urbani* non prevede più limiti (tranne i 70 anni per la sfera dei dati personalissimi) alla conoscibilità dei documenti; a quel punto, il diritto alla conoscenza è pieno e si riespande appieno salva, beninteso, la disciplina di cui alla l. 3 agosto 2007, n. 124. In proposito, invero, residuavano delle distanze sul segreto di Stato e sulle altre classifiche di sicurezza, secondo posizioni alternative che sono poi state enunciate con precisione dal CoPaSiR¹¹. Certo, per gli atti

¹⁰ Nel Doc. XXXIV, n. 12 della XVIII legislatura, il Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica (CoPaSiR) confermava «la validità della proposta contenuta nel disegno di legge (atto Senato n. 2018 della XVIII legislatura) presentato dal presidente della Commissione Biblioteca e Archivio storico del Senato, senatore Gianni Marilotti, già illustrata nella precedente Relazione annuale: individuato un determinato periodo di durata della segretezza – trenta o quarant'anni – la consultazione del documento dovrebbe essere automaticamente consentita, salvo proroga motivata della classificazione. Tale sistema garantirebbe una generalizzazione della trasparenza e consentirebbe di evitare l'emanazione di specifici atti amministrativi e i conseguenti problemi di applicazione concreta» (p. 80).

¹¹ Nel Doc. XXXIV, n. 12 della XVIII legislatura, il Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica (CoPaSiR) ha ricordato il contenuto dell'articolo 39, comma 11, della legge 3 agosto 2007, n. 124: «In nessun caso possono essere oggetto di segreto di Stato notizie, documenti o cose relativi a fatti di terrorismo o eversivi dell'ordine costituzionale o a fatti costituenti i delitti di cui agli articoli 285» e seguenti del codice penale. La relazione prosegue così: «secondo una diffusa interpretazione, tale norma avrebbe già dovuto sortire l'effetto di eliminare qualunque forma di secretazione relativa ad atti e documenti in materia di stragi, non potendosi logicamente ipotizzare che laddove si escluda l'applicabilità della più elevata e motivata forma di classificazione conosciuta nel nostro ordinamento, quella del segreto di Stato, possa legittimamente ipotizzarsi di apporre o mantenere una qualsiasi altra classificazione di rango inferiore. In realtà, il vincolo del segreto di Stato previsto dall'articolo 39 della legge n. 124 del 2007 e quello delle classifiche di segretezza previste dall'articolo 42 della medesima legge, costituiscono due istituti giuridici distinti tanto è vero che i documenti indicati dall'articolo 39, comma 11, non possono essere incisi dal vincolo del segreto di Stato, ma

acquisiti da una Commissione che nella sua stessa intestazione reca la parola *stragi*, appare un po' strana la delimitazione di efficacia dell'articolo 39 della l. 3 agosto 2007, n. 124 (varrebbe solo per accedere alla richiesta del magistrato, e non per accedere a quella dello storico)¹²; ma, soprattutto, viene da chiedersi quale sia la *ratio* per la quale, su un documento che parla di stragi, è vietato apporre il massimo segreto, mentre resterebbe possibile che sullo stesso documento possano esserne apposti altri¹³.

Eppure, si versava nel dominio delle tre direttive, che anticipavano la declassifica anche rispetto al periodo di 50 anni *offerto* dal senatore Marilotti: almeno in questo ambito, il punto di equilibrio poteva passare anche per una *sospensione del giudizio* sulla questione del *doppio binario* delle classifiche. Si è scelto perciò di raccogliere l'opportunità prefigurata già nelle *Linee guida* che la Segreteria generale della Presidenza del consiglio emanava il 5 novembre 2021: esse, tra l'altro, riguardavano «eventuali documenti contenenti dati identificativi degli operatori istituzionali da tutelare ai sensi dell'articolo 122 del Codice dei beni culturali e del paesaggio [...] sino al maturare dei termini previsti dalla norma», limitando ad essi le obliterazioni da apportare sul relativo documento «così da consentirne l'immediata, ancorché non integrale, consultazione».

Con un percorso autonomo – che peraltro, nel corso delle audizioni svoltesi dopo sei mesi in Commissione affari costituzionali del Senato, il presidente Chieppa riconobbe convergere con le prospettazioni parlamentari¹⁴ – si è così addivenuti ad un punto di equilibrio che consente agli archivi parlamentari di declassificare *in house*, attenendosi ai soli limitatissimi criteri di esclusione sopra enucleati (operatore istituzionale su documenti meno vecchi di 50 anni) e quelli ricavabili dalla direttiva Draghi (parere obbligatorio dello Stato estero o dell'alleanza di appartenenza, in caso di documenti da essi prodotti); restano

possono essere oggetto di classifica di segretezza, vincolo quest'ultimo che non impedisce l'esercizio dell'attività giurisdizionale (articolo 42, comma 8, della legge 124 del 2007)» (pp. 76-77).

¹² Secondo la più autorevole dottrina (Carlo Mosca, Stefano Gambacurta, Giuseppe Scandone, Marco Valentini, *I servizi di informazione e il segreto di Stato (Legge 3 agosto 2007, n. 124)*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 510-512), con quella legge il segreto ha assunto “carattere ontologico”: ciò presuppone che esso possa essere ecepito non solo al magistrato, ma a chiunque rivendichi legittimamente l'accesso ad un documento.

¹³ Le *classifiche* – che, nella gerarchia dei vincoli di non ostensibilità, vanno a scalare, nell'oggetto e nella durata – possono mai impedire la visione dello storico, e per più tempo ancora dei 15+15 anni del segreto di Stato.

¹⁴ XVIII legislatura, Senato della Repubblica, 1ª Commissione permanente (Affari Costituzionali), Ufficio di Presidenza integrato dai rappresentanti dei Gruppi, 5 maggio 2022, *Audizioni informali sull'affare assegnato n. 915 (declassificazione di documenti coperti da segreto di Stato)*, audizione in videoconferenza del presidente Roberto Chieppa, segretario generale della Presidenza del Consiglio dei ministri.

salvi sempre i diversi termini (70 anni) per i dati sensibilissimi, caso in cui la tutela della *privacy* incombe direttamente sull'archivio detentore.

Da quel momento, le desecretazioni delle carte delle cessate commissioni di inchiesta costituiscono uno sforzo assai impegnativo, tuttora in corso, che è consacrato nei dati presentati al recentissimo congresso dell'*International Council on Archives* (ICA) – tenutosi nel settembre 2022 a Roma – dove l'Archivio storico del Senato ha ricevuto il secondo premio *ex aequo* della massima assise archivistica mondiale. Tre filoni importantissimi del compendio archivistico della commissione Stragi (Moro, Gladio, strage di Bologna) hanno visto in meno di sei mesi la declassifica di circa quindicimila pagine; entro la fine dell'anno 2022 si confida di aggiungervi il filone Ustica e, soprattutto, di attivare la possibilità di accesso virtuale alla banca dati dei declassificati con accredito decentrato a mezzo SPID.

Una modalità, ci si augura, con cui mettere finalmente al passo le Istituzioni con esperimenti virtuosi come la *Rete degli archivi per non dimenticare*, che da oltre un decennio ha un proprio portale, per di più all'interno del Sistema Archivistico Nazionale (SAN), con l'obiettivo di valorizzare e rendere disponibili per un ampio pubblico le fonti documentali esistenti sui temi legati al terrorismo, alla violenza politica e alla criminalità organizzata.

IL RENDIMENTO DELLA FORMA DI GOVERNO REGIONALE AL COSPETTO DELLA PANDEMIA *.

di Virgilia Fogliame**

Sommario. 1. Le Regioni come *zone intermedie indispensabili e fattore di democratizzazione efficiente*. – 2. Le *ordinanze di reazione*. – 3. Lo scontro tra centro e periferia mitigato dalla Corte costituzionale. – 4. Dissapori *a colori*. – 5. Il nodo da dipanare.

99

1. Le Regioni come *zone intermedie indispensabili e fattore di democratizzazione efficiente*.

Non sembra disutile, ai fini della presente indagine, ripercorrere – seppur brevemente – le tappe salienti che hanno connotato il dibattito in Costituente in relazione al “problema del regionalismo”¹. In tale sede, le “varie idee di regionalismo esistenti”² erano mosse dall’idea di edificare un apparato *sub*-statale in grado di configurarsi quale “fattore di democratizzazione e di efficienza dell’organizzazione statale”³: in tal senso, la principale preoccupazione dei Costituenti si declinava nella definizione di un modello idoneo a “trasformare uno stato unitario in stato regionale senza distruggere o [...] indebolire l’*unità nazionale*”⁴.

* *Sottoposto a referendum*.

** Ricercatrice t.d., lett. *b*) di Diritto costituzionale – Università degli Studi di Napoli Federico II.

¹ Si prendono in prestito le parole di G. Ambrosini nella nota Relazione sulle autonomie regionali (Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, II Sottocommissione, 13 novembre 1946, p. 137 ss.), disponibile *on-line*: http://legislature.camera.it/_dati/costituente/lavori/relaz_proposte/II_Sottocommissione/30nc.pdf, e diffusamente richiamata da S. Staiano, *Costituzione italiana: Art. 5*, Roma, 2017, p. 13 ss.

² U. De Siervo, *La ripresa del regionalismo nel dibattito costituente*, in S. Mangiameli (a cura di), *Il regionalismo italiano dall’Unità alla Costituzione e alla sua riforma*, vol. I, Milano, spec. p. 52.

³ Così come rilevato da S. Staiano, *Costituzione italiana: Art. 5*, cit., p. 13.

⁴ C. Desideri, *Se le Regioni italiane abbiano un fondamento territoriale e quale sia*, in www.issirfa.cnr.it - settembre 2012 (URL consultato il 17 marzo 2022), p. 3 (corsivo aggiunto). Il concetto di “unità nazionale” – lungi dall’essere inteso quale mero “accentramento” – veniva configurato, in seno alla Costituente, come un “dovere nazionale” che “spetta non a schiavi, bensì a uomini liberi” (ancora, Ambrosini, Relazione sulle autonomie regionali, cit., spec. p. 137): gli stessi uomini “liberi” di cui parlava Sturzo nel 1949, laddove l’A. rilevava che “[...] il decentramento dei servizi statali esiste e ha dato buoni e cattivi frutti [...]. È mancata e manca una cosa sola a tanta folla di burocrazia locale: l’opera del *libero* cittadino eletto da *liberi* cittadini che

Il dilemma, quindi, consisteva nella definizione delle modalità attraverso cui inserire “politicamente e amministrativamente la Regione nella Nazione”⁵. Nella consapevolezza che l’introduzione di tale ente costituisse una “innovazione profonda”, giungendo ad interrogarsene in termini di “questione di coscienza”, in sede costituente si è parlato delle Regioni quali “istituti complessi” e di natura “elastica”, come tali in grado di rispecchiare la “varietà e complessità delle situazioni e degli interessi a cui bisogna dare soddisfazione”⁶. Il “pericolo per l’unità dello Stato”, tema principale censurato dai più convinti antiregionalisti⁷, veniva arginato dai rilievi concernenti gli “ineliminabili inconvenienti” prodotti dall’accentramento e dal c.d. “uniformismo normativo”, questi ultimi colpevoli di aver reso “inefficiente il funzionamento dei poteri pubblici”, in particolare in riferimento agli “interessi locali”⁸. In merito, veniva richiamata altresì la questione del Mezzogiorno, rilevando come quest’ultimo fosse stato danneggiato in misura

cura gli interessi delle comunità locali di *liberi cittadini*”. Cfr. *in terminis* L. Sturzo, *La Regione nella Nazione*, Bologna, 1949, ora in *Opera Omnia di Luigi Sturzo*, Prima serie, Opere, XI, Bologna, 1974, p. 36 (corsivo non testuale).

⁵ L. Sturzo, *La Regione nella Nazione*, cit., p. 6.

⁶ Cfr. intervento di G. Ambrosini, Assemblea costituente, Discussione del progetto di Costituzione della Repubblica italiana, seduta antimeridiana del 10 giugno 1947, pp. 4586-4591, disponibile al seguente *link*: http://legislature.camera.it/_dati/costituente/lavori/assemblea/sed143/sed143nc.pdf.

⁷ L’eterogeneità delle posizioni messe in campo sul tema è riepilogata in U. De Siervo, *La ripresa del regionalismo nel dibattito costituente*, cit., spec. p. 66. Ad ogni modo, diffidenze diffuse furono manifestate dalla sinistra, in particolare dal P.C.I. e dal P.S.I. mentre, di contro, posizioni più moderate furono assunte dalla D.C. Si ricorda, in riferimento all’ostilità della sinistra avverso il “problema” autonomistico, l’intervento dell’On. Nobile nell’agosto del 1946, rilevando tutte le diseconomie del “*problema* dell’istituzione dell’ente giuridico “regione””, ossia “[...] approfondire le divisioni fra regione e regione” e “[...] accrescere e non diminuire il dislivello economico e sociale fra regioni ricche e progredite e regioni povere e arretrate”. La successiva evoluzione del quadro politico a livello governativo, tuttavia, ha condotto ad un parziale temperamento di tali posizioni critiche (o meglio, ad una sorta di “ripiegamento tattico”, come osservato da S. Staiano, *Art. 5*, cit., p. 21), come testimoniato dall’intervento dell’On. Laconi, dichiarando la sua apertura verso “soluzioni intermedie”, prendendo in considerazione l’idea di un “rafforzamento degli enti locali che giunga a dare alla Regione un volto autonomo” (Assemblea Costituente, seduta del 12 giugno 1947, p. 4699). Si concorda, pertanto, con l’opinione di U. De Siervo, *La ripresa del regionalismo nel dibattito costituente*, cit., pp. 69-70 e di S. Staiano, *Costituzione italiana: Art. 5*, cit., spec. p. 26, secondo i quali, quindi, la componente di sinistra non manifestò una rimarchevole inversione di tendenza rispetto a quanto espresso sul versante delle autonomie in occasione dei numerosi dibattiti in Assemblea. *Contra*, sul punto, E. Rotelli, *L’ordinamento regionale nel dibattito politico dell’Assemblea costituente*, in F. Benvenuti, E. Caranti, G. Negri, G. Pasquarelli, A. Piras, E. Rotelli, G. Talamo, P. Ungari e N. Valentino (a cura di), *Le Regioni*, Torino, 1971, p. 211 ss. e, più di recente, C. Buzzacchi, *Le autonomie tra politica e amministrazione. Il volto di Giano di un regionalismo incompiuto*, in F. Cortese, C. Caruso e S. Rossi (a cura di), *Immaginare la Repubblica. Mito e realtà dell’Assemblea costituente*, Milano, 2018, spec. 223.

⁸ Ancora, G. Ambrosini, Assemblea costituente, Discussione del progetto di Costituzione della Repubblica italiana, cit., p. 4588.

“gravissim[a]” dalla legislazione “uniforme”, inadeguata a fronte della “varietà delle situazioni ed esigenze regionali”⁹.

Il criterio dell’“adeguatezza”, quindi, costituiva il fulcro del dibattito, e la soluzione di un decentramento¹⁰ che superasse la circoscrizione comunale e provinciale (considerate troppo “ristrett[e]”) avrebbe determinato la “risurrezione e il progresso del Paese”¹¹.

Pertanto, la “lenta [e] progressiva evoluzione”¹² del disegno autonomistico in Assemblea approdò verso una scelta del tipo di ente regionale inteso quale “unità convergente non divergente dallo Stato”¹³, ove quest’ultimo avrebbe dovuto svolgere un ruolo “tutorio”¹⁴ nei confronti delle Regioni, come testimoniato dalla delimitazione delle competenze attribuite alle stesse¹⁵.

⁹ *Ibid.*, spec. 4580. Nella consapevolezza che, tra le variabili in gioco, vi fosse la costruzione e definizione del tipo di Stato, il processo di democratizzazione per decentramento venne inteso come strumento utile per superare le asimmetrie proiettabili su base territoriale: *amplius*, sul punto, S. Staiano, *Art. 5*, cit., p. 15, rilevando che “[...] i costituenti “di parte regionalista” avevano ben chiaro un punto: le fratture sociali ed economiche su base territoriale andavano proiettate a livello istituzionale, e a questo livello ricomposte. [...] Anche sotto tale punto di vista, la regionalizzazione appariva un modo di democratizzazione” (corsivo mio); nonché U. De Siervo, *La ripresa del regionalismo nel dibattito costituente*, cit., spec. p. 65, citando la relazione di M. Ruini presentata alla Presidenza dell’Assemblea Costituente il 6 febbraio 1947 (A.C., Commissione per la Costituzione, Progetto di Costituzione della Repubblica italiana, spec. p. 13), presentando il Titolo “Regioni e Comuni” come una “innovazione profonda [...] nell’ordinamento strutturale dello Stato”, avente “portata decisiva per la storia del Paese”. La relazione è disponibile al seguente indirizzo: http://legislature.camera.it/_dati/costituente/lavori/ddl/00Anc.pdf

¹⁰ Si è parlato in dottrina di un “sano decentramento”, inteso quale “strumento per l’attuazione di una maggiore giustizia distributiva fra parte e parte della Nazione” il quale, se “razionalmente attuato”, avrebbe contribuito al “rafforzamento dell’unità stessa”. Cfr. C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1958, pp. 628-629.

¹¹ G. Ambrosini, *Assemblea costituente, Discussione del progetto di Costituzione della Repubblica italiana*, cit., p. 4589-4598.

¹² G. Rolla, *La Commissione per le questioni regionali nei rapporti tra Stato e Regioni*, Milano, 1979, spec. p. 21.

¹³ Così, G. Ambrosini nella citata relazione sulle autonomie regionali (Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, II Sottomissione, 13 novembre 1946, p. 140), richiamando le parole di L. Sturzo in una relazione presentata il 23 ottobre 1921 al III Congresso nazionale del Partito Popolare Italiano, svoltosi al teatro Rossini di Venezia: “[...] Nel precisare le caratteristiche della Regione e le sue funzioni, i timori politici cadranno facilmente; tanto più che oggi, dopo sessant’anni di unità nazionale, la cui forza morale è penetrata nelle masse ed è base sentita dell’educazione politica del nostro popolo, nessuno può onestamente pensare che una costruzione amministrativa e rappresentativa della Regione possa avere caratteri o ripercussioni anti nazionali. Né è serio l’altro timore [...] che il movimento regionale disgreghi lo Stato; secondo noi lo rafforza nella sua caratteristica statale eliminando la debolezza organica dell’accentramento amministrativo. [...] La Regione è concepita da noi come una *unità convergente, non divergente dallo Stato*” (corsivo mio). Il testo della relazione è disponibile al *link*: http://www.istitutodegasperi-emilia-romagna.it/pdf/Sturzo_1921.pdf (URL consultato il 17 marzo 2022).

¹⁴ Cfr. *in terminis* C. Desideri, *La nascita e l’evoluzione delle Regioni*, in S. Mangiameli (a cura di), *Il regionalismo italiano tra tradizioni unitarie e processi di federalismo. Contributo allo studio della crisi della forma di Stato in Italia*, Milano, 2012, spec. p. 42; nonché, nello stesso volume, cfr. A. D’Atena, *Tra Spagna e Germania. I modelli storici del regionalismo italiano*, spec. p. 93.

¹⁵ C. Desideri, *Se le Regioni italiane abbiano un fondamento territoriale e quale sia*, cit., p. 4.

In siffatto quadro, la “sintesi assiologica”¹⁶ contenuta nell’art. 5 Cost. evidenzia tutta la portata “innovativa e trasformatrice”¹⁷ attribuitole dai Costituenti, i quali hanno edificato un *modello* costituzionale di Regione dalla forte carica “ideale”¹⁸, inteso come *limite* al potere centrale e, in particolare, “*garanzia* di libertà contro ogni avventura autoritaria”¹⁹. Nel corso del tempo, tuttavia, il binomio unità-autonomia ha assunto connotazioni piuttosto variegate, approdando – come emerso, in tutta evidenza, in relazione alla gestione dell’emergenza sanitaria – a quel *vertiginoso sconvolgimento* tra i diversi livelli di governo (tanto temuto da Croce in Assemblea Costituente)²⁰, che ha prodotto una stratificazione di orientamenti in dottrina senza precedenti²¹ ove, ancora una volta, la Corte costituzionale

¹⁶A. Ruggeri, *Il regionalismo italiano, dal «modello» costituzionale alle proposte della Bicamerale: innovazione o «razionalizzazione» di vecchie esperienze?*, in *Le Regioni*, n. 2/1998, spec. p. 283.

¹⁷G. Berti, *Art. 5*, in G. Branca (a cura di) *Commentario della Costituzione*, vol. I, Bologna – Roma, 1975, p. 295.

¹⁸A. Ruggeri, *Il regionalismo italiano, dal «modello» costituzionale alle proposte della Bicamerale*, cit., p. 272-275. In linea, a parere di chi scrive, S. Staiano, *Costituzione italiana: Art. 5*, cit., pp. 44-45: “L’idea regionalista confidava nella possibilità di fare dell’istituzione delle Regioni il fattore propulsivo della riforma dell’ordinamento dello Stato, il motore di quel nuovo «modo d’essere» della Repubblica: ma questo da obiettivo costituzionale sarebbe degradato in *ideologia* infelicemente disattesa. Ché infatti le Regioni si sarebbero dotate di apparati ridondanti, acconciandosi ad amministrare piuttosto che a legiferare e programmare. E gli apparati sono l’entità più difficile da smantellare: una volta che si siano consolidati, diventano vischiosi e resistenti” (corsivo aggiunto).

¹⁹V. Crisafulli, *Vicende della «questione regionale»*, in *Le Regioni*, n. 4/1982, spec. p. 497 (corsivo aggiunto). Del medesimo tenore l’indagine di A. Lucarelli, *Percorsi del regionalismo italiano*, Milano, 2004, spec. p. 133, secondo il quale “il legislatore costituzionale [...] ha posto come obiettivi prioritari della propria azione il riconoscimento e la garanzia dei diritti sociali, l’unità politico-economica ed il principio di eguaglianza”.

²⁰Assemblea costituente, *Discussione del progetto di Costituzione della Repubblica italiana*, 11 marzo 1947, pp. 2007-2008, intervento dell’On. Croce: “[...] il favoreggiamento e l’istigazione al regionalismo, l’avviamento che ora si è preso verso un vertiginoso sconvolgimento del nostro ordinamento statale e amministrativo, andando incontro all’ignoto con complicate e inisperimentate istituzioni regionali, è pauroso [...]. Ciascuno di noi si ritiri nella sua profonda coscienza e procuri di non prepararsi, col suo voto poco meditato, un pungente e vergognoso rimorso”. Il testo dell’intervento è disponibile al seguente indirizzo: http://legislature.camera.it/_dati/costituente/lavori/Assemblea/sed058/sed058nc.pdf

²¹In argomento, la dottrina è amplissima. Delimitando le indagini in relazione al rapporto tra sistema delle fonti – emergenza e disallineamento tra centro e periferia in fase di gestione pandemica, cfr. A. Lucarelli, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020; S. Staiano, *Né modello, né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020; A. Vuolo, *Il sindacato di legittimità nelle misure di contrasto alla pandemia*, in S. Staiano (a cura di), *Nel ventesimo anno del terzo millennio. Sistemi politici, istituzioni economiche e produzione del diritto al cospetto della pandemia da Covid-19*, Napoli, 2020, parla di “*proteiformi* provvedimenti statali e sub-statali” (mio il corsivo); M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell’emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020; G. Silvestri, *Covid e Costituzione*, in *Unicost. Unità per la Costituzione*, 4 aprile 2020, disponibile al link <https://www.unicost.eu/covid19-e-costituzione/>; A. Pertici, *Il potere politico di fronte all’emergenza: notazioni introduttive* (relazione introduttiva per il forum “Emergenza Covid e organi costituzionali”, in *La Rivista Gruppo di Pisa*, n. 2/2020); Id., *Gli effetti della pandemia sull’esercizio dei poteri pubblici tra verticalizzazione delle decisioni ai diversi livelli di governo e latitanza dei partiti politici*, in *Ragion pratica*, fasc. 56, 2021; R. Cherchi e A. Deffenu, *Fonti e provvedimenti dell’emergenza sanitaria Covid-19: prime riflessioni*, in *Diritti regionali*, n. 1/2020; U. De Siervo, *Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. spec., 2020; A. Ruggeri, *Il coronavirus contagia anche le*

ha tentato di dipanare i vari nodi (interpretativi ed attuativi) emersi nel corso della “guerra delle ordinanze fra centro e periferia”²² registratasi negli ultimi tempi.

2. Le ordinanze di reazione.

Se, come noto, in riferimento al versante delle autonomie, già Crisafulli osservava che “[...] entro limiti prestabiliti, questi enti territoriali sono capaci [...] di esprimere ed attuare propri indirizzi generali, anche *divergenti* e *contrastanti* rispetto all’indirizzo politico generale perseguito [...] dal governo dello Stato”²³, è altrettanto noto che, all’indomani della revisione del Titolo V, il complessivo e rimarchevole ampliamento dei poteri normativi delle Regioni (che si è declinato altresì in un ampliamento dell’autonomia legislativa delle stesse “sul piano quantitativo e qualitativo”)²⁴ ha condotto, nella maggior

categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta, in *Diritti regionali*, n. 1/2020; Id., *Il disordine delle fonti e la piramide rovesciata al tempo del Covid-19*, in *Consulta online*, n. 3/2020; A. D’Aloia, *Costituzione ed emergenza. L’esperienza del coronavirus*, in *BioLaw Journal*, n. 2/2020; L. Cuocolo, *I diritti costituzionali di fronte all’emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in *Federalismi.it – Focus Osservatorio emergenza Covid-19*, 13 marzo 2020; P. Caretti, *I riflessi della pandemia sul sistema delle fonti, sulla forma di governo e sulla forma di Stato*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. spec., 2020; F. Bilancia, *Le conseguenze giuridico-istituzionali della pandemia sul rapporto Stato/Regioni*, in *Dir. pubb.*, n. 2/2020; F. Clementi, *Decreti troppo a maglie larghe mandano in crisi il Titolo V*, in *Il Sole 24 Ore*, 24 marzo 2020; Id., *Il lascito della gestione normativa dell’emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2020; L. Dell’Atti e G. Naglieri, *Le fonti della crisi. Fra esigenze unitarie e garanzie costituzionali nel governo dell’emergenza da Covid-19*, in *BiolaW Journal - Rivista di Biodiritto*, n. 2/2020; G. Di Cosimo e G. Menegus, *La gestione dell’emergenza coronavirus tra Stato e Regioni: il caso Marche*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 2/2020; E. Longo, *Episodi e momenti del conflitto Stato-regioni nella gestione della epidemia da Covid-19*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale 2020; M. Belletti, *La “confusione” nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell’emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2020; G. Di Cosimo, *Tra decreti e decreti: l’importanza di usare lo strumento giusto*, in www.lacostituzione.info, 22 aprile 2020; A. Mangia, *Emergenza, fonti-fatto, e fenomeni di delegificazione temporanea*, in *Rivista AIC*, n. 2/2021; G. Marchetti, *Le conflittualità tra Governo e Regioni nella gestione dell’emergenza Covid-19, i limiti del regionalismo italiano e le prospettive di riforma*, in *Centro Studi sul Federalismo (research paper)*, maggio 2021, disponibile al seguente indirizzo: https://www.csffederalismo.it/images/CSF-RP_Covid-Regionalismo_G.Marchetti_Mag2021.pdf e, più di recente, il volume di I.A. Nicotra, *Pandemia costituzionale*, Napoli, 2021, spec. p. 56 ss.; T. Esposito, *La gestione dell’emergenza pandemica tra fonti statali e fonti regionali*, in *Diritti regionali*, n. 1/2022 e S. Lieto, *L’impatto dell’emergenza sanitaria ed economica da Covid-19 sul sistema delle fonti tra livello statale, regionale e locale*, in corso di pubblicazione in *La Rivista Gruppo di Pisa*.

²² C. Pinelli, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell’emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *Amministrazione In Cammino*, 29 aprile 2020, spec. p. 6.

²³ V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1970, spec. p. 59 (corsivo aggiunto). Sulla capacità delle Regioni di “assurgere a centro autonomo di iniziativa politica”, si v. T. Martines, *Studio sull’autonomia politica delle Regioni in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, n. 1/1956, p. 100 ss.

²⁴ U. De Siervo, *Il sistema delle fonti: il riparto della potestà normativa tra Stato e Regioni*, in *Le Regioni*, n. 6/2004, spec. pp. 1245-6. In merito, cfr. altresì A. Lucarelli, *Finalmente dignità ai regolamenti regionali! Il “nuovo” art.117, Cost. ed il potere regolamentare regionale nelle materie concorrenti*, in *Federalismi.it*.

parte dei casi, l'apparato *sub*-statale ad “inibire, in tutto o in parte [...] l'efficacia di leggi statali indesiderate”²⁵.

L'ampliamento delle competenze regionali, tuttavia, non risulta essere certo l'unico fattore che ha inciso profondamente sulle molteplici tensioni – determinatesi nel corso degli anni – tra i diversi livelli di governo, incanalate nel quadro controverso e frastagliato del contenzioso giurisdizionale.

Invero, i diffusi “eccessi di ruolo”²⁶ da parte delle Regioni – sui quali si tornerà più avanti diffusamente – , che hanno condotto le stesse a ritagliarsi una posizione di primo piano (in alcuni casi, in chiave monocentrica) nella definizione delle politiche legislative da adottare per contrastare lo stato di eccezione, traggono linfa dal mutamento del sistema partitico; questo, come noto, è stato investito, a tutti i livelli, da un forte processo di personalizzazione impegnando la dottrina a definirne i contorni in termini di “torsione monarchica della forma di governo regionale”²⁷. Tale fenomeno ha progressivamente

15 novembre 2001, rilevando come, a seguito dell'intervento di revisione del 2001, il «‘centralismo’ del potere legislativo regionale che, per anni, ha contrassegnato, spesso in modo poco efficace, l'agire politico-amministrativo delle Regioni, [...] ced[e] di fronte alla nuova posizione politico-funzionale degli esecutivi».

²⁵ A. Vuolo, *Dalle leggi alle ordinanze di reazione*, in *Rise Giuridica*, vol. III, n. 1/2020, p. 1.

²⁶ L'espressione è di S. Staiano, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza guardato da Sud*, in *Federalismi.it*, n. 14/2021, p. IX ss.

²⁷ Tale fenomeno, che costituisce le risultanze dell'esito della revisione dell'art. 122 Cost. introdotta con legge cost. n. 1 del 1999 (prevedendo, come noto, l'elezione diretta del Presidente della Giunta regionale e il potere, in capo a quest'ultimo, di nomina e revoca dei componenti dell'esecutivo) ha condotto, in specie in alcuni contesti regionali – il riferimento è, in particolare, a quelle demograficamente e territorialmente più estese – all'emersione di una nuova tipologia di partito *personale* di stampo regionale, autonomo dal partito nazionale di riferimento e dal quale, anzi, differisce in termini di linee programmatiche e condivisione della *leadership*, facendo leva sulla debolezza dell'organizzazione territoriale del primo (cfr. S. Staiano, *A partire dal fondamento. Sulla forma di governo parlamentare italiana e sui suoi detrattori*, in *Federalismi.it*, p. VIII; nonché Id., *Dai Sindaci ai governatori*, in *Federalismi.it*, n. 19/2012, spec. p. 4, rilevando come, in ambito regionale, “in forza della torsione monarchica della forma di governo, assecondata dalle formule elettorali”, sia diventato “più intenso” il fenomeno della personalizzazione partitica). In argomento, si v. altresì F. Musella, *Il partito politico tra reti e organizzazione*, in S. Staiano (a cura di), *Nella rete dei partiti. Trasformazione politica, forma di governo, network analysis*, Napoli, 2014, p. 57 ss.; Id., *Governi monarchici*, Bologna, 2009, p. 38 ss. e C. De Fiores, *Dai partiti democratici di massa ai partiti postdemocratici del leader. Profili costituzionali di una metamorfosi*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2018, p. 213 ss. Che la forma di governo regionale potesse favorire il “processo di affermazione” del partito personale, ne era convinto già G. Pitruzzella, *Forma di governo e legislazione elettorale*, in *Le Regioni*, n. 3-4/2000, p. 505 ss., successivamente rilevando, in chiave problematica, come l'affermazione dei “governatori” – consolidate attraverso un “significativo livello di consenso personale” – non comporti necessariamente l'affermazione della Regione che rappresentano (Id., *L'impatto dei “governatori regionali” nelle istituzioni nella politica italiana*, in *Le Regioni*, n. 6/2004, p. 1242 ss.). Diffuse diffidenze in argomento sono state manifestate altresì da A. Lucarelli, *Il nuovo modello organizzativo possibile dell'assemblea legislativa regionale, alla luce della modifica del Titolo V della Costituzione*, in *Federalismi.it*, 29 ottobre 2002: “Il nuovo ruolo dei consigli regionali, l'ampliamento della loro sfera di autonomia e sovranità, ha spinto alcune regioni [...] ad utilizzare la formulazione ‘Parlamento regionale’, anziché ‘consiglio regionale’. Siamo abituati spesso a sentire l'utilizzo di espressioni *improprie*: ‘governatore’; ‘federalismo’; ‘presidenzialismo’. Ma [...] si tratta [...] di un tentativo di positivizzare un *trend* politico-culturale” (corsivo aggiunto).

determinato la lacerazione del tessuto connettivo tra i due poli (partito nazionale e regionale), producendo diffuse disfunzioni che si sono declinate in inevitabili asimmetrie operative e decisionali²⁸.

In siffatto scenario si è sviluppata, in ispecie nel periodo relativo alla gestione emergenziale, la citata “guerra delle ordinanze fra centro e periferia”, frutto di una “contrattazione permanente” tra potere centrale e sedi regionali²⁹, conducendo queste ultime ad un “inedito sperimentalismo”³⁰ a discapito delle esigenze unitarie³¹.

Prima di procedere all’analisi delle varie *stagioni* che hanno connotato il rapporto centro-periferia durante la gestione emergenziale, occorre svolgere qualche preliminare osservazione.

Invero, sia il d.l. n. 6/2020 che il successivo d.l. n. 19/2020 hanno testimoniato il ruolo *forte* assunto dal Governo ai fini della unitaria gestione della prima fase pandemica³², confermando la *cedevolezza* della fonte regionale attraverso l’attribuzione di un “potere di deroga *in peius*”³³. Il limite di tali soluzioni³⁴, tuttavia, ha impegnato la dottrina per

²⁸ Per un approfondimento, cfr. M. Calise, *Il partito personale. I due corpi del leader*, Roma-Bari, 2010; F. Musella, *Il partito politico tra reti e organizzazione*, cit.; Id., *L’articolo 49 e la personalizzazione dei partiti politici. Il confronto Mortati-Togliatti a settant’anni dalla Costituente*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 3/2015, p. 71 ss.; S. Staiano, *Costituzione italiana: Art. 5*, cit., p. 120 ss.; C. De Fiores, *Dai partiti democratici di massa ai partiti postdemocratici del leader*, cit., p. 213 ss.

²⁹ S. Staiano, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza guardato da Sud*, cit., p. IX.

³⁰ C. Pinelli, *Il precario assetto delle fonti*, cit., spec. p. 3.

³¹ Come dimostrato dal numero elevatissimo di ordinanze prodotte realtà territoriali demograficamente più consistenti (in Lombardia e Veneto, infatti, da marzo 2020 ad oggi sono state prodotte rispettivamente 50 e 51 ordinanze, mentre in Campania addirittura 129), determinando pertanto una elevata frammentazione e diversificazione delle misure di risposta all’emergenza laddove quest’ultima, viceversa, avrebbe richiesto la definizione di un modulo unitario e fortemente centralizzato. Cfr. i dati pubblicati ai seguenti *link*: <https://www.regione.lombardia.it/wps/portal/istituzionale/HP/coronavirus/misure>; <https://www.regione.veneto.it/emergenza-coronavirus?articleId=7435047>; <http://www.regione.campania.it/regione/it/la-tua-campania/coronavirus-kxyz/ordinanze-del-presidente-della-regione-campania?page=1>.

³² Sul punto, cfr. G. Marchetti, *Le conflittualità tra Governo e Regioni nella gestione dell’emergenza Covid-19, i limiti del regionalismo italiano e le prospettive di riforma*, in *Centro Studi sul Federalismo (research paper)*, maggio 2021, disponibile al seguente indirizzo: https://www.csfederalismo.it/images/CSF-RP_Covid-Regionalismo_G.Marchetti_Mag2021.pdf

³³ G. Boggero, *Un decentramento confuso, ma necessario. Poteri di ordinanza di Regioni ed enti locali nell’emergenza da COVID-19*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, n. 1/2020.

³⁴ Il riferimento è, in particolare, al combinato disposto degli artt. 2 e 3, c. 2, d.l. n. 6/2020, attribuendo il potere alle «autorità competenti» (e, quindi, anche ai Presidenti delle Regioni e ai Sindaci) di adottare «ulteriori misure di contenimento e di gestione dell’emergenza» e di intervenire «nelle more» dell’adozione dei d.P.C.M. «nei casi di estrema necessità e urgenza». Sebbene il successivo d.l. n. 19/2020 abbia ridefinito l’intervento delle Regioni in misura più restrittiva (prevedendo che, al verificarsi di «specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso», le stesse potessero introdurre «misure ulteriormente restrittive [...] esclusivamente nell’ambito delle attività di loro competenza»), tuttavia non ha prodotto effetti di rilievo considerato che, come noto, il limite previsto in relazione alle «attività di competenza» non è riuscito ad arrestare l’ascesa degli «interventi centrifughi»

l'ambiguità delle formule utilizzate in relazione al ruolo attribuito alle Regioni in tale fase, conducendo queste ultime ad adottare, in alcuni casi, misure maggiormente stringenti in relazione all'andamento dei contagi nel territorio di riferimento³⁵. Complice il rimarchevole trasferimento alle Regioni in ambito sanitario avvenuto con d.lgs. n. 112/1998³⁶, a fronte delle istanze provenienti dai "propri"³⁷ territori e in ragione del ricorrente disallineamento, nei termini sopra citati, tra indirizzo statale e sub-statale³⁸, le Regioni (in particolare, quelle "più ragguardevoli per dimensione territoriale e demografica, e per consistenza economica")³⁹ hanno ritenuto di andare oltre il "costituzionalmente disponibile"⁴⁰, producendo una serie di "ordinanze di reazione"⁴¹ che hanno alimentato tensioni già note nel rapporto tra centro e periferia.

regionali, trattandosi di attività in ambito sanitario che, come si dirà più avanti, sono state ritenute – ormai da anni – «senza residui nella pienezza della disponibilità regionale». Sul punto, cfr. S. Staiano, *Né modello né sistema*, cit., spec. 541; nonché G. Marchetti, *Le conflittualità tra Governo e Regioni nella gestione dell'emergenza Covid-19*, cit.

³⁵ Cfr. E. De Marco, *Situazioni di emergenza sanitaria e sospensione dei diritti costituzionali. Considerazioni in tema di legittimità al tempo di pandemia da Coronavirus*, in *Consulta online*, fasc. 2/2020, spec. 373: "[...] non si possono non rilevare le diversità ed a volte anche le contraddizioni tra talune prese di posizione degli organi di governo di varie Regioni [...] Per non dire dei diversi atteggiamenti, in termini di misure di contenimento, registratisi nei Comuni ed anche tra taluni dei principali Comuni e le stesse Regioni, atteggiamenti non sempre giustificati dal grado di incidenza del 'Covid-19'; e comunque, anche dal punto di vista del numero oltre che dei contenuti, non può non sorprendere la congerie di ordinanze regionali, di provvedimenti delle amministrazioni comunali sui più diversi oggetti e dai più diversi contenuti. Un surplus quindi di misure interventistiche in un contesto di contraddizioni tanto da ingenerare nel suo insieme non pochi problemi nel fare fronte alla situazione di emergenza sanitaria creatasi". Diffusi riferimenti a questo studio in G. Marchetti, *Le conflittualità tra Governo e Regioni nella gestione dell'emergenza Covid-19*, cit.

³⁶ Cfr. Titolo IV, Capo I, artt. 112 ss.

³⁷ Sul punto, si v. le interessanti considerazioni di I. Diamanti, *Le basi incerte del federalismo*, in *La Repubblica*, 19 aprile 2020, rilevando come l'emergenza sanitaria abbia contribuito ad alimentare le tensioni (già note) tra Regioni ed esecutivo nazionale, spingendo i cittadini a "raccolgersi" intorno al "proprio" capo.

³⁸ Una accesa conflittualità probabilmente determinata anche dal dato che lo *scontro istituzionale* si è sviluppato lungo la *flaglia politica*, ossia con esecutivi regionali guidati dal centro-destra da un lato (in particolare le Regioni del nord, maggiormente colpite dall'emergenza), e il Governo giallo-rosso dall'altro; anche se non sono mancati casi in cui gli *scontri istituzionali* sono stati determinati da quelle Regioni *politicamente omogenee* rispetto al Governo (il riferimento è alle Regioni Marche e Campania). Sul punto, cfr. A. Vuolo, *Dalle leggi alle ordinanze di reazione*, cit., spec. 152; nonché P. Masala, *I diritti fra Stato e Regioni nell'emergenza sanitaria, a vent'anni dalla revisione del Titolo V: quali lezioni possono trarsi e quale "ribilanciamento" occorre realizzare, per una più efficace garanzia dell'uguaglianza sostanziale?*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2021, spec. p. 162.

³⁹ S. Staiano, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza guardato da Sud*, cit., p. IX.

⁴⁰ C. Pinelli, *Il precario assetto delle fonti*, cit., p. 7.

⁴¹ Cfr. *in terminis* A. Vuolo, *Dalle leggi alle ordinanze di reazione*, cit., 155. Sull'*attivismo decisionale* dei Governatori, emerso in particolar modo durante l'emergenza sanitaria e che ha contribuito ad acuire la *reiterata conflittualità* tra esecutivo nazionale ed esecutivi regionali, cfr. altresì M. Calise, *Partiti in panchina, governatori in campo*, in *Il Mattino*, 17 marzo 2020; nonché Id., *I partiti senza leader e i leader senza partiti*, in *Il Mattino*, 12 luglio 2020, laddove l'A. mette in evidenza come "il vuoto decisionale dei partiti e la loro legittimazione declinante" sia stato compensato e riempito da "leadership autorevoli" e F. Musella, *I poteri di emergenza nella Repubblica dei Presidenti*, in S. Staiano (a cura di), *Nel ventesimo anno del terzo millennio*, cit., p. 701 ss.

In siffatto scenario, l'impatto della pandemia ha reso di palmare evidenza l'inefficacia, in termini di rendimento, della dislocazione territoriale delle funzioni in materia sanitaria avviata alla fine degli anni Novanta, come testimoniato dalla debolezza dei servizi territoriali erogati al fine di contrastare l'emergenza che ha condotto, non di rado, al *collasso* del sistema sanitario sotto la pressione della situazione di eccezione, in ispecie nelle aree maggiormente colpite dal virus (come ad es. in Lombardia, Veneto ed Emilia Romagna)⁴².

3. Lo scontro tra centro e periferia mitigato dalla Corte costituzionale.

L'*inedito sperimentalismo* regionale⁴³ di cui sopra, come noto, è stato non con poca fatica contrastato in sede centrale, come dimostrato dalla circostanza che, in molteplici occasioni, ordinanze regionali non pienamente conformi alle limitazioni imposte dal Governo sono state protagoniste del contenzioso amministrativo⁴⁴ fino ad approdare al giudizio della Corte costituzionale. Il riferimento concerne la commentatissima sentenza n. 37/2021⁴⁵,

⁴² Così l'appello lanciato, a marzo 2020, dall'Anaa-Assomed (associazione dei medici e dirigenti sanitari italiani, e riportato sulle principali testate giornalistiche: cfr., *ex multis*, il seguente *link*:

<https://www.lastampa.it/cronaca/2020/03/05/news/coronavirus-in-terapia-intensiva-i-letti-sono-finiti-il-sistema-sanitario-e-al-collasso-1.38550946/>

⁴³ Una sorta di "iperattivismo incontrollato ed ingiustificato" che non avrebbe fatto altro che "contribui[re] ad aumentare la confusione e la tensione interistituzionale", così come rilevato da A. Lucarelli, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, cit., p. 580 ss.

⁴⁴ *Ex multis*, si ricorda la vicenda che ha visto protagonista la Regione Calabria. In particolare, con ord. n. 37/2020, la Regione ha stabilito l'apertura anticipata di determinate attività commerciali (tra le quali vi erano bar, pasticcerie, ristoranti, pizzerie, agriturismo), consentendone la ripresa non soltanto con servizio a domicilio, ma anche mediante servizio al tavolo, purché svolto all'aperto. Tale provvedimento, pertanto, si poneva in contrasto con quanto stabilito dal d.P.C.M. del 26 aprile 2020 che, di contro, consentiva il servizio di ristorazione esclusivamente con consegna a domicilio e asporto, in uno al «divieto di consumare i prodotti all'interno dei locali e il divieto di sostare nelle immediate vicinanze degli stessi» (art. 1, c. 1, lett. aa), d.P.C.M. del 26 aprile 2020). Sulla stratificazione di ordinanze regionali censurate innanzi al g.a., cfr. A. Cecere, *Ruoli e competenze dei diversi livelli istituzionali nella gestione della pandemia Covid-19 in Italia tra distonie sistemiche e carenze strutturali*, in *Rivista AIC*, n. 3/2021, p. 367 ss.

⁴⁵ Tra i molteplici commenti in dottrina, cfr., *ex plurimis*, B. Caravita di Toritto, *La sentenza della Corte sulla Valle d'Aosta: come un bisturi nel burro delle competenze (legislative) regionali*, in *Federalismi.it*, 2021; A. Lucarelli, *La gestione dell'emergenza da Covid-19 tra regole uniformi, istanze di autonomia ed incertezza negli strumenti normativi*, in *Giur. cost.*, n. 2, 2021; M. Mezzanotte, *Pandemia e riparto delle competenze Stato-Regioni in periodi emergenziali*, in *Consulta on line*, n. 1/2021; A. Poggi e G. Sobrino, *La Corte, di fronte all'emergenza Covid, espande la profilassi internazionale e restringe la leale collaborazione (ma con quali possibili effetti?) (nota a Corte Cost., sentenza n. 37/2021)*, in *Osservatorio AIC*, n. 4/2021; A. D'Atena, *L'impatto dell'emergenza sanitaria sul riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in *Italian Papers of Federalism*, n. 1/2021; C. Salazar, *La sent. n. 37/2021 completa il dittico valdostano: la legge regionale «anti-d.P.C.M.» è (parzialmente) illegittima*, in *Quad. Cost.*, n. 3/2021; D. Morana, *Ma è davvero tutta profilassi internazionale? Brevi note sul contrasto all'emergenza pandemica tra Stato e regioni, a margine*

attraverso la quale i Giudici si sono pronunciati sulla q.l.c. promossa dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri avverso la l. reg. Valle d'Aosta n. 11/2020, che consentiva l'esercizio di determinate attività sociali ed economiche non previste dal versante nazionale. In merito, con una precedente ordinanza n. 4/2021⁴⁶, la Corte aveva sospeso, in via cautelare, l'efficacia della legge regionale impugnata, rilevando come quest'ultima invadesse la competenza esclusiva statale in materia di «profilassi internazionale» ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. q) Cost. sussistendo, nel caso di specie, il «rischio di un grave e irreparabile pregiudizio all'interesse pubblico», ai sensi dell'art. 35, l.n. 87/1953.

Con la decisione *de qua*, i Giudici hanno ribadito quanto deciso attraverso l'ordinanza cautelare, ossia che la materia oggetto della legge regionale rientrasse nella «competenza legislativa esclusiva dello Stato a titolo di 'profilassi internazionale'», che comprende «ogni misura atta a contrastare una pandemia sanitaria in corso, ovvero a prevenirla». Operando un diffuso richiamo ai propri precedenti⁴⁷, in tale occasione la Corte ha altresì sancito che in tema di profilassi internazionale si fa riferimento a norme che garantiscano «uniformità anche nell'attuazione, in ambito nazionale, di programmi elaborati in sede internazionale e sovranazionale». Tali caratteristiche, pertanto, escludono ogni profilo di «trasversalità», atteso che «le scelte compiute a titolo di profilassi internazionale» possono essere ispirate a «razionalità» soltanto se i tratti che la definiscono si presentano come il «frutto di un precedente indirizzo unitario, dotato di una necessaria visione di insieme atta a sostenere misure idonee e proporzionate»⁴⁸. In tale quadro, pertanto, la Corte ha chiarito che sia le autonomie ordinarie che speciali debbano operare nei «limiti» delle «misure

della sent. n. 37/2021, in *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, 17 aprile 2021; L. Cuocolo e F. Gallarati, *La Corte difende la gestione unitaria della pandemia con il bazoooka della profilassi internazionale*, in *Corti supreme e salute*, n. 1/2021; G. Di Cosimo, *La pandemia è dello Stato (la Corte costituzionale e la legge valdostana)*, in *LaCostituzione.info*, 21 marzo 2021; C. Caruso, *Il regionalismo autarchico è incostituzionale: dal Giudice delle leggi una pronuncia che mette ordine nella gestione territoriale della pandemia*, in *Questione Giustizia*, 13 aprile 2021; P. Masala, *I diritti fra Stato e Regioni nell'emergenza sanitaria*, cit.; G. Menegus, *Osservazioni sulla prima sospensione cautelare (ordinanza n. 4/2021) di una legge regionale da parte della Corte costituzionale (e sulla sent. n. 37/2021)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, n. 2/2021.

⁴⁶ In argomento, si v. A. Vuolo, *Il potere cautelare della Corte costituzionale con specifico riguardo al giudizio in via principale: passato, presente e futuro*, in *Federalismi.it*, n. 10/2021; nonché, *ex aliis*, E. Rossi, *Il primo caso di sospensione di una legge (regionale): rilievi procedurali su un istituto al suo esordio*, in *Osservatorio AIC*, n. 2/2021.

⁴⁷ Indicate al punto 7 Cons. dir.: Corte cost., sentt. nn. 5/2018; 270/2016, 173/2014, 406/2005 e n. 12/2004.

⁴⁸ Corte cost., sent. n. 37/2021, punto 7.1 Cons. dir.

straordinarie adottate a livello nazionale, stante il grave pericolo per l'incolumità pubblica»⁴⁹.

Ancora una volta, quindi, la Corte è intervenuta in veste (altresì) di “arbitro del conflitto politico”⁵⁰ per dirimere i vari episodi di attrito fra i livelli di governo. I più ottimisti, tuttavia, auspicavano che tali conflitti potessero esaurirsi soltanto sul piano concernente la rivendicazione delle competenze, ma non è stato così.

4. Dissapori a colori.

Con d.P.C.M. del 3 novembre 2020 è stato introdotto il c.d. *sistema dei colori*, recante misure statali differenziate di contrasto epidemiologico da calibrare in relazione all'andamento dei contagi, in aderenza ai dati trasmessi dalle Regioni a livello centrale⁵¹. Anche in tale occasione non sono mancate diffuse tensioni determinate da un monitoraggio impreciso e piuttosto approssimativo condotto dal versante regionale (forse, in alcuni casi, a causa di inadeguata strumentazione), determinando la collocazione del territorio di riferimento in un determinato *colore* oltre il tempo necessario (come accaduto alle Regioni Lombardia e Sardegna)⁵². In questo quadro si collocano finanche casi di trasmissione falsificata dei dati⁵³ concernenti l'andamento dei contagi, erodendo pertanto la natura che alle stesse è stata impressa nel dibattito costituente prefigurate, come accennato, quali fattore di democratizzazione e di *efficienza* dell'azione statale.

Non sono mancati, inoltre, conflitti concernenti altresì la corretta valutazione dei dati regionali da parte del Governo (il riferimento è, ancora una volta, ai casi lombardo e sardo, ove è stata contestata innanzi al giudice amministrativo la procedura di valutazione per determinare il colore delle zone, lamentando l'eccessiva severità della collocazione delle

⁴⁹ *Ivi*, punto 7.2 Cons. dir.

⁵⁰ Così, S. Staiano, *In tema di teoria e ideologia del giudice legislatore*, in *Federalismi.it*, n. 17/2018, spec. 15.

⁵¹ La collocazione di una determinata Regione nella fascia di maggiore o minore rischio (modulabile in rossa, arancione e gialla) prendeva in considerazione non soltanto l'indice di contagiosità registrato nel territorio di riferimento, ma anche il tasso di occupazione delle terapie intensive. Sul punto, cfr. G. Marchetti, *Le conflittualità tra Governo e Regioni nella gestione dell'emergenza Covid-19*, cit., spec. p. 13.

⁵² Cfr., *ex plurimis*, https://www.quotidianosanita.it/governo-e-parlamento/articolo.php?approfondimento_id=15702.

⁵³ Il riferimento è alla vicenda siciliana ove, come noto, i vertici regionali hanno alterato di proposito la registrazione del numero dei positivi per evitare la collocazione in zona rossa: <https://www.ilsole24ore.com/art/dati-falsi-tamponi-e-contagi-non-finire-zona-rossa-arresti-sicilia-indagato-l-assessore-salute-ADcSi8TB>.

stesse rispettivamente in zona rossa e arancione, laddove, secondo l'assunto dei territori interessati, dai dati trasmessi emergevano diffusi margini per una valutazione meno restrittiva)⁵⁴.

Seppur su altro profilo, di recente ha registrato una indiscussa risonanza mediatica uno dei conflitti più recenti tra il livello statale e regionale, che ha visto protagonista (ancora una volta) la Regione Campania. Con ordinanza n. 1/2022⁵⁵, il Presidente della Giunta, preso atto di vari *report* di monitoraggio, aveva disposto la sospensione dell'attività didattica in presenza della scuola dell'infanzia, della scuola primaria e della scuola secondaria di primo grado fino al 29 gennaio, al fine di «scongiurare il collasso del sistema sanitario regionale» a causa della elevata contagiosità della variante *omicron*. Il provvedimento è stato impugnato da genitori di minori frequentanti la scuola dell'obbligo e dal Governo con due distinti ricorsi, chiedendone la sospensione. Il g.a., con decreto cautelare n. 19/2022, ha sospeso l'esecutività dell'ordinanza *de qua* rilevando come il d.l. n. 1/2022⁵⁶ abbia dettato disposizioni uniformi su tutto il territorio nazionale le quali, essendo fonti di rango primario, non avrebbero dovuto lasciare spazio per «l'emanazione di ordinanze contingibili che vengano a regolare diversamente i medesimi settori di attività», considerato che «le ordinanze emergenziali si giustificano nell'ordinamento [...] solo ove ricorra, oltre l'urgenza, la mancanza di altra regola che abbia previsto la fattispecie e l'abbia regolata, il che non è nel caso all'esame [...]». Nelle conclusioni, il g.a. sembra muovere qualche considerazione negativa sull'operato del Presidente della Regione Campania, rilevando come «[...] le rappresentate difficoltà del sistema sanitario regionale, lungi dal giustificare l'adozione della misura sospensiva, dimostrano piuttosto la carente previsione di adeguate misure preordinate a scongiurare il rischio, ampiamente prevedibile, di 'collasso' anche sul sistema dei trasporti; con la conseguente confermata impossibilità di qualificare

⁵⁴ Sul punto, cfr. quanto emerso da alcune testate giornalistiche sul tema: <https://www.agi.it/cronaca/news/2021-01-19/lombardia-deposita-ricorso-ingiusta-penalizzante-zona-rossa-11079734/>; https://www.quotidianosanita.it/regioni-e-asl/articolo.php?articolo_id=92030.

⁵⁵ Avente ad oggetto *Ulteriori misure per la prevenzione e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19. Ordinanza ai sensi dell'art. 32, comma 3, della legge 23 dicembre 1978, n.833 in materia di igiene e sanità pubblica e dell'art. 3 del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19. Disposizioni per il contenimento dell'ampia diffusione della variante omicron sul territorio regionale.*

⁵⁶ Recante *Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza COVID-19, in particolare nei luoghi di lavoro, nelle scuole e negli istituti della formazione superiore*, G.U. n. 4 del 7 gennaio 2022.

“contingibile” una misura dichiaratamente volta ad evitare un pericolo ampiamente prevedibile solo a voler considerare il recente passato [...]»⁵⁷.

Il rilievo critico formulato dal g.a. nei confronti dell’operato della Regione – in uno alle risultanze dell’indagine finora condotta – conduce ad interrogarsi sull’effettivo rendimento, in relazione alla gestione dell’emergenza, della forma di governo regionale. Sembra che vi sia stato, in tutte le fasi della stagione epidemiologica, una eccessiva compressione del principio di leale cooperazione, sfociata in evidenti attriti tra i livelli di governo⁵⁸. Attriti che hanno condotto, inevitabilmente, ad una irragionevole conduzione frammentata dell’emergenza, producendo irrimediabili distorsioni che hanno determinato un vero e proprio *cortocircuito istituzionale*, incidendo sulla “tenuta democratica/liberale dell’ordinamento”⁵⁹.

⁵⁷ T.A.R. Campania, Napoli, V, decreto n. 19 del 10 gennaio 2022, disponibile al seguente indirizzo: <https://www.giustizia-amministrativa.it/>. Tuttavia, di diverso avviso – concernente una differente impugnativa ma sulla medesima tematica – è stato l’orientamento registrato di recente dal Consiglio di Stato il quale, con sentenza n. 4407 del 31 maggio 2022, ha riformato la decisione del T.A.R. Napoli (sent. n. 7354 del 17 novembre 2021), stabilendo la legittimità delle ordinanze regionali campane relative alla sospensione delle attività didattiche in presenza in favore del regime di *Dad*, in quanto adeguatamente supportate dai rilievi forniti dall’Unità di Crisi concernenti l’andamento dei contagi e, pertanto, non viziata da difetto di motivazione, demolendo la censura proposta da parte resistente relativa alla «carezza di istruttoria, violazione del principio di ragionevolezza per mancata ponderazione e bilanciamento dei diritti, principi, interessi e valori costituzionali» (cfr. *ivi*, pp. 3-4 della motivazione). Per chiarezza espositiva, si segnala che i giudici di primo grado avevano accolto il ricorso proposto, anche in questo caso, da genitori di minori frequentanti la scuola dell’obbligo avverso ordinanze regionali che, con decorrenza dal 28 novembre 2020 e con cadenza quindicinale, avevano disposto la sospensione delle attività didattiche in presenza (imponendo il regime della *Dad*) in tutta la Regione Campania per le scuole primarie e secondarie di primo e di secondo grado (ordd. nn. 95/2020 e 93/2020). In tale occasione, il T.A.R. Napoli ha censurato l’illegittimità dei provvedimenti regionali impugnati rilevando l’assenza, al fine di giustificare la deroga alla normativa statale meno restrittiva, di una «motivazione stringente e rafforzata che avesse dato conto degli elementi di fatto, diversi o sopravvenuti rispetto a quelli considerati dal Governo nazionale, che, quali indici di aggravato rischio, giustificassero il regime più restrittivo, con adeguata ponderazione delle situazioni soggettive contrapposte e dunque della compressione dei diritti dei minori nelle more indotta». Sembrerebbe emergere, pertanto, un evidente disallineamento delle posizioni registrate dai gg.aa. sul tema, senza considerare peraltro il margine di tempo – piuttosto ridotto – intercorso tra l’uno e l’altro orientamento.

⁵⁸ Tali attriti si sono declinati, altresì, nella volontà – manifestata dal versante regionale, in particolare dai Presidenti delle Regioni Veneto e Campania – di acquistare autonomamente ulteriori dosi di vaccini al fine di favorire l’intera copertura dei territori interessati, contrariamente a quanto previsto dalla normativa nazionale e dai vincoli europei (senza considerare, peraltro, eventuali rischi per la salute in caso di «incauti acquisti»). Sul punto, cfr. P. Masala, *I diritti fra Stato e Regioni nell’emergenza sanitaria*, cit., p. 166 ss.; nonché quanto emerso in molteplici testate giornalistiche: cfr., *ex aliis*, <https://www.ilfattoquotidiano.it/2021/02/10/luca-zaia-vuol-comprare-vaccini-per-i-veneti-fuori-dagli-accordi-ue-ma-costano-cinque-volte-di-piu-non-e-una-farsa-sono-milioni-di-dosi/6096618/>; <https://www.ilfoglio.it/salute/2021/03/26/news/in-campania-il-vaccino-russo-de-luca-compra-sputnik-v-2080418/>.

⁵⁹ Così, A. Vuolo, *Dalle leggi alle ordinanze di reazione*, cit., p. 152.

5. Il nodo da dipanare.

Pertanto, la debole (o quasi del tutto assente) collaborazione tra nazionale e regionale prevista dalla normativa statale è stata uno dei punti maggiormente criticati in dottrina, ove la mancanza di *procedure istituzionalizzate* di confronto tra Governo e Regioni (di natura obbligatoria *ma non vincolante*) ha condotto ad una *cooperazione solo formale* tra i livelli di governo⁶⁰. Nella consapevolezza di tale stato delle cose, si è parlato – in riferimento al riparto delle competenze – di *differenziazione responsabile* quale unico rimedio ragionevole per contrastare la *mai realizzata uniformità*, ossia una differenziazione tesa a “riconoscere [alle Regioni] responsabilità nella ricerca della migliore organizzazione del servizio, rafforzando il circuito della *responsabilità* con adeguati controlli di efficienza ed efficacia [...]”⁶¹. Tuttavia, seppur condivisibile, l’assunto non trova riscontro nei fatti, considerato che l’operato regionale non sembra essersi distinto, almeno in alcuni casi, come *responsabile ed efficiente* atteso che, come accennato, vi sono stati molteplici episodi concernenti inadempienze e diffuse strategie da parte del versante *sub*-statale, comprimendo così l’efficienza dell’azione centrale.

Pertanto, l’assenza di una disciplina unitaria, definita dal decisore centrale, concernente le politiche di gestione della crisi, ha costituito, senza margini di dubbio, uno degli elementi di maggiore disfunzione della risposta alla situazione di eccezione: trattasi di una problematica che, probabilmente, sarà destinata a perdurare anche all’esito dell’emergenza sanitaria, inficiando così l’allocazione efficiente delle risorse, che potrebbe essere compromessa dalla cd. negoziazione *permanente* tra potere centrale e regionale (emergente, in particolar modo, nella seconda fase di contrasto alla crisi)⁶².

Dal complessivo quadro delineato emerge, *ictu oculi*, la necessità di un “sincero rapporto di collaborazione tra Stato e Regioni”⁶³ – così come auspicato dal Presidente del Consiglio

⁶⁰ G. Marchetti, *Le conflittualità tra Governo e Regioni nella gestione dell'emergenza Covid-19*, cit., p. 17 ss.; G. Di Cosimo e G. Menegus, *L'emergenza coronavirus tra Stato e Regioni: alla ricerca della leale collaborazione*, cit., p. 183 ss.

⁶¹ C. Tubertini, *Collaborazione necessaria e differenziazione responsabile: riflessioni sparse su emergenza pandemica e sistema plurilivello*, in *Istituzioni del federalismo*, fasc. spec. 2020, spec. p. 94 (corsivo non testuale).

⁶² S. Staiano, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza guardato da Sud*, in *Federalismi.it*, n. 14/2021, p. IV ss.

⁶³ Cfr. al seguente *link*: <https://www.sanita24.ilsole24ore.com/art/dal-governo/2021-03-29/covid-draghi-regioni-vinceremo-battaglia-un-sincero-rapporto-collaborazione-immunita-gregge-possibile-luglio-gelmini-molta-attenzione-fino-15-20-aprile-poi-automatismi-riaperture-192245.php?uuiid=ADBP50TB>.

in occasione del vertice con le Regioni risalente al 29 marzo 2021 – in grado di arginare, almeno in parte, gli effetti negativi prodotti dalla *torsione monocratica* della forma di governo regionale⁶⁴: per farlo, tuttavia, occorre una compiuta rimeditazione della dislocazione territoriale dei poteri, che presuppone una rivendicazione, in sede centrale, delle funzioni e delle relative competenze per fronteggiare la situazione emergenziale..

Abstract: L'indagine tenta di mettere in evidenza le diffuse criticità emergenti nel rapporto centro-periferia in relazione alle diverse fasi della stagione emergenziale, rilevando come i diffusi *eccessi di ruolo* da parte delle Regioni abbiano prodotto rimarchevoli disfunzioni che si sono declinate in inevitabili asimmetrie operative e decisionali tra i diversi livelli di governo, determinando un vero e proprio *cortocircuito istituzionale* e una vistosa compressione del principio di leale cooperazione.

Abstract: This research attempts to highlight the widespread critical issues emerging in the center-periphery relationship in relation to the different phases of the emergency period, noting how the widespread *excesses of role* by the Regions have produced remarkable dysfunctions which have resulted in inevitable asymmetries operational and decision-making between the different levels of government, causing a real *institutional short circuit* and a conspicuous compression of the principle of loyal cooperation.

Parole chiave: rendimento – forma di governo regionale – pandemia – Regioni.

Key words: performance – regional government – pandemic – Regions.

⁶⁴ L'espressione è di S. Staiano, *Dai Sindaci ai Governatori*, in *Federalismi.it.*, n. 19/2012, p. 5 ss.

LA GESTIONE DEL SERVIZIO IDRICO INTEGRATO NELLA LEGGE ANNUALE PER IL MERCATO E LA CONCORRENZA 2021*.

di Franca Meola**

Sommario. 1. Le scelte in materia di gestione del servizio idrico integrato nella legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021: note critiche introduttive. – 2. Il d.d.l. annuale per il mercato e la concorrenza per l'anno 2021 e la controversa legittimità di talune sue disposizioni: a proposito dei dubbi di conformità a Costituzione della previsione di cui all'art. 6, c. 2, lett. *f*). – 2.1 (*Segue*): sulla controversa rispondenza dei poteri di controllo attribuiti dall'art. 6, c. 2, lett. *f*) all'*Autorità* alla peculiare collocazione ed al ruolo delle amministrazioni indipendenti nel sistema istituzionale italiano, nonché in rapporto al rilievo costituzionale delle funzioni proprie degli enti locali. – 2.2 (*Segue*): sul presunto radicamento europeo della primazia del principio della concorrenza. A proposito dell'art. 6, c. 2, lett. *e*). – 3. Gli emendamenti apportati al testo in sede di approvazione definitiva della legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021. – 4. Sulla portata del vincolo referendario. – 5. A proposito delle aziende speciali e della strada ancora da percorrere in vista del raggiungimento della piena rispondenza delle scelte politiche alla volontà del corpo elettorale: qualche considerazione conclusiva.

* *Sottoposto a referaggio.*

** Ricercatrice t.d., lett. *a*) di Istituzioni di diritto pubblico – Università degli Studi della Campania L. Vanvitelli.

1. Le scelte in materia di gestione del servizio idrico integrato nella legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021: note critiche introduttive.

L'accesso all'acqua quale diritto¹ *umano e fondamentale*², la conseguente ricerca di una disciplina in grado di assicurarne l'effettivo godimento, e, quindi, la scelta della dimensione ottimale della gestione del servizio idrico³, costituiscono oramai da anni temi assai dibattuti quanto controversi.

* *Sottoposto a referaggio*. Oltre che di un'attenta lettura dei suoi numerosi contributi in tema, il presente saggio è frutto di un continuo e costante confronto tra la sua Autrice ed il Prof. Alberto Lucarelli, i cui consigli e le cui riflessioni hanno offerto alla prima un importante stimolo all'approfondimento del tema. Al Prof. Lucarelli, quindi, vanno i più sentiti ringraziamenti da parte dell'Autrice del testo, che spera di aver proficuamente sviluppato nello scritto i brillanti suggerimenti ricevuti.

** Ricercatrice t.d., lett. a) di Istituzioni di diritto pubblico – Università degli Studi della Campania “L. Vanvitelli”.

¹ Sul diritto all'acqua, all'interno di un'ormai assai copiosa bibliografia in argomento, si rinvia, tra gli altri, e senza alcuna pretesa di esaustività, a: A. Di Lieto, *Il diritto all'acqua nel diritto internazionale*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, n. 5/2004, p. 749 ss.; D. Zolo, *Il diritto all'acqua come diritto sociale e come diritto collettivo. Il caso palestinese*, in *Diritto pubblico*, n. 1/2005, p. 125 ss.; G. Cordini, *I diritti sull'acqua e il diritto all'acqua. Le risorse idriche: profili giuridici*, in *Il Diritto dell'economia*, n. 1/2010, p. 7 ss.; A. Olmo, *Diritto all'acqua potabile e alle misure igienico-sanitarie*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 1/2011, p. 178 ss.; S. Staiano, *Note sul diritto fondamentale all'acqua. Proprietà del bene, gestione del servizio, ideologie della privatizzazione*, in *Federalismi.it*, n. 5/2011; T.E. Frosini, *Il diritto all'acqua. Alcune riflessioni in prospettiva comparata*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 2/2012, p. 509 ss.; L. Mezzetti, *Il diritto all'acqua negli ordinamenti dei Paesi latinoamericani: evoluzioni recenti e prospettive*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 2/2012, p. 553 ss.; V. Federico, *Ogni persona ha diritto di accesso all'acqua. Acqua e diritti fondamentali in Sudafrica*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 2/2012, p. 566 ss.; C. Sartoretti, *Il problema 'acqua' in Medio Oriente. Il caso 'Palestina'*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 2/2012, p. 586 ss.; D. Amirante, *Il diritto dell'acqua in India tra regolazione e conflitti*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 2/2012, p. 622 ss.; Id., *La gestione del servizio idrico in Francia: prime considerazioni*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 2/2012, p. 623 ss.; A. Tarzia, *Acqua, Costituzione e Statuti di autonomia (bienes comunes al resguardo del regionalismo politico)*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 2/2012, p. 635 ss.; C. Iannello, *Il diritto all'acqua. L'appartenenza collettiva della risorsa idrica*, Napoli, La Scuola di Pitagora editrice, 2012; A.M. Di Lieto, *Il diritto all'acqua: dall'enunciazione all'attuazione*, in *La Comunità internazionale*, n. 2/2013, p. 321 ss.; F. Spagnuolo, *Note minime su “water grabbing” e diritto (di accesso) all'acqua*, in *Rivista di diritto agrario*, n. 3/2013, p. 562 ss.; F. Staiano, *La progressiva emersione di un diritto umano e fondamentale all'acqua in sistemi di diritto internazionale e costituzionale: principi generali e prospettive di implementazione*, in *Federalismi.it*, n. 4/2013; U. Mattei e A. Quarta, *L'acqua e il suo diritto*, Roma, Giulio Einaudi Editore, 2014; F. Nicotra, *Un “diritto nuovo”: il diritto all'acqua*, in *Federalismi.it*, n. 14/2016; S. Sileoni, *L'acqua: una risorsa fondamentale, quale diritto?*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016; A. Crismani, *La protezione costituzionale del diritto all'acqua pubblica tra crisi finanziaria e diritti umani. L'art. 70.a della Costituzione slovena sul “Diritto all'acqua potabile”*, in *Amministrazioneincammino.it*, dicembre 2016; R. Miccù e F. Palazzotto, *Smoke on the water o della ripubblicizzazione dell'acqua. Lo statuto giuridico della risorsa idrica tra beni demaniali, beni comuni e doveri di tutela dell'amministrazione*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 3/2016.

² Nello specifico, sul diritto all'acqua quale diritto *umano e fondamentale*, e sulla sufficienza e strumentalità di una tale qualificazione del bene *de quo* al soddisfacimento dell'obiettivo di “un effettivo accesso di ciascun individuo in qualsiasi parte del mondo a fonti di acqua potabile sufficiente e salubre” si rinvia alle osservazioni critiche di S. Staiano, *Note sul diritto fondamentale all'acqua. Proprietà del bene, gestione del servizio, ideologie della privatizzazione*, cit., p. 2 ss.

³ Sul servizio idrico in generale si vedano: M. Andreis (a cura di), *Acqua, servizio pubblico e partecipazione*, Torino, Giappichelli, 2015; F. Caporale, *Tendenze, controtendenze e ipostatizzazioni nel governo e della*

Ne sia riprova la peculiare sensibilità e la grande attenzione che, non solo sul piano teorico-speculativo, ma anche su quello politico-normativo, sono state mostrate verso essi da tutti

gestione dei servizi idrici, in *Munus*, n. 1/2013, p. 1 ss.; M. Gigante (a cura di), *L'acqua e la sua gestione. Un approccio multidisciplinare*, Napoli, 2012; F. Bruno, *Tutela e gestione delle acque*, Milano, Giuffrè, 2012; P. Carrozza, *La riforma dei servizi pubblici locali. Il caso dei servizi idrici*, in *Stato e mercato*, n. 98/2011, p. 161 ss.; G. Pastori, *Tutela e gestione delle acque*, in *Id.*, *Scritti scelti*, II, Napoli, Jovene, 2010, p. 583 ss.; M. Benvenuti e E. Gennari, *Il servizio idrico*, in M. Bianco e P. Sestilio (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 143 ss.; A. Fioritto, *I servizi idrici*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, III, Milano, Giuffrè, 2003, p. 2505 ss. In particolare, è bene ricordare, come fa S. Staiano, *Note sul diritto fondamentale all'acqua. Proprietà del bene, gestione del servizio, ideologie della privatizzazione*, cit., p. 15, che: "Nella legislazione, il tema dell'impiego razionale delle risorse idriche trova una prima declinazione nel concetto di 'servizio pubblico integrato', che, introdotto con la legge n. 36 del 1994, è improntato all'esigenza di porre fine alla frammentazione del servizio idrico tra 'captazione, adduzione e distribuzione di acqua a usi civili', 'fognatura e depurazione delle acque reflue'". Tale concetto verrà poi ripreso anzitutto dall'art. 141, c. 2, d.lgs. n. 152/2006, secondo cui: «Il servizio idrico integrato è costituito dall'insieme dei servizi pubblici di captazione, adduzione e distribuzione di acqua ad usi civili di fognatura e di depurazione delle acque reflue, e deve essere gestito secondo principi di efficienza, efficacia ed economicità, nel rispetto delle norme nazionali e comunitarie [...]». Ed infine, troverà espressione nell'art. 3, c. 1, lett. a), d.P.C.M. 20 luglio 2012, che, nel procedere all'«Individuazione delle funzioni di regolazione del servizio idrico integrato trasferite all'Autorità per l'energia elettrica ed il gas», specifica che tale Autorità: «Definisce i livelli minimi e gli obiettivi di qualità del servizio idrico integrato, ovvero di ciascuno dei singoli servizi che lo compongono compresi i servizi di captazione e adduzione a usi multipli e i servizi di depurazione ad usi misti civili e industriali, per ogni singolo gestore e vigila sulle modalità di erogazione del servizio stesso [...]». Tra i contributi successivamente offerti dalla dottrina in tema di servizio idrico integrato, si rinvia, tra gli altri, a: M.P. Chiti, *Le forme di gestione del servizio idrico integrato dopo la finanziaria del 2002*, in *Urbanistica ed Appalti*, 2002, p. 377 ss.; A.D. Cortesi, *Il servizio idrico integrato*, in A. Travi (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Le nuove leggi civili commentate*, Padova, 2003, p. 65 ss.; A. Fioritto, *I servizi idrici*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, cit., p. 2505 ss.; P. Rubino, *L'evoluzione dell'esperienza economica dei servizi pubblici locali*, in S. Mangiameli (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, 2008; M. Benvenuti e E. Gennari, *Il servizio idrico*, in (M. Bianco e P. Sesto), *I servizi pubblici locali*, cit., p. 144.; E. Leonetti, *La disciplina del servizio idrico integrato: un quadro di sintesi*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, n. 1/2010, p. 90 ss.; A. Bottasso e M. Conti, *La governance del settore idrico italiano e le recenti riforme dei servizi pubblici locali: tanto rumore per nulla?*, in *Economia dei Servizi*, n. 2/2011, p. 161 ss.; P. Carrozza, *La riforma dei servizi pubblici locali. Il caso dei servizi idrici*, cit., p. 162 ss.; M.A. Sandulli, *Il servizio idrico integrato*, cit.; V. Cerulli Irelli, *La disciplina delle acque e servizio idrico integrato*, in M. Gigante (a cura di), *L'acqua e la sua gestione. Un approccio multidisciplinare*. Atti del Convegno, cit.; E. Furno, *La determinazione della tariffa del servizio idrico integrato al vaglio della Consulta tra tutela dell'ambiente e tutela della concorrenza (commento a Corte costituzionale n. 67 del 12 aprile 2013)*, in *Giustamm.it*, n. 7/2013; V. Parisio, *La gestione del servizio idrico (integrato): valorizzazione della specialità e vuoto normativo*, in P. Dell'Anno ed E. Picozza (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Vol. II, Padova, Cedam, 2013, p. 125 ss.; P. Chirulli, *I servizi pubblici locali e il servizio idrico integrato tra legislatore, Corte costituzionale e (presunta) "volontà" referendaria*, in *Federalismi.it*, n. 7/2015; V. Vaira, *La gestione del Servizio Idrico Integrato e i nuovi modelli di "democrazia organizzativa"*, in *Federalismi.it*, n. 26/2020.

gli ordinamenti (nazionali, sovranazionale⁴, internazionale⁵), ed in particolare le successive vicende che hanno interessato la gestione del servizio idrico nel nostro Paese, da sempre al

⁴ A livello comunitario, già nel 1968 il Consiglio d'Europa, a mezzo della *Carta Europa dell'Acqua*, aveva affermato che «l'acqua è una risorsa preziosa che ha necessità di una razionale gestione secondo un piano che concili nello stesso tempo i bisogni a breve ed a lungo termine». Tuttavia, si dovrà aspettare il 2000 per l'istituzione di un «quadro per l'azione comunitaria in materia di acque»; e ciò grazie all'adozione della Direttiva 200/60/CE del 23 ottobre 2000 (in G.U. L 327 del 22.12.2000), il cui primo Considerando puntualizza che «l'acqua non è un prodotto commerciale al pari degli altri, bensì un patrimonio che va protetto, difeso e trattato come tale». A tal fine, quindi, pare necessario sviluppare «una politica comunitaria integrata in materia di acque», nonché disporre «principi comuni per coordinare gli interventi degli Stati membri diretti a migliorare la protezione delle acque della Comunità sia quantitativamente, sia qualitativamente». Sempre nello stesso anno, inoltre, a Nizza viene sottoscritta la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nelle cui norme, finalmente, sempre nel contesto ordinamentale europeo, il diritto all'acqua trova una sua garanzia sia pur indiretta. Specificamente, come evidenzia S. Staiano, *Note sul diritto fondamentale all'acqua. Proprietà del bene, gestione del servizio, ideologie della privatizzazione*, cit., p. 13, esso si radica «nell'art. 2, che tutela il diritto alla vita; nell'art. 35, specie ove è stabilito che «nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche e attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana»; nell'art. 36 secondo il quale «l'Unione [...] riconosce e rispetta l'accesso ai servizi di interesse economico generale quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente ai trattati»; nell'art. 37, ove è affermato che «un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile»; nell'art. 38, secondo cui «nelle politiche dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione dei consumatori»».

⁵ In realtà, nel diritto internazionale vigente non vi è alcuna esplicita formulazione normativa del diritto soggettivo all'acqua. La prima iniziativa internazionale che ha tematizzato il diritto all'acqua è stata la Conferenza delle Nazioni Unite sull'acqua, tenutasi a Mar de la Plata, in Argentina, nel 1977. Nella dichiarazione finale si sosteneva che «tutti hanno diritto di accedere all'acqua potabile in quantità e qualità corrispondenti ai propri bisogni fondamentali». Successivamente, nel settembre del 1990, le Nazioni Unite hanno promosso a Nuova Delhi la Conferenza finale del Decennio internazionale dell'acqua potabile; mentre è del gennaio 1992 la Conferenza della Nazioni Unite su acqua e ambiente, conclusasi con l'adozione della *Dichiarazione finale di Dublino*, dal nome della città in cui si è tenuta tale conferenza. Questa prima fase di iniziative internazionali si è infine conclusa con la Conferenza delle Nazioni Unite su ambiente e sviluppo, tenuta a Rio de Janeiro nel giugno del 1992, nel corso della quale il problema dell'acqua è stato approcciato con riferimento al concetto di sviluppo sostenibile, ed a partire dalle preoccupazioni emergenti rispetto alla scarsità e qualità della risorsa. È stato così, per la prima volta, introdotto il principio secondo cui l'acqua ha un valore economico in funzione della sua scarsità. Successivamente, ed in maniera particolarmente efficace si sono espressi il Gruppo di Lisbona e la fondazione Mario Soares, che nel settembre del 1998 hanno promosso il *Manifesto dell'acqua (The Water Manifesto)*, i due Forum Mondiali per l'acqua di Marrakesh (1997), dell'Aja (2000), cui si sono aggiunti i Forum Sociali Mondiali di Porto Alegre e i Forum alternativi mondiali dell'acqua di Firenze (2003) e di Ginevra (2005). Nel 2010, quindi, su iniziativa di alcuni Paesi latino-americani, l'Assemblea generale dell'Onu e successivamente il Consiglio dei diritti umani hanno approvato due importanti Risoluzioni che sanciscono il diritto all'acqua e ai servizi igienico-sanitari come un diritto umano, universale, autonomo e specifico. In particolare, la Risoluzione della Assemblea delle Nazioni Unite 64/92 del 28 luglio 2010 ha riconosciuto che il «diritto all'acqua potabile ed ai servizi igienico sanitari è un diritto dell'uomo essenziale alla qualità della vita ed all'esercizio di tutti i diritti dell'uomo». Invece, la Risoluzione 15/9 del Consiglio dei diritti umani, adottata il 30 settembre 2010, ha affermato che «il diritto umano all'acqua ed ai servizi igienico-sanitari deriva dal diritto ad un livello di vita adeguato ed è indissolubilmente legato al diritto a migliorare lo stato di salute fisica e mentale così come al diritto alla vita ed alla dignità». Dal canto suo, la successiva risoluzione dell'Assemblea Generale del 19 settembre 2013 ha poi specificato alcune modalità con cui gli Stati possono garantire «il diritto umano all'acqua potabile e ai servizi igienico-sanitari»: accesso progressivo, monitoraggio, applicazione, non discriminazione, consultazione delle comunità, garanzia di accessibilità ai servizi anche se gestiti da terzi e non dallo Stato. Infine, nel maggio del 2013, l'entrata in vigore del Primo protocollo opzionale al «Patto Internazionale relativo ai diritti economico e sociali, culturali», ha permesso che la giustiziabilità teorica e pratica dei diritti economici sociali e culturali fosse estesa anche al diritto umano all'acqua. È indubbio che l'insieme di queste risoluzioni ha contribuito ad una *positivizzazione del diritto umano all'acqua*, offrendo al contempo significativi *strumenti interpretativi* di norme già al riguardo esistenti nel diritto internazionale, e

centro di continue tensioni, che hanno interessato sia il mondo politico che quello giuridico, ugualmente impegnati nella definizione delle molte e differenti problematiche proprie del settore.

Ma, sebbene oggetto di attenta e puntuale riflessione dottrinale, di successivi interventi normativi, oltre che di un'ormai storica consultazione referendaria⁶ e di numerose pronunce del Consiglio di Stato e della Corte costituzionale⁷, cruciali per tratteggiare la fisionomia generale del sistema dei servizi pubblici locali, e con esso quello del servizio idrico integrato, nei mesi scorsi le questioni cui si è fatto cenno in apertura hanno acquistato nuova centralità per effetto di talune disposizioni introdotte nel disegno di legge annuale per il

specificamente nel Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, nella Convenzione sui diritti dell'infanzia, nonché nella Dichiarazione universale dei diritti umani. Purtroppo, però, sebbene siano oramai passati molti anni dall'adozione delle Risoluzioni Onu di cui si è detto, e nonostante il diritto all'acqua sia stato ormai inopinabilmente riconosciuto a livello di diritto internazionale come un diritto umano, universale, autonomo e specifico e presupposto per tutti gli altri diritti umani, l'accesso all'acqua non è garantito e preso in carico in nessuno Stato del mondo e non costituisce neppure un Obiettivo di sviluppo sostenibile della stessa Agenda 2030, cioè del modello di sviluppo sostenibile che si intende perseguire nei prossimi anni.

⁶ Si ricordi che dei quattro quesiti referendari dichiarati ammissibili dalla Corte cost., sentenze nn. 24/2011 e 26/2011 (il cui testo è consultabile sul sito *Consulta.org*), due, nello specifico, investivano la questione del servizio idrico integrato. In particolare, il primo quesito riguardava propriamente il regime giuridico di affidamento e gestione dei servizi pubblici di rilevanza economica, entro cui ricade la disciplina di affidamento del servizio idrico integrato; il secondo, invece, le modalità ed i criteri di remunerazione del capitale per la gestione del servizio idrico. Nella prospettiva indicata, il quesito n. 1 della consultazione referendaria n. 149, svoltasi il 12 e 13 giugno del 2011, mirava ad abrogare l'art. 23-bis («Servizi pubblici locali di rilevanza economica»), d.l. n. 112/2008 (*Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e finanza la perequazione tributaria*), convertito, con modificazioni, l.n. 133/2008, come modificato dall'art. 30, c. 26, l.n. 99/2009 (*Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia*), e dall'art. 15 d.l. n. 135/2009 (*Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della corte di giustizia della Comunità europea*), convertito, con modificazioni, l. n. 166/2009, nel testo risultante a seguito della sentenza n. 325/2010 della Corte costituzionale. Il quesito n. 2, invece, era finalizzato ad abrogare l'art. 154, cod. amb. (d.lgs. n. 152/2006). Per un'analisi puntuale delle motivazioni che spinsero alla promozione del referendum del 2011 si rinvia a G. Azzariti, G. Ferrara, A. Lucarelli, U. Mattei, L. Nivarra e S. Rodotà, *I quesiti referendari sulla liberalizzazione dei servizi pubblici locali e sul servizio idrico integrato e la relazione introduttiva redatta dagli estensori*, in *Astrid-online.it*, 5 febbraio 2010 e in *Acquabenecomune.org*. Per un approfondimento della vicenda referendaria e dei quesiti (soprattutto il primo) oggetto di consultazione, cfr. G. Azzariti, G. Ferrara, L. Lucarelli, L. Nivarra, I. Matteri e S. Rodotà, *Relazione introduttiva ai quesiti referendari*, in *Il giudizio sull'ammissibilità del referendum abrogativo. Dottrina (2003-2012)*, Corte Costituzionale – Servizio Studi, in https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/stu-224_1_c-dottrina_20220330142331.pdf; A. Giorgis e F. Dealessi, *L'(incerto) oggetto giuridico dei referendum sulle modalità di gestione del servizio idrico*, in *Rivista AIC*, n. 4/2010; C. De Vincenti, *A passo di gambero: il referendum sull'acqua*, in *Astrid-online.it*, 2010; F. Bassanini, *I servizi pubblici tra riforma e referendum*, in *Astrid-online.it*, 2011; E. Moliterni, *L'acqua, i servizi pubblici locali e lo strumento referendario*, in *Treccani.it*, 2011, p. 5 ss.

⁷ Per una ricostruzione delle vicende giurisprudenziali, oltre che normative, connesse al servizio idrico, cfr. in generale F. Scalia, *Le modalità di affidamento della gestione del servizio idrico integrato: l'evoluzione normativa e le novità delle recenti riforme*, in *Federalismi.it*, n. 8/2016; L. Nivarra, *Il servizio idrico integrato: evoluzione e prospettive*, in *Rivista di diritto dell'economia dei trasporti e dell'ambiente*, 2015, p. 171 ss.

mercato e la concorrenza⁸, che, più di recente, è stato approvato con emendamenti dal Parlamento⁹.

In particolare, a dare ragione della necessità di un'ulteriore riflessione sulle tematiche di cui si è appena detto sono state, fin da subito, le previsioni originariamente positivizzate all'art. 6, c. 2, lett. e), f), g).

Sono queste, nello specifico, le disposizioni che, all'interno di un più ampio articolato normativo¹⁰, che interviene tra l'altro in materia di servizi pubblici locali, delegando il Governo ad adottare un decreto legislativo di riordino del settore¹¹, si preoccupano

⁸ Il d.d.l. annuale per il mercato e la concorrenza per l'anno 2021 è stato approvato dal Consiglio dei Ministri, nell'adunanza del 4 novembre 2021, così come previsto dall'art. 47, l. n. 99/2003. La sua approvazione corrisponde a uno degli obiettivi individuati dal Governo nel P.N.R.R. Più precisamente, la riforma del settore concorrenziale – analogamente alle riforme di semplificazione, come il noto d.l. n. 77/2021 – ha effetto *abilitante*, cioè volto a rimuovere ostacoli al raggiungimento delle sedici componenti raggruppate nelle sei missioni del P.N.R.R. (che peraltro corrispondono ai pilastri del *Dispositivo per la Ripresa e Resilienza-RRF*, a sua volta principale strumento, accanto al *REACT-EU*, in cui si articola il *NGEU Program*). Nello specifico, a mezzo di tale d.d.l., l'Esecutivo si è impegnato ad affrontare, entro la fine dell'anno corrente, interventi normativi in diversi settori, e specificamente in tema di servizi pubblici locali; energia; trasporti; rifiuti; avvio di un'attività imprenditoriale; vigilanza del mercato.

⁹ Si tratta della l.n. 118/2022, *Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021* (in G.U. 12.08.2022, n. 188). Dopo la l.n. 124/2017, (*Legge annuale per il mercato e la concorrenza*, in G.U. del 14.08.2017 n. 189), la legge *de qua* è la seconda ad essere stata adottata in attuazione dell'art. 47 l.n. 99/2009, *Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia* (in G.U. 31.07.2009 n. 176 - Suppl. Ordinario n. 136), che prevede l'adozione della legge annuale per il mercato e la concorrenza «al fine di rimuovere gli ostacoli regolatori, di carattere normativo o amministrativo, all'apertura dei mercati, di promuovere lo sviluppo della concorrenza e di garantire la tutela dei consumatori».

¹⁰ Già il d.d.l. si componeva di 32 articoli, incidenti in materia di regimi concessori (artt. 2-5), servizi pubblici locali e trasporti (artt. 6-10), energia e sostenibilità ambientale (artt. 11-12), tutela della salute (artt. 13-18), infrastrutture digitali e servizi di comunicazione elettronica (artt. 19-22), rimozione degli oneri per le imprese e parità di trattamento per gli operatori (artt. 23-27), rafforzamento dei poteri di antitrust enforcement (artt. 28-31), selezione dei componenti e dei presidenti delle Autorità indipendenti (art. 32).

Oggi, nel suo testo definitivo, la legge sulla concorrenza del 2021 si compone di 36 articoli, raccolti in 9 capi: il primo (art. 1) enuncia le finalità; il secondo (artt. 2-7) è dedicato alla rimozione di barriere all'entrata dei mercati e ai regimi concessori; il terzo (artt. 8-11) ai servizi pubblici locali e trasporti; il quarto (artt. 12-14) alla concorrenza, energia e sostenibilità ambientale; il quinto (artt. 15-21) alla concorrenza e tutela della salute; il sesto (artt. 22-25) alla concorrenza, sviluppo delle infrastrutture digitali e servizi di comunicazione elettronica; il settimo (artt. 26-31) alla concorrenza, rimozione degli oneri per le imprese e parità di trattamento tra gli operatori; l'ottavo (artt. 32-35) al rafforzamento dei poteri in materia di attività antitrust e infine il nono (art. 36) contiene una clausola di salvaguardia.

¹¹ In effetti, come correttamente riferisce la Relazione illustrativa al D.d.L. in commento, è da tempo immemore che il quadro normativo nazionale in materia si presenta quanto mai «*disaggregato e complesso*». E ciò perché, «*nel corso degli anni, la disciplina dei servizi pubblici locali è stata oggetto di una iperproduzione legislativa, con interventi non omogenei tra loro (molti dei quali realizzati attraverso la decretazione d'urgenza) dovuti anche alla necessità di armonizzare la normativa nazionale con i principi dell'ordinamento UE, di un'abrogazione referendaria, nonché di una consistente attività ermeneutica da parte della giurisprudenza, anche costituzionale*» (il testo completo di tale relazione è consultabile all'indirizzo: <http://25%20MARZO%202021/ABC/Disegno-di-legge-annuale-per-il-mercato-e-la-concorrenza-2021-RELAZIONE-TECNICA.pdf>). Da tanto è quindi derivato l'art. 6 del d.d.l. in esame, che reca appunto una apposita *Delega in materia di servizi pubblici locali*. La spinta così impressa alla riforma del settore segue peraltro un precedente significativo. Si ricorderà, infatti, che un analogo tentativo di riordino e organica riforma della stratificata materia in esame era stato, in tempi relativamente recenti, avviato dal Governo Renzi con la legge n. 124/2015, c.d. *Legge Madia*. L'art. 19 di tale legge aveva invero già previsto la necessità d'un complessivo «riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di interesse economico

generale», a tal fine individuando una serie di principi e criteri direttivi, cui si sarebbe dovuta ispirare la successiva normativa attuativa da adottarsi, nei successivi 12 mesi, mediante decreto legislativo. E specificamente: «a) riconoscimento, quale funzione fondamentale dei comuni e delle città metropolitane, da esercitare nel rispetto dei principi e dei criteri dettati dalla normativa europea e dalla legge statale, dell'individuazione delle attività di interesse generale il cui svolgimento è necessario al fine di assicurare la soddisfazione dei bisogni degli appartenenti alle comunità locali, in condizioni di accessibilità fisica ed economica, di continuità e non discriminazione, e ai migliori livelli di qualità e sicurezza, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale; b) soppressione, previa ricognizione, dei regimi di esclusiva, comunque denominati, non conformi ai principi generali in materia di concorrenza e comunque non indispensabili per assicurare la qualità e l'efficienza del servizio; c) individuazione della disciplina generale in materia di regolazione e organizzazione dei servizi di interesse economico generale di ambito locale, compresa la definizione dei criteri per l'attribuzione di diritti speciali o esclusivi, in base ai principi di adeguatezza, sussidiarietà e proporzionalità e in conformità alle direttive europee; con particolare riferimento alle società in partecipazione pubblica operanti nei servizi idrici, risoluzione delle antinomie normative in base ai principi del diritto dell'Unione europea, tenendo conto dell'esito del referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011; d) definizione, anche mediante rinvio alle normative di settore e armonizzazione delle stesse, dei criteri per l'organizzazione territoriale ottimale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica; e) individuazione, anche per tutti i casi in cui non sussistano i presupposti della concorrenza nel mercato, delle modalità di gestione o di conferimento della gestione dei servizi nel rispetto dei principi dell'ordinamento europeo, ivi compresi quelli in materia di auto-produzione, e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di autonomia organizzativa, economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità; f) introduzione, nell'ambito delle risorse disponibili a legislazione vigente, di incentivi e meccanismi di premialità o di riequilibrio economico-finanziario nei rapporti con i gestori per gli enti locali che favoriscono l'aggregazione delle attività e delle gestioni secondo criteri di economicità ed efficienza, ovvero l'eliminazione del controllo pubblico; g) individuazione dei criteri per la definizione dei regimi tariffari che tengano conto degli incrementi di produttività al fine di ridurre l'aggravio sui cittadini e sulle imprese; h) definizione delle modalità di tutela degli utenti dei servizi pubblici locali; i) revisione delle discipline settoriali ai fini della loro armonizzazione e coordinamento con la disciplina generale in materia di modalità di affidamento dei servizi; l) previsione di una netta distinzione tra le funzioni di regolazione e controllo e le funzioni di gestione dei servizi, anche attraverso la modifica della disciplina sulle incompatibilità o sull'inconferibilità di incarichi o cariche; m) revisione della disciplina dei regimi di proprietà e gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni, nonché di cessione dei beni in caso di subentro, in base a principi di tutela e valorizzazione della proprietà pubblica, di efficienza, di promozione della concorrenza, di contenimento dei costi di gestione, di semplificazione; n) individuazione e allocazione dei poteri di regolazione e controllo tra i diversi livelli di governo e le autorità indipendenti, al fine di assicurare la trasparenza nella gestione e nell'erogazione dei servizi, di garantire l'eliminazione degli sprechi, di tendere al continuo contenimento dei costi aumentando nel contempo gli standard qualitativi dei servizi; o) previsione di adeguati strumenti di tutela non giurisdizionale per gli utenti dei servizi; p) introduzione e potenziamento di forme di consultazione dei cittadini e di partecipazione diretta alla formulazione di direttive alle amministrazioni pubbliche e alle società di servizi sulla qualità e sui costi degli stessi; q) promozione di strumenti per supportare gli enti proprietari nelle attività previste all'articolo 18, per favorire investimenti nel settore dei servizi pubblici locali e per agevolare i processi di razionalizzazione, riduzione e miglioramento delle aziende che operano nel settore; r) previsione di termini e modalità per l'adeguamento degli attuali regimi alla nuova disciplina; s) definizione del regime delle sanzioni e degli interventi sostitutivi, in caso di violazione della disciplina in materia; t) armonizzazione con la disciplina generale delle disposizioni speciali vigenti nei servizi pubblici locali, relative alla disciplina giuridica dei rapporti di lavoro; u) definizione di strumenti per la trasparenza e la pubblicizzazione dei contratti di servizio, relativi a servizi pubblici locali di interesse economico generale, da parte degli enti affidanti anche attraverso la definizione di contratti di servizio tipo per ciascun servizio pubblico locale di interesse economico generale; v) definizione di strumenti di rilevazione, anche attraverso banche dati nazionali già costituite, dei dati economici e industriali, degli obblighi di servizio pubblico imposti e degli standard di qualità, nel rispetto dei principi dettati dalla normativa nazionale in materia di trasparenza». In forza della delega ricevuta, il Governo elaborò allora uno schema di decreto legislativo strutturato come un *Testo Unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale*, pure sottoposto al vaglio della Commissione speciale istituita presso il Consiglio di Stato (che rese il parere n. 1075/2016). Tale testo fu infine abbandonato, lasciando decadere la delega, anche in ragione dei rilievi nel frattempo mossi nei confronti dell'impianto della *Legge Madia* dalla Corte costituzionale con la nota decisione n. 251/2016 (che censurò, in particolare, quelle disposizioni della *Legge*

Madia che prevedevano, in vista della successiva adozione dei decreti legislativi attuativi, la mera acquisizione d'un *parere* della Conferenza Stato-Regioni, piuttosto che non una vera e propria intesa). Evidentemente muovendo da tale precedente, l'art. 6 del d.d.l. *Concorrenza* ha conferito al Governo una nuova delega ad adottare – entro il più breve termine di sei mesi dalla entrata in vigore della legge – un decreto legislativo di «riordino della materia dei servizi pubblici locali», «anche tramite l'adozione di un apposito testo unico» (c. 1), passando, quindi, a definire i 'nuovi' principi e criteri direttivi sulla base dei quali tale nuovo decreto legislativo di riordino dovrà essere adottato – peraltro non sempre previa intesa con la Conferenza Stato-Regioni (c. 2) (Anche se il c. 3 per la verità limita l'intesa ad alcuni soltanto dei criteri indicati al co. 2 e, precisamente, solo quelli di cui alle lettere *d*) ed *o*). In particolare, i *nuovi* principi e criteri direttivi fissati dalla legge delega sono: a) individuazione, nell'ambito della competenza esclusiva statale di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera *p*), della Costituzione, da esercitare nel rispetto della tutela della concorrenza, dei principi e dei criteri dettati dalla normativa europea e dalla legge statale, delle attività di interesse generale il cui svolgimento è necessario al fine di assicurare la soddisfazione delle esigenze delle comunità locali, in condizioni di accessibilità fisica ed economica, di continuità, universalità e non discriminazione, e dei migliori livelli di qualità e sicurezza, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale e territoriale; b) razionalizzazione della ripartizione dei poteri di regolazione e di controllo tra i diversi livelli di governo locale e le autorità indipendenti e previsione della separazione, a livello locale, tra le funzioni regolatorie e le funzioni di diretta gestione dei servizi; c) definizione dei criteri per l'istituzione di regimi speciali o esclusivi, in base ai principi di adeguatezza e proporzionalità e in conformità alla normativa europea e superamento dei regimi di esclusiva non conformi con tali principi e, comunque, non indispensabili per assicurare la qualità e l'efficienza del servizio; d) definizione dei criteri per l'ottimale organizzazione territoriale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, anche mediante l'armonizzazione delle normative di settore, e introduzione di incentivi e meccanismi di premialità che favoriscano l'aggregazione delle attività e delle gestioni dei servizi a livello locale; e) razionalizzazione della disciplina concernente le modalità di affidamento e di gestione dei servizi pubblici, nonché la durata dei relativi rapporti contrattuali, nel rispetto dei principi dell'ordinamento europeo e dei principi di proporzionalità e ragionevolezza; f) fatto salvo il divieto di artificioso frazionamento delle prestazioni, previsione, per gli affidamenti di importo superiore alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, di una motivazione anticipata e qualificata, da parte dell'ente locale, per la scelta o la conferma del modello dell'autoproduzione ai fini di una efficiente gestione del servizio, che dia conto delle ragioni che, sul piano economico e della qualità, degli investimenti e dei costi dei servizi per gli utenti, giustificano il mancato ricorso al mercato, anche in relazione ai risultati conseguiti nelle pregresse gestioni in autoproduzione; g) previsione dell'obbligo dell'ente locale, nei casi di cui alla lettera *f*), di trasmettere tempestivamente la decisione motivata di utilizzare il modello dell'autoproduzione all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, anche razionalizzando la disciplina vigente sugli oneri di trasparenza in relazione agli affidamenti in house; h) previsione di sistemi di monitoraggio dei costi ai fini del mantenimento degli equilibri di finanza pubblica e della tutela della concorrenza, nell'ipotesi di ricorso da parte dell'ente locale al modello dell'autoproduzione; i) previsione che l'obbligo di procedere alla revisione periodica di cui all'articolo 20 del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, tenga conto anche delle ragioni che, sul piano economico e della qualità dei servizi, giustificano il mantenimento dell'autoproduzione anche in relazione ai risultati conseguiti nella gestione; l) previsione di una disciplina che, in caso di superamento del regime di gestione dei servizi pubblici locali in autoproduzione, assicuri un'adeguata tutela occupazionale anche mediante l'impiego di apposite clausole sociali; m) estensione, nel rispetto della normativa dell'Unione europea, della disciplina applicabile ai servizi pubblici locali, in materia di scelta della modalità di gestione del servizio e di affidamento dei contratti, anche al settore del trasporto pubblico locale; n) revisione delle discipline settoriali in materia di servizi pubblici locali, con particolare riferimento al settore dei rifiuti e alla gestione del servizio idrico, al fine di assicurarne l'armonizzazione e il coordinamento; o) razionalizzazione del rapporto tra la disciplina dei servizi pubblici locali e la disciplina per l'affidamento dei rapporti negoziali di partenariato regolati dal decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, in conformità agli indirizzi della giurisprudenza costituzionale; p) coordinamento della disciplina dei servizi pubblici locali con la normativa in materia di contratti pubblici e in materia di società in partecipazione pubblica per gli affidamenti in autoproduzione; q) revisione della disciplina dei regimi di proprietà e di gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni, nonché di cessione dei beni in caso di subentro, anche al fine di assicurare un'adeguata valorizzazione della proprietà pubblica, nonché un'adeguata tutela del gestore uscente; r) razionalizzazione della disciplina e dei criteri per la definizione dei regimi tariffari, anche al fine di assicurare una più razionale distribuzione delle competenze tra autorità di indipendenti ed enti locali; s) previsione di modalità per la pubblicazione, a cura degli affidatari, dei dati relativi alla qualità del servizio, al livello annuale degli investimenti effettuati ed alla loro programmazione sino al termine dell'affidamento; t) razionalizzazione

anzitutto di specificare i criteri di razionalizzazione della disciplina concernente le modalità di affidamento e di gestione dei servizi pubblici, quindi di precisare le condizioni di ricorso al modello dell'autoproduzione ai fini di un'efficiente gestione del servizio, ed infine di chiarire gli obblighi conseguenti alla scelta del modello in questione, nonché la titolarità e la tipologia del relativo controllo.

Certamente innovative sotto molti aspetti del sistema di gestione del servizio idrico, queste stesse disposizioni, però, nella loro portata letterale, ancor prima che nella *ratio* che parrebbe ad esse sottese, hanno immediatamente sollevato non poche perplessità, specie sul piano della legittimità costituzionale. È su tale piano, infatti, che le scelte a mezzo di esse operate in tema dal regolatore pubblico hanno posto una serie di dubbi che, se da un

della disciplina concernente le modalità di partecipazione degli utenti nella fase di definizione della qualità, degli obiettivi e dei costi del servizio pubblico locale e rafforzamento degli strumenti di tutela degli utenti, anche attraverso meccanismi non giurisdizionali; u) rafforzamento, anche attraverso banche dati nazionali già costituite, della trasparenza e della comprensibilità degli atti e dei dati concernenti la scelta del regime di gestione, la regolazione negoziale del rapporto tramite contratti di servizio, il concreto andamento della gestione dei servizi pubblici locali dal punto di vista sia economico sia della qualità dei servizi e del rispetto degli obblighi di servizio pubblico; v) previsione di una disciplina transitoria che, in sede di prima attuazione, individui termini e modalità per l'adeguamento degli affidamenti in essere ai criteri relativi alla scelta della modalità di gestione di cui alla lettera f), al fine di garantire la tutela della concorrenza, nonché definizione dei relativi interventi sostitutivi ai sensi dell'articolo 120 della Costituzione; z) definizione di strumenti per la trasparenza dei contratti di servizio nonché introduzione di contratti di servizio tipo». Il confronto tra le disposizioni appena riportate consente chiaramente di intendere come, in linea di massima, vi sia una sostanziale coincidenza di criteri ed obiettivi perseguiti, ai fini del riordino della materia. Le principali differenze si colgono invece in relazione: 1) alla differente delimitazione dello stesso oggetto dell'intervento di riordino prospettato: circoscritto ai soli «servizi pubblici locali di interesse economico generale», nel caso della norma di delega contenuta nella *Legge Madia*, esteso, invece, a tutti i «servizi pubblici locali», per effetto della norma del d.d.l. in commento (sul significato e la portata di tali differenti locuzioni, si rinvia alla più che puntuale analisi contenuta nel parere del Consiglio di Stato, n. 1075/2016); 2) alla *copertura costituzionale* del nuovo intervento di riordino: l'art. 6, lett. a) lo aggancia espressamente alle competenze legislative statali esclusive di cui all'art. 117, c. 2, lett. p), Cost. (connotandolo, pertanto, in funzione dell'individuazione delle «funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane»), ma non anche a quelle in tema di «tutela della concorrenza», di cui all'art. 117, c. 2, lett. e), Cost., la cui centralità, nella materia in esame, è pure stata tante volte riaffermata dalla giurisprudenza costituzionale (e che comunque la disposizione in rassegna si premura di fare genericamente *salva*, in uno al necessario rispetto degli altri «principi e dei criteri dettati dalla normativa europea e dalla legge statale»); 3) alla differente estensione dell'ambito di intervento di riforma, posto che l'art. 6, lett. n), precisa che il *riordino* dovrà riguardare anche le discipline settoriali specifiche (trasporto pubblico locale, gestione dei rifiuti e del servizio idrico), le quali rimasero fuori dall'ambito di applicazione dello schema del *Testo Unico* redatto sulla scorta della *Legge Madia* (salvo che per le disposizioni in tema di modalità di affidamento); 4) all'asserita necessità di coordinamento di tale intervento di riforma con altri essenziali normative, nel frattempo entrate in vigore, quali quelle in materia di contratti pubblici (di cui al d.lgs. n. 50/2016), di società in partecipazione pubblica (di cui al d.lgs. n. 175/2016) e di enti e attività del c.d. Terzo Settore (di cui al d.lgs. n. 117/2017); 5) all'introduzione, per effetto dell'art. 6, lett. f) e g), di nuovi e specifici principi e criteri direttivi volti alla definizione, a livello normativo generale, di un particolare e rafforzato *iter* da seguire nei casi in cui l'ente locale intenda optare per la c.d. autoproduzione o affidamento *in house* del servizio pubblico locale, anch'esso correlato all'esigenza di «potenziamento delle regole pro-competitive», «particolarmente importante e fortemente voluto dalle istituzioni dell'Unione europea», anche ed in particolare nel contesto del PNRR.

lato hanno investito più direttamente la rispondenza dei singoli profili di cui si compone la disciplina alle conferenti disposizioni costituzionali, dall'altro hanno finito addirittura per travolgere l'impianto complessivo di quelle stesse scelte, in quanto discutibilmente distanti non soltanto dalle più raffinate conclusioni dell'elaborazione giuridico-giurisprudenziale riguardo anzitutto alla qualificazione giuridica del bene oggetto del servizio in questione, ma anche e soprattutto da quella diversa scelta che, a proposito della titolarità del servizio di gestione delle risorse idriche, è stata espressa, oramai anni fa, a mezzo referendum, dal corpo elettorale.

Indiscutibilmente, in molte di queste parti, le disposizioni *de quibus* hanno subito una serie importante di emendamenti che, in sede di approvazione finale del testo, hanno non poco marcato la distanza tra le originarie previsioni e quelle poi oggetto di definitiva deliberazione da parte delle Camere. La loro stessa numerazione, del resto, è oggi diversa da quella iniziale, posta l'attuale collocazione di esse sub art. 8 della legge delega.

Ciononostante, è indubbio che l'analisi delle disposizioni originariamente contenute nel disegno di legge in materia di concorrenza conserva tuttora un certo interesse per gli studiosi della materia¹². Essa, infatti, non offre soltanto ulteriori e nuovi motivi per tornare a riflettere su temi che da anni impegnano l'analisi gius-pubblicistica, e che, quasi naturalmente, finiscono al tempo stesso per investire la qualificazione giuridica delle risorse idriche¹³, la titolarità del relativo servizio, ovvero l'attribuzione della sua gestione operativa, anche e soprattutto in rapporto alla previsione di poteri di controllo strumentali al soddisfacimento di obiettivi di ottimale allocazione del bene, *quid est* di efficiente gestione del servizio, cui quella stessa analisi mira. Piuttosto, proprio a partire da qui, un'analisi di questo tipo consente di meglio intendere le ragioni delle molte perplessità che, in punto di legittimità, sono state fin da subito sollevate nei riguardi di tali determinazioni. Sicché, nella comparazione con il testo definitivo di quelle stesse disposizioni per come infine varate dal Parlamento, l'indagine cui ci si appresta consente di apprezzare la misura dell'incidenza che, sul relativo dibattito parlamentare, è stata esercitata da quanti si sono fin da subito mostrati assolutamente critici nei riguardi del testo normativo *de quo*, e

¹² Tra i primi commenti del testo, si ricordino quelli offerti da M. Currò, *Brevissime riflessioni sui servizi pubblici locali nel ddl concorrenza, tra attuazione del PNRR e "ritorno" alla "Riforma Madia"*, in *Ildirittoamministrativo.it*.

¹³ Il problema della natura pubblica o privata è assai risalente, tanto che, come nota M.S. Giannini, *Diritto Pubblico dell'Economia*, Bologna, Il Mulino, 1995, p. 22, la nascita dei primi ordinamenti generali sarebbe legata proprio al bisogno di regolare l'uso delle acque da parte delle civiltà sviluppate attorno ai grandi fiumi Nilo, Tigro, Eufrate e Indo. Tuttavia, è solo in seno all'ordinamento dell'antica Roma che la disciplina giuridica delle acque acquisisce una certa compiutezza.

specificamente di quella sua *deriva privatizzatrice* in tema¹⁴ che ne costituisce il tratto maggiormente caratterizzante. E questa, stridendo con gli esiti dell'ormai risalente consultazione referendaria sulla privatizzazione dei servizi pubblici, e di quello idrico in particolare, finisce inevitabilmente per interrogare sulla portata del vincolo referendario, e più in generale sull'incidenza che gli istituti di democrazia diretta ancora oggi esercitano all'interno del sistema ordinamentale in rapporto alle scelte attraverso cui, classicamente, si esprime la rappresentanza. Il tutto nella consapevolezza che quelli a cui si è qui fatto cenno sono, ancora oggi, temi di certa attualità e di grande interesse. E la discussione attualmente in corso in seno all'Esecutivo in vista dell'attuazione della delega ricevuta, ed ancor più il testo del decreto intanto scritto e fatto circolare¹⁵ paiono darne chiaramente riprova.

2. Il d.d.l. annuale per il mercato e la concorrenza per l'anno 2021 e la controversa legittimità di talune sue disposizioni: a proposito dei dubbi di conformità a Costituzione della previsione di cui all'art. 6, c. 2, lett. f).

Nella prospettiva d'indagine indicata, particolarmente interessante risulta anzitutto la

¹⁴ Assai criticamente si è osservato che “il d.d.l. reintroduce in modo sistematico un liberismo ampiamente ‘datato’ e ispirato ancora a un luogo comune di ‘thatcheriana’ memoria: pubblico=inefficiente e antieconomico; privato=buono e bello”; così M. Manunta, *Il d.d.l. 2021 sulla concorrenza. Una privatizzazione annunciata*, in *Questionegiustizia.it*, febbraio 2022. In termini ugualmente critici nei riguardi del testo di legge allora in discussione, si è parlato di “tirannia della concorrenza” ma anche di “*furia privatizzatrice*”; così A. Lucarelli, nel parere scritto reso alla X Commissione del Senato, su richiesta del senatore Giroto, nell'ambito dell'istruttoria per l'esame del disegno n. 2469 (Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021), il cui testo è reperibile sul sito istituzionale del Senato all'indirizzo: [Senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/documenti/54618_documenti.htm](https://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/documenti/54618_documenti.htm). Dal canto suo, l'Associazione Articolo 21, che, nata il 27 febbraio 2002, riunisce esponenti del mondo della comunicazione, della cultura e dello spettacolo; giornalisti, giuristi, economisti che si propongono di promuovere il principio della libertà di manifestazione del pensiero (oggetto dell'Articolo 21 della Costituzione italiana da cui il nome), ha immediatamente censurato l'iniziativa governativa, rilevando che “l'esigenza di aprire il mercato dei servizi pubblici al capitale privato è una mera opzione ideologica che nulla ha a che vedere con il benessere dei cittadini e delle finanze pubbliche” e che “si perseguono vecchie opzioni ideologiche senza fare tesoro delle obiezioni che vengono dalla realtà ed in particolare dalla lezione che la pandemia ci ha impartito in ordine al valore della sanità pubblica ed all'esigenza di rafforzare tutti i presidi pubblici. È assurdo che, per la tutela della salute, la preoccupazione principale del ddl concorrenza sia quella di agevolare l'accesso all'accreditamento delle strutture sanitarie private, cioè di rafforzare il settore privato anziché quello pubblico”.

¹⁵ È bene precisare, infatti, che, negli stessi tempi in cui il presente lavoro viene consegnato circola già il testo dello *Schema del decreto legislativo di riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, ai sensi dell'articolo 8 della legge 5 agosto 2022, n. 118*, intanto elaborato dal Governo, i cui contenuti sono consultabili all'indirizzo: https://www.ancrel.it/it/documenti_pubblici.php?sc_id=46&id=2452.

previsione già contenuta nell'art.6, c. 2, lett. f), del d.d.l. È questa nello specifico la disposizione che, riferendosi *tout court* ai servizi pubblici locali¹⁶, e non solo a quelli di interesse economico generale¹⁷, sui quali sono invece intervenuti ancora recenti tentativi di

¹⁶ In mancanza di una puntuale definizione di carattere normativo, la nozione di *servizio pubblico* trova una sua specificazione soprattutto ad opera della giurisprudenza amministrativa. In questo senso, assai rilevante è anzitutto la pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. VI, 12/10/2012 n. 5268 (il cui testo è reperibile all'indirizzo: http://www.francofrisafi.it/web_secondario/sentenze%202012/consiglio%20stato%20sez%206%20sentenza%205268%2012.pdf). In essa, infatti, i supremi giudici amministrativi anzitutto precisano che «per identificare giuridicamente un servizio pubblico, non è indispensabile, a livello soggettivo, la natura pubblica del gestore, mentre è necessaria la vigenza di una norma legislativa che, alternativamente, ne preveda l'obbligatoria istituzione e la relativa disciplina oppure che ne rimetta l'istituzione e l'organizzazione all'Amministrazione». Quindi, aggiungono che «oltre alla natura pubblica delle regole che presiedono allo svolgimento delle attività di servizio pubblico e alla doverosità del loro svolgimento, è ancora necessario, nella prospettiva di un'accezione oggettiva della nozione, che le suddette attività presentino un carattere economico e produttivo (e solo eventualmente costituiscano anche esercizio di funzioni amministrative), e che le utilità da esse derivanti siano dirette a vantaggio di una collettività, più o meno ampia, di utenti (in caso di servizi divisibili) o comunque di terzi beneficiari (in caso di servizi indivisibili)». Infine, riferendosi a propri precedenti, ribadiscono che «nemmeno la circostanza, che per le attività in esame non sia prevista l'erogazione di un corrispettivo da parte dei beneficiari (come è invece proprio di un'usuale attività di depurazione), è idonea a inficiare i riferiti connotati dell'attività quale attività di servizio pubblico, in quanto, per un verso, la previsione di un corrispettivo (così come di un profitto del gestore del servizio) non è essenziale sul piano della qualificazione giuridica delle attività di servizio pubblico e, per altro verso, da un punto di vista strettamente economico, l'utilità dei soggetti tenuti alla messa in sicurezza e alla bonifica di siti inquinati è, in una visione complessiva, all'evidenza rappresentata dal vantaggio che i medesimi (o i loro danti causa) abbiano conseguito precedentemente attraverso l'esternalizzazione dei costi (le diseconomie da inquinamento trasferite all'esterno dell'impresa e accollate al pubblico) relativi a oneri del processo produttivo (ossia quelli connessi al corretto smaltimento degli agenti inquinanti) che - come rimanda il principio generale "chi inquina paga" - sarebbero dovuti restare ab origine a carico delle stesse imprese inquinatrici: sicché alcuni di detti costi attraverso le procedure di bonifica e messa in sicurezza vengono nuovamente internalizzati (peraltro, verosimilmente in misura inferiore al vantaggio ottenuto dalle imprese obbligate, non essendo integralmente risarciti i danni, individuali e collettivi, alla salute medio tempore verificatisi)».

¹⁷ Per quel che concerne in particolare i *servizi pubblici locali di interesse economico generale* è stata la Corte costituzionale ad offrire un importante contributo, anzitutto definitorio, nella sentenza n. 325/2010 (il cui testo è consultabile sul sito Consulta on line all'indirizzo [Giurcost.org](http://www.giurcost.org)). In essa, la Corte ha *in primis* equiparato i servizi pubblici locali di interesse economico (disciplinati dal diritto nazionale) ai servizi di interesse economico generale (SIEG) (di derivazione euro-unitaria). In particolare, al fine di motivare una tale equiparazione, citando alcune pronunce della Corte di Giustizia UE, la stessa ha sottolineato che «entrambe le suddette nozioni, interna e comunitaria, fanno riferimento [...] ad un servizio che: a) è reso mediante un'attività economica (in forma di impresa pubblica o privata), intesa in senso ampio, come 'qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato' [...]; b) fornisce prestazioni considerate necessarie (dirette, cioè, a realizzare anche 'fini sociali') nei confronti di una indifferenziata generalità di cittadini, a prescindere dalle loro particolari condizioni [...]». Quindi, dopo aver rilevato la sostanziale equivalenza tra le due nozioni (nazionale ed europea), la Corte ha altresì sottolineato come, tra le altre cose, «le due nozioni [...] assolvono l'identica funzione di identificare i servizi la cui gestione deve avvenire di regola, al fine di tutelare la concorrenza, mediante affidamento a terzi secondo procedure competitive ad evidenza pubblica». Tutto quanto posto, la stessa Consulta però non ha neppure mancato di sottolineare, senza affatto censurarla, la divergenza tra diritto nazionale e diritto euro-unitario con riferimento all'eccezione a tale regola, evidenziando che «a) la normativa comunitaria consente, ma non impone, agli Stati membri di prevedere, in via di eccezione e per alcuni casi determinati, la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale; b) lo Stato italiano, facendo uso della sfera di discrezionalità attribuitagli dall'ordinamento comunitario al riguardo, ha effettuato la sua scelta nel senso di vietare di regola la gestione diretta dei SPL ed ha, perciò, emanato una normativa che pone tale divieto». Ancora, con riferimento all'inquadramento della materia e alla competenza a legiferare, la Corte, citando la propria precedente giurisprudenza (Cfr. *ex multis*, sentt. n. 142/2010, n. 314/2009, n. 307/2009, n. 304/2009, n. 246/2009, n. 160/2009, n. 148/2009; n. 411/2008, n. 322/2008, n. 326/2008, n. 401/2007; n. 80/2004, n.

riordino della materia¹⁸, a proposito degli «affidamenti di importo superiore alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50» pone originariamente in capo all'ente locale l'obbligo di una «motivazione anticipata e qualificata», in grado di giustificare «la scelta o la conferma del modello dell'autoproduzione ai fini di una efficiente gestione del servizio».

Ebbene, al di là dalle ulteriori considerazioni che pure sollecita, è intanto indubbio che il rilievo che tale previsione riveste è direttamente collegabile alle finalità che essa concorre a soddisfare. Pur senza negare le perplessità che al riguardo genera il richiamo in essa al disposto costituzionale dell'art. 117, c. 2, lett. p)¹⁹, in quanto funzionale a connotare tale nuovo intervento di riordino in termini strumentali all'individuazione delle «funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane»²⁰ ma non anche a quelle in tema

29/2006, n. 272/2004), ha affermato che «la disciplina concernente le modalità dell'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica [...] va ricondotta all'ambito della materia, di competenza legislativa esclusiva dello Stato, 'tutela della concorrenza', prevista dall'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., tenuto conto degli aspetti strutturali e funzionali suoi propri e della sua diretta incidenza sul mercato [...]. Di conseguenza, con riguardo alla concreta disciplina censurata, la competenza statale viene a prevalere sulle invocate competenze legislative regionali e regolamentari degli enti locali e, in particolare, su quella in materia di servizi pubblici locali, proprio perché l'oggetto e gli scopi che caratterizzano detta disciplina attengono in via primaria alla tutela e alla promozione della concorrenza». In particolare, per giungere a tale conclusione, la Corte fa esplicito riferimento alla «nozione comunitaria di concorrenza», secondo cui questa «presuppone 'la più ampia apertura al mercato a tutti gli operatori economici del settore in ossequio ai principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi'» (sentenza n. 401/2007). Infine, nella stessa sentenza, la Corte, intervenendo nello specifico sulla nozione di «rilevanza economica», precisa che caratteristiche fondamentali di tale nozione sono: «a) che l'immissione del servizio possa avvenire in un mercato anche solo potenziale, nel senso che, per l'applicazione dell'art. 23-bis [del d. l. n. 112 del 2008], è condizione sufficiente che il gestore possa immettersi in un mercato ancora non esistente, ma che abbia effettive possibilità di aprirsi e di accogliere, perciò, operatori che agiscano secondo criteri di economicità; b) che l'esercizio dell'attività avvenga con metodo economico, nel senso che essa, considerata nella sua globalità, deve essere svolta in vista quantomeno della copertura, in un determinato periodo di tempo, dei costi mediante i ricavi (di qualsiasi natura questi siano, ivi compresi gli eventuali finanziamenti pubblici)».

¹⁸ È questo, come già sottolineato alla nota n. 11, uno dei profili di diversità che maggiormente marca la distanza tra il d.d.l. concorrenza in esame e la l. n. 124/2015 (c.d. *Legge Madia*), che, all'art. 19, aveva già previsto la necessità d'un complessivo «riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di interesse economico generale» (corsivo nostro). Al fine di meglio intendere la diversità dei concetti, e con ciò la distanza di cui si è detto, si richiama qui la giurisprudenza costituzionale in tema, riportata alle note nn. 15 e 16.

¹⁹ Richiamando qui quanto già osservato *sub* nota n. 11, si ricorda che, ai sensi dell'art. 6, c. 2, lett. a) del d.d.l. Concorrenza: «Il decreto legislativo di cui al co. 1 è adottato, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: a) individuazione, nell'ambito della competenza esclusiva statale di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera p), della Costituzione, da esercitare nel rispetto della tutela della concorrenza, dei principi e dei criteri dettati dalla normativa europea e dalla legge statale, delle attività di interesse generale il cui svolgimento è necessario al fine di assicurare la soddisfazione delle esigenze delle comunità locali, in condizioni di accessibilità fisica ed economica, di continuità, universalità e non discriminazione, e dei migliori livelli di qualità e sicurezza, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale e territoriale».

²⁰ È bene infatti ricordare che una tale connotazione è stata, per il passato, già censurata dalla Corte costituzionale, la quale, trattando della gestione della disciplina dei servizi pubblici locali, ha chiaramente affermato che «la disciplina in esame non appare riferibile [...] né alla competenza legislativa statale in tema

di «tutela della concorrenza», di cui all'art. 117, c. 2, lett. e), Cost., la cui centralità in materia è stata tante volte riaffermata dalla giurisprudenza costituzionale²¹, e che comunque la disposizione *de qua* si premura di fare *salva*, in uno al necessario rispetto degli altri «principi e dei criteri dettati dalla normativa europea e dalla legge statale», tale disposizione pare di per sé chiaramente esprimere una scelta politica di fondo: anche in tema di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, quali il servizio idrico integrato, la *regola* di carattere generale è il mercato, *quid est* la concorrenza; e ciò salvo che l'ente locale non esprima una «motivazione anticipata e qualificata» in grado di dar conto «delle ragioni che, sul piano economico e della qualità e dei costi dei servizi per gli utenti, giustificano il mancato ricorso al mercato». È solo in questa ipotesi, infatti, che l'abbandono della logica concorrenziale e del profitto risulta giustificato, e perciò stesso legittimo.

In realtà, ancor prima di far ingresso nella legge in discussione, ed essere assunta dal Governo a chiave portante del sistema, tale scelta è stata anzitutto fortemente sostenuta dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che, infatti, nella relazione resa in merito alle proposte di riforma concorrenziale²², ha espressamente additato nella concorrenza (ma anche nelle regole *antitrust*) un fattore decisivo alla realizzazione degli obiettivi di ripresa del sistema. E ciò non soltanto perché, diversamente da quel che accade in situazioni di *deficit* concorrenziale, il ricorso al mercato «promuove la produttività e la creazione di posti di lavoro [...], favorisce una migliore allocazione delle risorse tra le attività economiche, consente alle imprese più innovative ed efficienti di entrare nel mercato e crescere». Piuttosto, a corroborare l'idea della strumentalità della concorrenza alla ripresa economica, soccorre, secondo l'*Autorithy*, anche una ragione di carattere

di 'determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali' (art. 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione), giacché riguarda precipuamente servizi di rilevanza economica, e comunque non attiene alla determinazione di livelli essenziali, né a quella in tema di 'funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane' (art. 117, secondo comma, lettera p), giacché la gestione dei predetti servizi non può certo considerarsi esplicitazione di una funzione propria ed indefettibile dell'ente locale» (Corte cost., sentenza n. 272/2004. Il testo di tale sentenza è disponibile sul sito Consulta on line, all'indirizzo: *Giurcost.org*).

²¹ Qui, di nuovo, il riferimento è alla sentenza n. 325/2010. È in essa, infatti, che la Corte, tra l'altro, afferma che: «la disciplina concernente le modalità dell'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica [...] va ricondotta all'ambito della materia, di competenza legislativa esclusiva dello Stato, 'tutela della concorrenza', prevista dall'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., tenuto conto degli aspetti strutturali e funzionali suoi propri e della sua diretta incidenza sul mercato [...]».

²² Si tratta della segnalazione resa ai sensi degli artt. 21 e 22 l.n. 287/1990, in merito a *Proposte di riforma concorrenziale, ai fini della Legge Annuale per il Mercato e la Concorrenza anno 2021*, il cui testo, nella sua interezza, può essere letto sul sito istituzionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (*Agcm.it*).

macroeconomico, ossia l'idea della sostanziale inefficacia che, in mercati scarsamente competitivi, risulta propria di molte misure adottate a fini di contrasto della crisi. «In particolare», spiega l'*Antitrust*, «gli interventi fiscali si caratterizzano per un effetto moltiplicativo più contenuto se il sistema economico risulta poco concorrenziale».

Del resto, la stessa relazione tecnica al disegno di legge si apriva con un chiaro e fiero richiamo alla concorrenza, che in essa viene infatti tratteggiata quale strumentale, tra l'altro, al «rafforzamento della giustizia sociale», nonché al «miglioramento della qualità e dell'efficienza dei servizi pubblici»²³.

Infine, a scoprire l'intenzione del legislatore di apportare un sostanziale intervento di riordino del sistema di gestione dei servizi pubblici nel segno di una valorizzazione in materia delle regole concorrenziali è risultato il contenuto della disposizione di apertura del d.d.l. che, infatti, nell'individuare le finalità del provvedimento, definisce espressamente quelle in esso contenute disposizioni strumentali, tra l'altro, alla tutela della concorrenza ai sensi dell'articolo 117, c. 2, lett. e), Cost.²⁴.

Ma, seppur chiara nella sua enunciazione, e fermamente sostenuta, la disposizione in esame ha posto immediatamente non pochi problemi.

E questi, *in primis*, hanno certamente interessato l'analisi economica cui infatti, *ratione materiae*, spetta il compito, assai delicato quanto controverso, di stabilire se e in che misura il ricorso al mercato, e quindi l'introduzione di una logica di profitto, sia o meno compatibile con l'esigenza di garantire un servizio universale ed a costi contenuti.

Non di minore spessore sono tuttavia i dubbi che lo stesso articolato normativo ha sollevato sul piano della legittimità costituzionale.

In particolare, in questa prospettiva, non di poco rilievo paiono le critiche che sono state

²³ Come già evidenziato alla nota n. 11, il testo completo di tale relazione è consultabile all'indirizzo: <http://25%20MARZO%202021/ABC/Disegno-di-legge-annuale-per-il-mercato-e-la-concorrenza-2021-RELAZIONE-TECNICA.pdf>.

²⁴ Ai sensi, infatti, dell'art. 1 del d.d.l. in commento «1. La presente legge reca disposizioni per la tutela della concorrenza ai sensi dell'articolo 117, comma 2, lettera e), della Costituzione e dell'articolo 47 della legge 23 luglio 2009, n. 99, finalizzate, in particolare, a: a) promuovere lo sviluppo della concorrenza, anche al fine di garantire l'accesso ai mercati di imprese di minori dimensioni, tenendo in adeguata considerazione gli obiettivi di politica sociale connessi alla tutela dell'occupazione, nel quadro dei principi dell'Unione europea, nonché di contribuire al rafforzamento della giustizia sociale, di migliorare la qualità e l'efficienza dei servizi pubblici e di potenziare la tutela dell'ambiente e il diritto alla salute dei cittadini; b) rimuovere gli ostacoli regolatori, di carattere normativo e amministrativo, all'apertura dei mercati; c) garantire la tutela dei consumatori». In dottrina, tale profilo è stato efficacemente colto da L. Lucarelli che, infatti, osserva che «il filo conduttore di tale riforma è [...] rinvenibile in un sostanziale obbligo imposto alle amministrazioni pubbliche di «aprirsi» al mercato, per trovare all'esterno il soggetto al quale affidare la gestione del servizio» (così nel parere scritto reso alla X Commissione del Senato, su richiesta del senatore Girotto, nell'ambito dell'istruttoria per l'esame del disegno n. 2469 (Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021), cit., p. 5).

fin da subito mosse nei riguardi di una scelta anzitutto in grado di contraddire in pieno gli esiti della consultazione referendaria che anni fa si espresse chiaramente in senso contrario alla privatizzazione del servizio idrico, acuendo, quindi, quella *crisi della democrazia diretta*, che, proprio nell'assenza di seguito alle risultanze del voto, trova una delle sue più significative espressioni.

Sotto certi aspetti, anzi, tale scelta è parsa non soltanto contraddire, ma addirittura tradire in pieno la volontà manifestata dal corpo elettorale attraverso il referendum. E ciò perché, pur scavando nel solco già segnato dalla normativa abrogata, essa non si limita ad una sua riviviscenza, ma addirittura accentua quella spinta a favore del mercato e della concorrenza in passato sposata dal legislatore. È noto infatti che già la disposizione sottoposta a referendum, e quindi abrogata, stabiliva quali modalità ordinarie di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, ivi incluso il servizio idrico integrato, l'affidamento a soggetti privati attraverso gara e l'affidamento a società a capitale misto pubblico-privato, con socio privato operativo scelto attraverso gara a doppio oggetto e detentore di almeno il 40% del capitale. Al contrario, la possibilità di ricorrere all'affidamento *in house* era confinata in uno spazio assai angusto e perciò configurata quale residuale, in quanto percorribile solo in presenza di determinate caratteristiche morfologiche, previa analisi di mercato, e parere obbligatorio e non vincolante dell'*Antitrust* (per valori superiori ai 200.000 euro annui, come previsto dal d.P.R. n. 168/2010). In breve, quindi, la norma abrogata sanciva un vero e proprio obbligo, in capo all'ente locale, di affidarsi al mercato per la gestione del servizio. Al contrario, in forza della previsione già contenuta nel d.d.l. in commento, certamente tale obbligo è stato cancellato. Tuttavia, è rimasta comunque ferma la necessità di optare per un modello di gestione (gestione diretta, gestione *in house*, affidamento esterno mediante gara, affidamento a società mista) valutato dal medesimo Ente locale come più idoneo sulla base di valutazioni in grado di dar conto «delle ragioni che, sul piano economico e della qualità e dei costi dei servizi per gli utenti, giustificano il mancato ricorso al mercato». Sicché, di fatto, il ricorso a quest'ultimo è risultato in qualche modo costretto, come del resto conferma anche il richiamo espressamente fatto in apertura della stessa disposizione all'art. 35, d.lgs. n. 50/2016²⁵, significativamente rubricato

²⁵ Ai sensi, infatti, dell'art. 6, c. 2, lett. f) del d.d.l. in commento: «fatto salvo il divieto di artificioso frazionamento delle prestazioni, previsione, per gli affidamenti di importo superiore alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, di una motivazione anticipata e qualificata, da parte dell'ente locale, per la scelta o la conferma del modello dell'autoproduzione ai fini di una efficiente gestione del servizio, che dia conto delle ragioni che, sul piano economico e della qualità, degli investimenti e dei costi dei servizi per gli utenti, giustificano il mancato ricorso al mercato, anche in relazione ai risultati

«Soglie di rilevanza comunitaria e metodi di calcolo del valore stimato degli appalti»²⁶. In forza, infatti, del rinvio operato a tale disposto è parso immediatamente conseguenziale concludere nel senso di un vero e proprio obbligo per le amministrazioni pubbliche di rispettare la normativa introdotta dal Codice dei contratti pubblici, e, per questa via, di porre in essere procedure competitive per la scelta del soggetto a cui affidare il servizio pubblico, tutte le volte in cui il valore del servizio da gestire fosse risultato superiore ad una certa soglia economica, preventivamente indicata dalla legge²⁷. Indiscutibilmente, nella sua formulazione letterale tale rinvio ha sollevato non pochi dubbi interpretativi, di fatto interrogando la dottrina circa l'applicabilità della regola della concorrenza alle sole procedure di affidamento di servizi che superano le soglie di cui all'art 35, d.lgs. n. 50/2015²⁸, ovvero la portata derogatoria da attribuire alla disposizione *de qua*, se cioè debba intendersi come riferita *tout court* alla regola della concorrenza per i servizi sottosoglia, ovvero solo alla regola della gara pubblica, con la conseguenza, in quest'ultimo caso, che «l'aspetto concorrenziale verrebbe ugualmente rispettato ma con l'espletamento di procedure diverse, in cui la scelta del soggetto affidatario avviene con una procedura competitiva ma non caratterizzata dalla complessità della gara pubblica»²⁹. In quest'ultima accezione di significato il rinvio *de quo* pare tuttavia avallato dal disposto del successivo art. 36 in cui, a proposito dei «contratti sottosoglia», viene precisato che l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture avvengono nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di idonea pubblicità. Sicché deve da ciò dedursi che, pur in assenza delle procedure di gara, le amministrazioni sono obbligate,

conseguiti nelle pregresse gestioni in autoproduzione» (nel testo, corsivo nostro). Quello richiamato dalla disposizione *de qua* è il d.lgs. n. 50/2016, *Codice dei contratti pubblici* (in G.U. n. 91 del 19.04.2016 - Suppl. Ordinario n. 10).

²⁶ In tale articolo, si individuano specifiche soglie di rilevanza comunitaria – peraltro periodicamente rideterminate con provvedimento della Commissione europea – distinte a seconda che si tratti di: 1) appalti pubblici di lavori e concessioni; 2) appalti pubblici di forniture, di servizi, nonché concorsi pubblici di progettazione aggiudicati dalle amministrazioni aggiudicatrici che sono autorità governative centrali (indicate nell'allegato III del decreto); 3) appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali; 4) appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici appositamente elencati.

²⁷ In questo senso, A. Lucarelli, *Parere scritto* reso alla X Commissione del Senato, su richiesta del senatore Giroto, nell'ambito dell'istruttoria per l'esame del disegno n. 2469 (Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021), cit., p. 7.

²⁸ Con la conseguenza, quindi, che “al di sotto di tali soglie, invece, ogni amministrazione sarebbe assolutamente libera nell'individuare le modalità di gestione del servizio, in ossequio al principio di equivalenza delle forme di gestione di cui all'art. 112 del Tuel”; così, A. Lucarelli, *ibidem*.

²⁹ Sul punto, anche ai fini di un approfondimento della *querelle*, di nuovo A. Lucarelli, *Parere scritto*, cit., pp. 8, 9.

nel rispetto dei principi *de quibus*, a porre in essere procedure competitive al fine di individuare il soggetto affidatario del servizio. E ciò porta ad intendere la portata del rinvio in questione come specifica possibilità di accedere, per il caso di affidamenti sottosoglia, a procedure più snelle e rapide rispetto a quelle delle gare pubbliche. Soprattutto, però, per quel che qui rileva, una simile interpretazione porta a concludere per la necessità di ricorrere, anche in tali ipotesi, ad una procedura di selezione in grado di consentire una scelta tra più operatori economici in grado di offrire il servizio di cui trattasi in modo tale da renderlo efficace ed efficiente³⁰.

Riguardata allora alla luce degli esiti referendari di cui si è detto, la più corretta interpretazione della disposizione in questione pare effettivamente avallare l'idea dell'“antidemocraticità” del disegno di legge in esame, ma non solo perché finalizzato a “reintrodurre una privatizzazione già clamorosamente bocciata con il voto”³¹; piuttosto perché spinto ad esasperare fino alle estreme conseguenze una scelta di questo tipo, in palese contrarietà con le risultanze della consultazione popolare.

Ma, tralasciando per il momento il profilo *de quo*, che pure tocca un tema il cui approfondimento è già di per sé in grado di mettere in discussione la legittimità della scelta governativa, e che tornerà di seguito ad essere oggetto di più attenta riflessione, non pare intanto dubbio che, in ragione dei vincoli imposti agli enti locali in tema di gestione dei servizi pubblici, e di quello idrico in particolare, quella stessa scelta è risultata addirittura ignorare il rilievo che proprio agli enti *de quibus* viene direttamente accordato dal testo fondamentale. Qui, in particolare, il riferimento è all'art. 118, Cost. che, positivizzando il principio di sussidiarietà in senso verticale³², attribuisce le funzioni amministrative agli enti

³⁰ Al riguardo, ancora A. Lucarelli, *Parere scritto*, cit., p. 8.

³¹ Così, M. Manunta, *Il d.d.l. 2021 sulla concorrenza. Una privatizzazione annunciata*, cit.

³² Sul principio di sussidiarietà verticale, alla luce della riscrittura dell'art. 118 Cost. conseguente all'approvazione della legge costituzionale n. 3/2001, tra i molti autori che si sono occupati del tema, si rinvia, senza alcuna pretesa di esaustività, a A. Corpaci, *Revisione del Titolo V e sistema amministrativo*, in *Le Regioni*, n. 6/2001, p. 1305 ss.; F. Pizzetti, *Le nuove esigenze di governance in un sistema policentrico esplosivo*, in *Le Regioni*, n. 6/2001; Id., *Il nuovo ordinamento italiano fra riforme amministrative e riforme costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2002; G. Rolla, *Relazioni tra ordinamenti e sistema delle fonti. Considerazioni alla luce della legge costituzionale n. 3 del 2001*, in *Le Regioni*, n. 2-3/2002, p. 321 ss.; P. Vipiana, *Il principio di sussidiarietà verticale. Attuazioni e prospettive*, Milano, Giuffrè, 2002; A. Moscarini, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, Padova, Cedam, 2003; F. Cortese, *Le competenze amministrative nel nuovo ordinamento della repubblica. Sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza come criteri allocativi*, in *Le istituzioni del federalismo*, n. 4/2003, p. 852 ss.; P. Urbani, *L'allocatione delle funzioni amministrative secondo il Titolo V della Cost.: una prima lettura*, in S. Gambino (a cura di), *Il nuovo ordinamento regionale*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 85 ss.; P. Veronesi, *I principi in materia di raccordo Stato-Regioni dopo la riforma del Titolo V*, in *Le Regioni*, n. 6/2003, p. 1007 ss.; O. Chessa, *La sussidiarietà (verticale) come “precetto di ottimizzazione” e come criterio ordinatore*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 4/2002, p. 1445 ss.

pubblici a partire da quello più vicino ai cittadini, ossia il Comune. Ma, nell'economia di un disegno politico sostanzialmente finalizzato ad eliminare tutte le gestioni pubbliche dei servizi locali, è evidente che proprio tale ente, sebbene ancora formalmente titolare dell'esercizio del potere di scelta in ordine alla gestione di un servizio pubblico, finisce per essere sostanzialmente scansato dal mercato, stante i vincoli su di esso incombenti in ordine a tale scelta³³.

E qui, forse, è già possibile individuare quello che può dirsi il vizio di fondo della normativa in esame, che, trattando della concorrenza, ne confonde la natura, trasformandola da

³³ Su tale profilo concordano pienamente M. Manunta, *Il d.d.l. 2021 sulla concorrenza. Una privatizzazione annunciata*, cit., ed A. Lucarelli, *Parere scritto*, cit., p. 11. Sempre A. Lucarelli, inoltre, a p. 12, evidenzia come il tutto realizzerebbe altresì una palese violazione della Carta delle autonomie locali del Consiglio d'Europa, che, all'art. 3, consente all'ente di «amministrare nell'ambito della legge, sotto la loro responsabilità, e a favore delle popolazioni, una parte importante di affari pubblici». Cfr. l.n. 439/1989, *Ratifica ed esecuzione della convenzione europea relativa alla Carta europea dell'autonomia locale, firmata a Strasburgo il 15 ottobre 1985*. A tal proposito, però, non si può non muovere qualche osservazione critica, che prende spunto dalla giurisprudenza costituzionale. Ed infatti, già in occasione della sentenza n. 325/2010, con cui ha definito la questione di legittimità sollevata con riferimento all'art. 23-bis, d.l. n. 112/2008, la Corte costituzionale ha fatto riferimento, ai fini del giudizio, alle norme contenute nella Carta Europea dell'Autonomia Locale. E quanto da essa sentenziato sul punto in tale pronuncia mantiene oggi una sua straordinaria importanza, sia per quel che concerne la precettività delle disposizioni contenute nella Carta, sia per quel che attiene alla specificazione dell'ambito delle funzioni essenziali degli enti locali. In particolare, nell'occasione, la Corte spiega che, con l'adesione alla Carta, gli Stati si sono impegnati a conferire alle (proprie) autorità locali poteri di gestione e controllo di una parte sostanziale degli affari pubblici, nei limiti della legge e sotto la loro responsabilità. Si tratta, in buona sostanza, di una esplicita applicazione del principio comunitario di sussidiarietà, in forza del quale gli affari pubblici devono essere gestiti al livello più vicino possibile al cittadino ed una gestione a livello superiore è resa necessaria solo se quello inferiore si rivela meno efficace.

Ciò posto, si ricorderà che, in occasione del giudizio di legittimità in questione, alcune Regioni avevano eccepito che l'art. 23-bis fosse in contrasto con gli articoli 3, c. 1, e 4, cc. 2 e 4, Cost., lamentando che il restringimento degli ambiti di operatività dell'affidamento *in house* del servizio idrico integrato (S.I.I.), da loro considerato funzione fondamentale dei Comuni, avesse leso la capacità di auto-determinazione e mutilato gli spazi di manovra amministrativa e gestionale degli enti locali, viceversa garantiti da quella stessa Carta. Ebbene, la Corte, contrariamente alle aspettative regionali, non ha aderito alla tesi *de qua*, anzitutto ritenendo le norme della Carta Europea dell'Autonomia Locale prive di immediata precettività, e il S.I.I. non annoverabile tra le funzioni fondamentali degli Enti locali.

regola³⁴ in principio³⁵, e sacrificando ad esso anche quelli fondativi dell'ordinamento³⁶, quali la solidarietà, l'uguaglianza ed appunto la sussidiarietà, tanto orizzontale quanto verticale.

Sotto tale ultimo profilo, peraltro, che le possibilità di scelta degli enti locali sulle modalità di gestione di un dato servizio siano state addirittura strozzate dalle originarie scelte governative in tema emerge con ancora maggior evidenza dalla previsione dei limiti assai gravosi in cui è costretta la diversa scelta a favore del ricorso all'auto-produzione³⁷, ovvero allo svolgimento diretto del servizio da parte dell'amministrazione³⁸.

³⁴ Sul punto, più diffusamente, A. Lucarelli, *La concorrenza principio tiranno? Per una lettura costituzionalmente orientata del governo dei beni pubblici*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 6/2020, p. 2906 ss. Tra l'altro, come nota il giurista, la concorrenza è regola non solo "nel nostro ordinamento costituzionale, ma anche in ambito europeo"; così, A. Lucarelli, *Parere scritto*, cit., p. 4. In particolare, a proposito della valenza della regola *de qua* in ambito europeo, nello stesso scritto, lo studioso, alla nota 15, rimanda, per approfondimenti, a F. Caruso e L. Sico, *Le nuove frontiere della disciplina della concorrenza e del mercato nell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2003; A.M. Calamia, *La nuova disciplina della concorrenza nel diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 2004; E.M. Milanese, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2004; F. Ferraro, *L'efficacia dei principi comunitari sulla concorrenza*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2005, pp. 669-695; L.F. Pace, *Diritto europeo della concorrenza*, Padova, Cedam, 2007.

³⁵ Sul punto, R. Bin, *La concorrenza nel bilanciamento dei valori*, in M. Aini e G. Pitruzzella (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Bari, Laterza, 2019, p. 65, che, efficacemente, e confutando una possibile configurazione in termini di valore e/o bene costituzionale, da bilanciare con gli altri beni/interessi di valenza fondamentale, nota come la concorrenza non sia altro che «la premessa e il quadro in cui si svolge il bilanciamento».

³⁶ In tema, più diffusamente, A. Lucarelli, *Principi costituzionali europei tra solidarietà e concorrenza*, in AA.VV., *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo, Consulta On line*. A proposito di tale profilo, sempre A. Lucarelli, *Parere scritto*, cit., p. 5, criticando sul punto l'impostazione che, rispetto al profilo concorrenziale, è stata fatta propria dal Governo in sede di redazione del d.d.l. in commento, osserva: "la concorrenza, così come concepita nel progetto di riforma, da regola si trasformerebbe in principio ispiratore delle politiche pubbliche locali, in principio di orientamento delle scelte, ponendosi al di sopra dei reali principi fondativi della nostra Carta costituzionale, così come desumibili dagli artt. 2, 3, 5, 42 e 43 Cost.".

³⁷ Sul punto, assolutamente interessanti sono le osservazioni svolte da A. Lucarelli, *Parere scritto*, cit., pp. 8-9. Questi, infatti, analizzando sempre l'art. 6 del d.d.l. concorrenza, osserva che l'altra questione problematica che esso pone è "a che condizioni sia possibile accedere al modello dell'autoproduzione", trattandosi di stabilire "se questa libertà di azione è una libertà ad ampio raggio o ridotta ai casi in cui il valore del servizio sia al di sotto della soglia comunitaria di riferimento di applicazione delle norme del codice dei contratti". Al riguardo, quindi, avversando l'idea che l'autoproduzione sarebbe possibile soltanto per i servizi il cui valore è al di sotto della soglia comunitaria, Lucarelli osserva che: «una impostazione così restrittiva [...] sarebbe [...] in contrasto con la lettera della norma che impone quale regola generale il mercato: prevedendo la gara europea sopra una certa soglia e consentendo una procedura comunque competitiva per quelle sottosoglia». E continua, "lo spirito dell'art. 106.2 TFUE, in ossequio al principio di libera amministrazione e alla discrezionalità, consente all'amministrazione di scegliere la migliore forma di gestione possibile equivalendosi tutte le possibili forme previste espressamente dal legislatore". Conseguentemente, conclude lo studioso, "la soluzione preferibile, compatibile anche con i principi costituzionali in materia, è quella per cui sia per i contratti sopra soglia, sia per sotto soglia il modello dell'autoproduzione sia sempre e comunque possibile, rientrando nella discrezionalità dell'amministrazione la scelta delle modalità di affidamento e gestione del servizio".

³⁸ In tema di affidamento diretto, tra i tanti autori che si sono dedicati al tema, ed i molti contributi offerti al riguardo, si rinvia a: C. Alberti, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, nn. 3-4/2001, p. 405 ss. M. Mazzamuto, *Brevi note su normativa comunitaria e "in house providing"*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2001, p. 537 ss.; L. Perfetti, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, Cedam, 2001, p. 324 ss.; G. Balocco, *La disciplina degli appalti in house di*

2.1. (Segue): sulla controversa rispondenza dei poteri di controllo attribuiti dall'art. 6, c. 2, lett. f) all'Autorità alla peculiare collocazione ed al ruolo delle amministrazioni indipendenti nel sistema istituzionale italiano, nonché in rapporto al rilievo costituzionale delle funzioni proprie degli enti locali.

In effetti, ferme le perplessità appena espresse in merito alla rispondenza a Costituzione della disposizione appena commentata, non meno dubbia, sempre sotto il profilo della legittimità costituzionale, è parsa pure la successiva previsione «dell'obbligo dell'ente locale, nei casi di cui alla lettera f), di trasmettere la decisione motivata di utilizzare il modello dell'autoriproduzione all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, anche razionalizzando la disciplina vigente sugli oneri di trasparenza in relazione agli affidamenti

società concessionarie alla luce della "Merloni - quater", in Urbanistica e Appalti, n. 3/2003, n. 3, p. 277 ss.; D. Casalini, L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house, Napoli, Jovene, 2003; M. Capantini, Contratto di servizio ed affidamenti in house, in Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, n. 4/2004, p. 801 ss.; E. Carloni, Il "carattere" del servizio locale e il suo affidamento e il suo affidamento: il sistema italiano fra aperture, paradossi e regressioni, in Servizi pubblici e appalti, n. 4/2004, p. 786 ss.; S. Colombari, "Delegazione interorganica" ovvero "in house providing" nei servizi pubblici locali, in Foro Amministrativo Consiglio di Stato, n. 4/2004, p. 1136 ss.; A. Massari, Sistemi alternativi all'appalto a evidenza pubblica nell'attività contrattuale degli enti locali, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2004; L. Ammannati, La forza espansiva del modello di affidamento in house. Il settore del gas tra assimilazione alla disciplina generale dei servizi pubblici locali e incertezze del modello comunitario, in Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, n. 6/2005, p. 1709 ss.; F. Caringella, Lo strano caso dell'affidamento in house, in Il corriere del merito, n. 3/2005, p. 347 ss.; L. Iera, Appalti pubblici, servizi pubblici, affidamento in house, partecipazione e controllo. Un difficile intreccio, in Il Nuovo diritto, n. 5/2005, p. 351 ss.; G. Napolitano, Regole e mercato nei servizi pubblici, Bologna, Il Mulino, 2005, p. 33; R. Cavallo Perin e D. Casalini, L'"in house providing": un'impresa dimezzata, in Diritto amministrativo, n. 1/2006, p. 51 ss.; C. Iaione, Le società in house degli enti locali, Roma, ANCI Lazio, 2006; L. Cameriero, Gli affidamenti in house, il valzer normativo e giurisprudenziale nella mauvaise époque, in Urbanistica e Appalti, n. 5/2007, p. 587 ss.; S. Colombari, Il modello in house providing tra mito (interno) e realtà (comunitaria), in Urbanistica e appalti, n. 2/2008, p. 211 ss.; F. Elefante, Gli affidamenti "in house" nei servizi pubblici locali: il lungo cammino verso il riconoscimento della eccezionalità del modello gestionale societario a partecipazione pubblica totalitaria, in Foro Amministrativo TAR, n. 1/2008, p. 265 ss.; R. Fanizzi, Il Consiglio di Stato accoglie un'interpretazione restrittiva dei requisiti dell'"in house providing" secondo una lettura comunitaria del fenomeno, in Giustizia Civile, n. 4/2008, p. 1057 ss.; G. Soricelli, Contributo allo studio del modello organizzativo dell'"in house providing", Napoli, Editoriale Scientifica, 2008; G. Guzzo, Società miste e affidamenti in house nella più recente evoluzione legislativa e giurisprudenziale, Milano, Giuffrè, 2009; P. Lorusso, Appalto in house, Roma, Bonanno, 2009; I. Rizzo, L'affidamento in house. Un istituto a cavallo tra il pubblico e il privato, Roma, Dike Giuridica, 2009; Id., Servizi pubblici locali e affidamento in house alla luce del decreto legge 23 settembre 2009, n. 135, convertito dalla legge 20 novembre 2009, n. 166, Roma, Dike Giuridica, 2009; E. Michetti, In house providing. Modalità, requisiti, limiti. Evoluzione legislativa e giurisprudenziale interna ed europea anche alla luce del referendum del 12-13 giugno 2011, Milano, Giuffrè, 2011; R. Villata (a cura di), La riforma dei servizi pubblici locali, Torino, Giappichelli, 2011; M. Casavecchia e G. Redi, Il Nuovo Codice degli appalti pubblici: novità per l'affidamento dei lavori e dei servizi (The new Procurement Code), in Il Nuovo Diritto delle Società, n. 1/2017, p. 7 ss.

in house»³⁹.

Come è noto, il coinvolgimento dell'*Authority* nelle scelte concernenti gli affidamenti, da parte degli enti territoriali, dei servizi pubblici locali, e quindi di quello idrico, non rappresenta un dato di novità nel panorama normativo. In attuazione, infatti, del disposto di cui all'articolo 23-bis, c. 10, d.l. n. 112/2008⁴⁰, convertito, con modificazioni, dalla l.n. 133/2008⁴¹, già l'adozione del d.P.R., n. 168/2010 (*Regolamento in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica*) aveva segnato, in passato, l'introduzione dell'obbligo di acquisire preventivamente il parere dell'*Antitrust*, tutte le volte in cui «il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento supera la somma complessiva di 200.000,00 euro annui»⁴².

E tuttavia, al netto delle considerazioni di carattere più generale che l'abrogazione referendaria della disposizione *de qua*⁴³ pure sollecita, e che offriranno di certo elementi utili alla chiosa delle riflessioni che si vanno svolgendo in queste pagine, è difficile non intendere lo stacco che separa la più risalente previsione da quella positivizzata nel disegno di legge per il mercato e la concorrenza in commento. Anche solo in forza di una comparazione del tenore testuale delle disposizioni in questione risulta infatti evidente, ancor più che un *ripristino* dello *status quo ante*, già di per sé opinabile in quanto *cassato* in via referendaria, un rafforzamento del ruolo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, a tutto discapito degli enti locali che, infatti, ad essa devono tramettere la decisione motivata di utilizzare il modello dell'autoproduzione in luogo del ricorso al mercato. Più precisamente, ai sensi del disposto normativo in questione, nella motivazione del provvedimento le amministrazioni devono dare atto «delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche»⁴⁴. In breve, quindi,

³⁹ Art. 6, c. 2, lett. g) del d.d.l. in commento.

⁴⁰ Si tratta del d.l. n. 112/2008, *Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione Tributaria* (in G.U. n. 147 del 25.06.2008 - Suppl. Ordinario n. 152).

⁴¹ L.n. 133/2008, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, recante disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria* (in G.U. n. 195 del 21.08.2008).

⁴² Cfr. art. 4, d.P.R. n. 168/2010, *Regolamento in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in G.U. 12 ottobre 2010, n. 239.

⁴³ L'articolo in questione è stato infatti abrogato dal d.P.R. n. 133/2011, a seguito del referendum popolare svoltosi il 12 e 13 giugno di quello stesso anno.

⁴⁴ In argomento, S. Foà e S. Carlucci, *Tutela della concorrenza, servizio pubblico e scelta politica dell'ente locale*, in *Osservatorio Costituzionale*, n. 6/2020.

alla necessità di previa acquisizione del parere, obbligatorio ma non vincolante, dell’Autorità, ai fini dell’affidamento di un dato servizio, ed al conseguente onere di tale amministrazione di valutare la rispondenza della scelta dell’ente alle finalità perseguite attraverso un’ottimale gestione del servizio oggetto di quello stesso affidamento⁴⁵, la più recente disposizione normativa, per come originariamente deliberata, sostituisce una più penetrante azione di controllo sull’agire pubblico, attraverso non soltanto la previsione dell’obbligo, in capo all’ente locale che dovesse effettuare una scelta di questo tipo, di «trasmettere tempestivamente la decisione motivata di utilizzare il modello dell’autoproduzione all’Autorità garante della concorrenza e del mercato», ma anche (e soprattutto) la predisposizione di «sistemi di monitoraggio dei costi ai fini del mantenimento degli equilibri di finanza pubblica e della tutela della concorrenza»⁴⁶. Quello che viene così a strutturarsi a carico degli enti locali è un vero e proprio sistema di *sorveglianza speciale*, particolarmente stringente, in quanto inasprito dal richiamo all’ormai risalente statuizione di una revisione periodica di tutti gli enti pubblici che possiedano partecipazioni in società (di diritto privato)⁴⁷, giustificata dalla necessità, in relazione alla gestione dei servizi locali, di tener conto «anche delle ragioni che, sul piano economico e della qualità dei servizi, giustificano il mantenimento dell’autoproduzione anche in relazione ai risultati conseguiti nella gestione»⁴⁸.

In questo senso, allora, la previsione *de qua*, ancor prima di connotare il modello dell’autoproduzione come un’eccezione e non già come la regola⁴⁹, dà ancora una volta ragione della correttezza di quell’impostazione dottrinale che, criticando tale previsione, sottolinea come essa renda la gestione in auto-produzione di un servizio pubblico non solo «gravemente sospetta» ma anche «severamente controllata»⁵⁰. Anche perché, diversamente

⁴⁵ In particolare, a proposito dei pareri resi dall’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sull’affidamento dei servizi pubblici locali già sotto la vigenza dell’art. 23-bis, c. 10, d.l. n. 112/2008, per come convertito dalla l.n. 133/2008, si leggano in senso critico le osservazioni di C. Leone, *Il ruolo di controllo dell’Autorità Antitrust sulle società in house e sui processi di liberalizzazione*, in *Rivistacorteconti.it*. Ugualmente critico è lo scritto successivamente offerto sul punto da A. Argentati, *La riforma dei servizi pubblici, il parere dell’Agcm sulle delibere quadro, e la sentenza n. 199/2012 della Corte costituzionale: tanto rumore per nulla?*, in *Federalismi.it*, n. 18/2012.

⁴⁶ Art. 6, c. 2, lett. h) del d.d.l. in commento.

⁴⁷ Art. 20 d.lgs. n. 175/2016, *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica* (in G.U. n. 147 del 26 giugno 2017).

⁴⁸ Art. 6, c. 2, lett. i) del d.d.l. in commento.

⁴⁹ Sul punto, ancora una volta, A. Lucarelli, *Parere scritto*, cit., p. 10.

⁵⁰ Così, M. Manunta, *Il d.d.l. 2021 sulla concorrenza. Una privatizzazione annunciata*, cit. In senso conforme, A. Lucarelli, *Parere scritto*, cit., p. 16, il quale, infatti, trattando di tale profilo, precisa: “sia chiaro non è strana la specificazione di meccanismi di controllo al fine di evitare lo spreco delle risorse pubbliche e pretendere una gestione efficace ed economica del denaro pubblico. Ma ciò che colpisce è la previsione di un sistema estremamente limitativo soltanto per il modello dell’autoproduzione: si attua una sorta di

da quel che si registra in caso di gestioni private, che sono sottratte a qualsiasi forma di controllo⁵¹, nell'ipotesi di gestione pubblica di un dato servizio, laddove, in esito ai controlli effettuati dall'*Authority*, la scelta dell'ente non dovesse rispecchiare le indicazioni normative, il Governo, secondo parte della dottrina⁵², ben potrebbe esercitare i propri poteri sostitutivi, affidando quindi la gestione del servizio al mercato mediante gara ad evidenza pubblica. Il tutto secondo una logica assolutamente discriminatoria, stante la «disparità di trattamento clamorosa e del tutto ingiustificabile data l'identità delle situazioni»⁵³. E comunque, anche laddove non si dovessero condividere queste conclusioni, non si potrebbe negare il peso che la decisione dell'A.G.C.M. finirebbe comunque per esercitare sulle concrete possibilità di azione dell'ente locale. Sebbene infatti il legislatore nulla dica in ordine alla natura dei poteri che tale Autorità è chiamata ad esercitare nel contesto in esame, certamente quello da questa esercitato è anzitutto un potere di controllo sul merito della scelta adottata dall'ente, di cui proprio l'*Authority* è chiamata a stabilire la possibile incidenza sul piano della concorrenza. Il problema, piuttosto sorge nel momento in cui, esaurita questa fase di controllo, nonostante la motivazione, il provvedimento venga giudicato comunque lesivo del mercato, ma l'ente decida di portare in ogni caso avanti la propria scelta a favore dell'auto-produzione, dando quindi seguito al provvedimento che consente la gestione diretta di un certo servizio. In questo caso, esclusa la riferibilità in capo all'A.G.M.C. di un potere *latu sensu* sanzionatorio, in grado quindi di obbligare l'amministrazione ad annullare il provvedimento e a rideterminarsi in conformità ai dettami ad essa rivolti dalla stessa Autorità, stante l'assenza di una specifica norma attributiva di tale potere, si potrebbe comunque concludere a favore della possibilità da parte di quest'ultima di impugnare il provvedimento considerato lesivo della concorrenza dinanzi al giudice amministrativo. E ciò alla luce dell'art. 21-*bis*, c. 2, l.n. 287/1990, il quale, infatti, dopo aver attribuito all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che giudichi l'adozione di un atto da parte della pubblica amministrazione violativo delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, il potere di emettere, entro sessanta giorni, un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate, precisa pure che

ingiustificata discriminazione, di trattamento differenziato, in ambiti nei quali la concorrenza, trattandosi di monopoli naturali, ha rilievo marginale e peculiare”.

⁵¹ Con la precisazione che le misure di sorveglianza previste per le gestioni pubbliche non si applicano a quelle private, «nemmeno se si rivelassero del tutto inefficienti e antieconomiche (salvo che l'ente affidante possa procedere alla revoca della concessione)»; in questo senso M. Manunta, *Il d.d.l. 2021 sulla concorrenza. Una privatizzazione annunciata*, cit.

⁵² In questo senso, M. Manunta, *Il d.d.l. 2021 sulla concorrenza. Una privatizzazione annunciata*, cit.

⁵³ *Ibidem*.

«se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l’Autorità può presentare, tramite l’Avvocatura dello Stato, il ricorso, entro i successivi trenta giorni»⁵⁴. Tuttavia, una simile conclusione non fa che rafforzare i dubbi di legittimità che, come visto, già per molti altri profili paiono intaccare il testo del d.d.l. in commento, posto che, come autorevolmente sottolineato in dottrina, «una cosa è attribuire all’Antitrust un potere di controllo del mercato su soggetti privati, altro è esercitarlo su enti esponenziali dei diritti dei cittadini»⁵⁵.

2.2. (Segue): sul presunto radicamento europeo della primazia del principio della concorrenza. A proposito dell’art. 6, c. 2, lett. e).

Come già evidenziato, la relazione illustrativa al disegno di legge in esame si apriva con un espresso richiamo, da parte dei suoi estensori, al dogma della concorrenza che, oltre a «favorire l’efficienza e la crescita economica», sarebbe anche idonea «ad abbassare i prezzi e ad aumentare la qualità dei beni e dei servizi», nonché a «a favorire una più consistente eguaglianza sostanziale e una più solida coesione sociale».

Pur senza alcuna intenzione di sovrapporre le proprie a valutazioni che, come già osservato, sono proprie dell’analisi economica, non può certo negarsi che, in settori quali quelli dei

⁵⁴ Quella citata è la l. n. 287/1990, *Norme per la tutela della concorrenza e del mercato* (in G.U. del 13 ottobre 1990, n. 240). L’art. 21-bis, di tale legge, intitolato «Poteri dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato sugli atti amministrativi che determinano distorsioni della concorrenza» [articolo inserito dall’art. 25, d.l. n. 201/2011 convertito, con modifiche, dalla l.n. 214/2011 recante *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, recante disposizioni urgenti per la crescita, l’equità e il consolidamento dei conti pubblici* così recita: «1. L’Autorità garante della concorrenza e del mercato è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato. 2. L’Autorità garante della concorrenza e del mercato, se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette, entro sessanta giorni, un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l’Autorità può presentare, tramite l’Avvocatura dello Stato, il ricorso, entro i successivi trenta giorni. 3. Ai giudizi instaurati ai sensi del co. 1 si applica la disciplina di cui al Libro IV, Titolo V, del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104». “D’altronde se consideriamo il periodo storico in cui è stato aggiunto tale articolo nella legge istitutiva dell’Autorità possiamo rinvenire la ratio comune alle scelte di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici. Infatti, esso è stato introdotto con l’art 35 del decreto-legge 201/2011 convertito, con modifiche, dalla Legge 22 dicembre 2011, n. 214 recante ‘Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, recante disposizioni urgenti per la crescita, l’equità e il consolidamento dei conti pubblici’, testo di legge oggetto di numerose critiche da parte della dottrina, nonché di censure da parte della Corte Costituzionale, proprio nella parte in cui sembrava imporre la gestione esclusivamente concorrenziale dei servizi pubblici»; così, criticamente al riguardo, A. Lucarelli, *Parere scritto*, cit., p. 15.

⁵⁵ In questi termini, A. Lucarelli, *Parere scritto*, cit., p. 15.

servizi pubblici locali, in cui espressamente le misure del d.d.l. si propongono di «garantire valori di giustizia sociale», il ricorso al mercato, e quindi l'introduzione di una logica di profitto, non sembra affatto compatibile con l'esigenza di garantire un servizio universale ed a costi contenuti. Non può infatti negarsi la propensione dei gestori privati dei servizi pubblici a godere di un regime tariffario *controllato*, che, sbandierato come necessario a garantire una *equa remunerazione del capitale investito*, in realtà finisce per contraddire *in nuce* la logica del mercato che come tale non dovrebbe *garantire* nulla ma solo consentire il libero manifestarsi delle pratiche concorrenziali, nonché a massimizzare i profitti mediante una gestione *oculata* degli interventi di manutenzione e di investimento nonché di erogazione del servizio.

Ciononostante, il testo del provvedimento inizialmente approvato dall'Esecutivo incarna il pregiudizio che vede nella gestione pubblica dei servizi locali un *quid* di assolutamente inefficiente ed antieconomico. Sicché, giusto quanto già marcato, sono le amministrazioni locali a dover giustificare *il mancato ricorso al mercato* per la loro gestione e l'utilizzo del *modello dell'autoproduzione*.

Ma, quello che è appunto un *pregiudizio* non giustificabile anche solo alla luce delle considerazioni di carattere spicciolo appena svolte, oltre che dei dubbi di legittimità di cui si è detto con riferimento alle diverse disposizioni in cui esso è espresso, non pare potersi diversamente appellare neppure alla luce delle motivazioni assunte dalle forze politiche di maggioranza al fine di spiegare il senso, quando non addirittura la necessità di una simile scelta.

In effetti, all'evidente scopo di giustificare la bontà dell'indirizzo impresso all'intervento di riordino del settore che andava realizzandosi per mezzo del d.d.l. in commento, nella relazione illustrativa del testo, è stata, tra l'altro, sottolineata la strumentalità delle norme da esso poste alla definizione di «un quadro regolatorio maggiormente coerente con i principi del diritto europeo [...]»⁵⁶.

Proprio l'ancoraggio al diritto europeo, tuttavia, rappresenta un punto di assoluta fragilità dell'edificio normativo in questione. E ciò non soltanto in ragione dei rilievi che in senso critico all'esistenza di un vincolo comunitario in materia sono stati sollevati da molta parte della dottrina, ma anche dalla contrarietà che, a proposito di una possibile aggettivazione della scelta operata da ultimo dall'organo parlamentare in tema come *comunitariamente*

⁵⁶ Come già sottolineato alla nota n. 11, il testo completo di tale relazione è consultabile all'indirizzo: <https://www.astrid-online.it/static/upload/cap-/cap-iii-s4143---legge-annuale-concorrenza-4.pdf>.

necessaria, è stata chiaramente manifestata dalla Corte costituzionale.

Anzitutto, però, a negare correttezza ad una simile impostazione è il dato normativo di riferimento, che deve essere *in primis* individuato nel disposto di cui agli artt. 14⁵⁷ e 106, par. 2⁵⁸, TFUE. In forza, infatti, del tenore testuale di tali articoli risulta immediatamente evidente come la regola della concorrenza nell'ambito dei servizi di interesse economico generale non ha per nulla valore assoluto⁵⁹. Piuttosto, essa è limitata dal raggiungimento dei fini sociali e dal rispetto dei valori fondanti dell'Unione, quali lo sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche. E se tanto non bastasse, a quanto già osservato si aggiunga che, ai fini della liberalizzazione di un dato servizio, l'art. 59 TFUE chiama il Parlamento europeo e il Consiglio all'adozione di specifiche direttive. Tuttavia, nonostante una tale prescrizione, ad oggi le istituzioni europee non hanno mai ancora approvato alcuna direttiva che imponga la liberalizzazione dei servizi pubblici nei termini delineati dal d.d.l. originariamente deliberato dell'Esecutivo italiano. La stessa dir. 2006/123/CE del Parlamento e del Consiglio del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, pur premettendo che «una maggiore competitività del mercato dei servizi è essenziale per promuovere la crescita economica e creare posti di lavoro», dispone però pure che le disposizioni in essa presenti riguardo alla libertà di stabilimento e alla libera circolazione dei servizi «si applichino soltanto nella misura in cui le attività in questione sono aperte alla concorrenza e non obblighino pertanto gli Stati membri a liberalizzare i servizi d'interesse economico generale, a privatizzare gli enti pubblici che forniscono tali servizi o ad abolire i monopoli esistenti per quanto riguarda altre attività o certi servizi di distribuzione»⁶⁰. Del resto, lo stesso articolo di apertura dell'atto normativo in questione

⁵⁷ Ai sensi dell' articolo 14 TFUE (ex articolo 16 del TCE): «Fatti salvi l'articolo 4 del trattato sull'Unione europea e gli articoli 93, 106 e 107 del presente trattato, in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione dei trattati, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono tali principi e fissano tali condizioni, fatta salva la competenza degli Stati membri, nel rispetto dei trattati, di fornire, fare eseguire e finanziare tali servizi».

⁵⁸ Ai sensi dell'articolo 106, par. 2, TFUE (ex articolo 86 del TCE): «Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione».

⁵⁹ In argomento, A. Lucarelli, *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, p. 155 ss.

⁶⁰ Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi nel mercato interno (in G.U.U.E. L 376/36 del 27.12.2006) – *Considerando* n. 8.

stabilisce che la direttiva lascia comunque «impregiudicata la libertà, per gli Stati membri, di definire, in conformità del diritto comunitario, quali essi ritengano essere servizi d'interesse economico generale, in che modo tali servizi debbano essere organizzati e finanziati, in conformità delle regole sugli aiuti concessi dagli Stati, e a quali obblighi specifici essi debbano essere soggetti». Dal canto suo, poi, l'art. 2 prevede espressamente che le disposizioni in materia di concorrenza nel mercato interno «non si applicano: [...] c) ai servizi d'interesse economico generale assicurati alla collettività in regime di esclusiva da soggetti pubblici o da soggetti privati, ancorché scelti con procedura ad evidenza pubblica, che operino in luogo e sotto il controllo di un soggetto pubblico». In questo senso, non bisogna neppure dimenticare che, già nel 2000, contrastando la spinta liberista della Commissione, con la risoluzione sui servizi d'interesse generale il Parlamento europeo aveva chiaramente affermato che: «la decisione su ciò che debba essere considerato servizio d'interesse generale e come debba essere gestito va innanzitutto presa a livello locale» e che «i cittadini europei devono ricevere servizi di qualità a prezzi accessibili e gratuitamente se lo richiedono le condizioni sociali»⁶¹. Nella stessa prospettiva, poi, l'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, non a caso inserito nel Titolo IV rubricato «Solidarietà», ha *expressis verbis* stabilito che «al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale dell'Unione, questa riconosce e rispetta l'accesso ai servizi d'interesse economico generale quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente ai trattati», con previsione che finisce chiaramente per «rendere più stringenti gli interventi regolativi di livello europeo, per assicurare l'effettività del diritto quanto ai criteri di erogazione del servizio (universalità, qualità, accessibilità) e alla tutela degli utenti»⁶². Né tale conclusione pare possa dirsi inficiata dal confinamento dello svolgimento dei servizi d'interesse economico generale nei limiti dati dal solo rispetto delle

⁶¹ Risoluzione del Parlamento europeo sulla comunicazione della Commissione *I servizi d'interesse generale in Europa* (COM (2000) 580 - C5 - 0399/2001 - 2001/2157(COS) - Punto I.1. Il testo di tale Risoluzione è consultabile all'indirizzo: <https://www.astrid-online.it/static/upload/protected/Serv/ServiziDiInteresseGeneraleRisoluzione.pdf>.

⁶² Così, S. Staiano, *Note sul diritto fondamentale all'acqua*, cit., p. 7. Sul punto, per un approfondimento, si rinvia pure a A. Lucarelli, *Comment to article 36*, in W.B.T. Mock e G. Demuro (a cura di) *Human Rights in Europe. Commentary on the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, Durham, North Carolina, Carolina Academic Press, 2010, p. 222 ss.; nonché a M. Panebianco, *Commento all'articolo 36*, in M. Panebianco (a cura di), *Repertorio della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, p. 355 ss.; O. Porchia, *Alcune considerazioni sull'art. 36 della carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: l'accesso ai servizi di interesse economico generale*, in *Diritto dell'Unione Europea*, n. 4/2002, p. 633 ss.; A. Arena, *Art. 36. Accesso ai servizi d'interesse economico generale*, in R. Matroiani, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo e O. Razzolini *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea - Le fonti del diritto italiano*, Milano, Giuffrè, 2017.

finalità di coesione sociale e territoriale dell'Unione, con esclusione, quindi, di ogni accenno a quei valori comuni dell'Unione già indicati all'art. 16 TCE⁶³ (oggi, art. 14 TFUE⁶⁴), cui la Carta dei diritti, nella disposizione in commento, fa implicito rinvio. Certamente, nella sua formulazione letterale, l'articolo cui si è fatto ora cenno consentiva, senza dubbio alcuno, di concludere direttamente nel senso che «il principio della concorrenza e del libero mercato non ha valore assoluto, ma è limitato al raggiungimento di fini sociali e dal rispetto dei valori fondanti dell'Unione, quali lo sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche, la solidarietà, l'elevato livello dell'occupazione e la protezione dell'ambiente, della salute e dei consumatori»⁶⁵. Le salvezze da esso apposte *in incipit*, infatti, a mezzo del richiamo al rispetto delle

⁶³ Art. 16 T.C.E.: «Fatti salvi gli artt. 73, 86, 87, in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, la Comunità e gli stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione del presente trattato, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni che consentano loro di assolvere ai loro compiti».

⁶⁴ Articolo 14 T.F.U.E. (ex articolo 16 del T.C.E.): «Fatti salvi l'articolo 4 del trattato sull'Unione europea e gli articoli 93, 106 e 107 del presente trattato, in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione dei trattati, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono tali principi e fissano tali condizioni, fatta salva la competenza degli Stati membri, nel rispetto dei trattati, di fornire, fare eseguire e finanziare tali servizi».

⁶⁵ Così, A. Lucarelli, *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, cit., p. 83.

disposizioni di cui agli artt. 73⁶⁶, 86⁶⁷, 87⁶⁸ (attualmente, artt. 93⁶⁹, 106⁷⁰ e 107⁷¹),

⁶⁶ In base all'art. 73 T.C.E., nel testo consolidato (ex art. 77): «Sono compatibili con il presente trattato gli aiuti richiesti dalle necessità del coordinamento dei trasporti ovvero corrispondenti al rimborso di talune servitù inerenti alla nozione di pubblico servizio».

⁶⁷ Ex art. 86 T.C.E., nel testo consolidato (già art. 90): «1. Gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme del presente trattato, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 12 e da 81 a 89 inclusi. 2. Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme del presente trattato, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi della Comunità. 3. La Commissione vigila sull'applicazione delle disposizioni del presente articolo rivolgendo, ove occorra, agli Stati membri, opportune direttive o decisioni».

⁶⁸ In forza dell'art. 87 T.C.E., nel testo consolidato (ex art. 92): «1. Salvo deroghe contemplate dal presente trattato, sono incompatibili con il mercato comune, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza. 2. Sono compatibili con il mercato comune: a) gli aiuti a carattere sociale concessi ai singoli consumatori, a condizione che siano accordati senza discriminazioni determinate dall'origine dei prodotti, b) gli aiuti destinati a ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali, c) gli aiuti concessi all'economia di determinate regioni della Repubblica federale di Germania che risentono della divisione della Germania, nella misura in cui sono necessari a compensare gli svantaggi economici provocati da tale divisione. 3. Possono considerarsi compatibili con il mercato comune: a) gli aiuti destinati a favorire lo sviluppo economico delle regioni ove il tenore di vita sia anormalmente basso, oppure si abbia una grave forma di sottoccupazione, b) gli aiuti destinati a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo oppure a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro, c) gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse, d) gli aiuti destinati a promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio, quando non alterino le condizioni degli scambi e della concorrenza nella Comunità in misura contraria all'interesse comune, e) le altre categorie di aiuti, determinate con decisione del Consiglio, che delibera a maggioranza qualificata su proposta della Commissione».

⁶⁹ Alla stregua dell'art. 93 T.F.U.E. (ex art. 73 del TCE): «Sono compatibili con i trattati gli aiuti richiesti dalle necessità del coordinamento dei trasporti ovvero corrispondenti al rimborso di talune servitù inerenti alla nozione di pubblico servizio».

⁷⁰ In forza dell'art. 106 T.F.U.E. (ex art. 86 del TCE): «1. Gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei trattati, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 18 e da 101 a 109 inclusi. 2. Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione. 3. La Commissione vigila sull'applicazione delle disposizioni del presente articolo rivolgendo, ove occorra, agli Stati membri, opportune direttive o decisioni».

⁷¹ In base all'art. 107 T.F.U.E. (ex art. 87 del TCE): «1. Salvo deroghe contemplate dai trattati, sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza. 2. Sono compatibili con il mercato interno: a) gli aiuti a carattere sociale concessi ai singoli consumatori, a condizione che siano accordati senza discriminazioni determinate dall'origine dei prodotti; b) gli aiuti destinati a ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali; c) gli aiuti concessi all'economia di determinate regioni della Repubblica federale di Germania che risentono della divisione della Germania, nella misura in cui sono necessari a compensare gli svantaggi economici provocati da tale divisione. Cinque anni dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, il Consiglio, su proposta della Commissione, può adottare una decisione che abroga la presente lettera. 3. Possono considerarsi compatibili con il mercato interno: a) gli aiuti destinati a favorire lo sviluppo economico delle regioni ove il tenore di vita sia anormalmente basso, oppure si abbia una grave forma di sottoccupazione, nonché quello delle regioni di cui all'articolo 349, tenuto conto della loro situazione strutturale, economica e sociale; b) gli aiuti destinati a promuovere la realizzazione di un

permetteva infatti di riferire l'applicazione delle regole della concorrenza e del libero mercato anche alle imprese incaricate della gestione dei servizi di interesse economico generale, ma solo in quanto non ostative del compito degli enti erogatori di perseguire i valori comuni dell'Unione e di promuovere la coesione economico-sociale e territoriale⁷². Tuttavia, ad evitare troppo asfittiche letture della disposizione ad oggi contenuta nella Carta dei diritti, può non soltanto osservarsi come l'espressione «coesione sociale e territoriale» in essa presente sia stata considerata, sia pur in via interpretativa, comunque inclusiva dei valori comuni dell'Unione Europea⁷³, ma soprattutto può (ed anzi deve) marcarsi come lo stesso articolo espressamente riconosca e rispetti l'accesso ai servizi d'interesse economico generale «quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente ai trattati»⁷⁴. Ciò vuol dire che, conformemente allo spirito da sempre sotteso alle norme in tema di gestione dei servizi di interesse economico generale, anche tale articolo non si propone affatto di contrastare la spinta liberalizzatrice dell'UE. Piuttosto, essa cerca di bilanciarla, valorizzando la dimensione sociale dell'Unione «e perseguendo finalità di interesse economico generale mediante l'affidamento di determinati compiti a soggetti pubblici o dotati di diritti speciali o esclusivi, secondo la comune tradizione dello statuto sociale dell'Europa continentale»⁷⁵. Conseguentemente, in questa che pare essere la più corretta chiave di lettura dell'articolo in esame, l'Unione europea finisce per assumere, tra le proprie finalità, un preciso obiettivo, ossia quello di verificare se il perseguimento dei fini di profitto ed efficienza, cui naturalmente tende un sistema concorrenziale, possa determinare un abbassamento della qualità e della stessa disponibilità di servizi. E ciò allo scopo di evitare che una simile situazione possa poi compromettere la salvaguardia di interessi economici generali meritevoli di tutela, con conseguente chiaro pregiudizio dei principi di uguaglianza sostanziale e solidarietà, oltre che con l'obbligo del servizio universale. Sicché, anche per questa via, viene offerta ulteriore riprova dell'indubbia derogabilità delle regole della concorrenza, *quid est* della certa legittimità della scelta dei singoli Stati a favore dell'impresa pubblica nella gestione di servizi di cui sin qui si è

importante progetto di comune interesse europeo oppure a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro; c) gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse; d) gli aiuti destinati a promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio, quando non alterino le condizioni degli scambi e della concorrenza nell'Unione in misura contraria all'interesse comune; e) le altre categorie di aiuti, determinate con decisione del Consiglio, su proposta della Commissione.

⁷² In particolare tanto si ricava dal disposto dell'art. 86 T.C.E., alla cui stregua:

⁷³ In questo senso, A. Lucarelli, *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, cit., p. 87.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ *Ibidem*.

discusso, tutte le volte in cui l'applicazione delle regole della concorrenza e del mercato non risulti effettivamente in grado di soddisfare il raggiungimento degli obiettivi anzidetti. Da ultimo, inoltre, è significativo ricordare che la dir. 2014/25/UE *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*⁷⁶, ha nuovamente ribadito la libertà degli Stati di regolamentare come meglio credono i servizi di interesse economico generale (sempre nell'ambito dei principi euro-unitari), rimarcando ancora una volta, ed in maniera esplicita, che non vi è alcun obbligo per gli Stati di «affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici». In buona sostanza, dunque, già sul piano del diritto positivo può dirsi sconfessata l'idea, che pur si vorrebbe far passare come corretta, della vigenza di un preciso obbligo di matrice europeo finalizzato ad imporre ai singoli Stati membri la privatizzazione dei servizi di interesse economico generale (ivi compresi i servizi pubblici locali). Vero è piuttosto che la normativa europea lascia ampia facoltà agli Stati membri di regolare la materia in piena autonomia, consentendo espressamente la gestione pubblica nelle varie forme previste.

Certamente, però, a fugare ogni dubbio al riguardo è la giurisprudenza costituzionale in tema, per come già brillantemente compendiata nella sentenza n. 325/2010⁷⁷, e quindi ribadita nella sentenza n. 24/2011⁷⁸. Operando una ricognizione del sistema comunitario dei servizi pubblici locali, correttamente giudicata essenziale ai fini del giudizio di propria spettanza, già in occasione della prima pronuncia, la Corte, sul punto, ha espressamente sottolineato che l'ordinamento comunitario «ha definito solo un livello minimo di regole pro-concorrenza senza impedire agli Stati Membri di introdurre regole concorrenziali più rigorose». Conseguentemente, l'introduzione di regole concorrenziali più rigorose di quelle minime richieste dal diritto dell'Unione europea, come quelle previste dalla disposizione

⁷⁶ Si tratta della 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 Testo rilevante ai fini del SEE (in G.U.U.E. L 94/243 del 28.03.2014).

⁷⁷ Corte cost., sentenza n. 325/2010. A commento di tale sentenza, si leggano i contributi offerti da R. Caranta, *Il diritto dell'UE sui servizi di interesse economico generale e il riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in *Le Regioni*, 2011, p. 1176 ss.; A. Lucarelli, *Primissime considerazioni a margine della sentenza n. 325 del 2010*, in *Rivista AIC*, n. 1/2011; ed ivi pure F. Costantino, *Servizi locali e concorrenza. A proposito della sent. n. 325 del 2010*.

⁷⁸ Corte cost., sentenza n. 24/2011, il cui testo è consultabile sul sito *Consulta on line* (all'indirizzo: *Giurcost.org*).

oggetto nell'occasione di sindacato di legittimità⁷⁹, non è imposta dall'ordinamento comunitario, «e, dunque, non è costituzionalmente obbligata, ai sensi del primo comma dell'art. 117 Cost. [...], ma neppure si pone in contrasto [...] con la [...] normativa comunitaria, che, in quanto diretta a favorire l'assetto concorrenziale del mercato, costituisce solo un minimo inderogabile per gli Stati membri»⁸⁰. Piuttosto, esso integra solo «una delle diverse discipline possibili della materia che il legislatore avrebbe potuto legittimamente adottare»⁸¹, senza con ciò violare il disposto costituzionale di cui all'art. 117, c. 1. Tale impostazione è stata quindi ribadita nella sentenza n. 24/2011⁸², in cui, infatti, la Corte, operando un richiamo letterale alla pronuncia precedentemente resa in argomento, chiarisce definitivamente che il diritto europeo non impone obblighi di privatizzazione per le imprese pubbliche o incaricate della gestione dei servizi pubblici. Al contrario, in applicazione dell'art. 345 TFUE⁸³, l'azione comunitaria in materia è improntata al rispetto del principio di neutralità nei confronti del regime pubblico o privato della proprietà. E tale principio, insieme ai principi di libertà di definizione e proporzionalità, «costituisce uno dei cardini della disciplina comunitaria dei servizi di interesse generale»⁸⁴.

La rilevanza dell'indirizzo giurisprudenziale *de quo* è stata peraltro già anni fa sottolineata da autorevole dottrina che, proprio riferendosi ad essa, ha spiegato che «la normativa comunitaria tiene una posizione imparziale rispetto alle decisioni dell'autorità locale, come pure rispetto alla natura pubblica o privata del soggetto gestore del servizio, non dettando alcuna prescrizione in merito alla scelta dell'ente locale di ricorrere o meno all'autoproduzione o al mercato e non imponendo all'operatore economico (nozione

⁷⁹ Oggetto di sindacato, nell'occasione, era l'art. 23-bis, d.l. n. 112/2008 (*Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria*), convertito, con modificazioni, l. n. 133/2008, nel testo originario ed in quello modificato dall'art. 15, c. 1, d.l. n. 135/2009 (*Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee*), convertito, con modificazioni, dalla l.n. 166/2009.

⁸⁰ Corte cost., sentenza n. 325/2010, punto 6.1 del *Considerato in diritto*.

⁸¹ Corte cost., sentenza n. 325/2010, punto 6 del *Considerato in diritto*.

⁸² A commento di tale sentenza si leggano le osservazioni di A. Lucarelli, *La Corte costituzionale di fronte al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 6/2010.

⁸³ Ai sensi di tale articolo: «i Trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri». Sulla rilevanza di tale articolo nell'ambito delle politiche di privatizzazione, A. Gardella, *Articolo 345 TFUE*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 2510 ss.

⁸⁴ Così, A. Lucarelli e L. Longhi, *Sul governo dei servizi pubblici locali nella prospettiva delle città metropolitane*, in *Gazzettaforense.com*, n. 3/2014, nota n. 18.

comunitaria di impresa) alcuna forma per diventare titolare della gestione di servizi”⁸⁵. Infatti, «nella prospettiva europea, la pubblica amministrazione può decidere di erogare direttamente prestazioni di servizi a favore degli utenti mediante proprie strutture organizzative senza dovere ricorrere, per lo svolgimento di tali prestazioni, ad operatori economici attraverso il mercato»⁸⁶.

Non mancano, del resto, pronunce della giurisprudenza comunitaria coerenti con quanto affermato dalla Corte costituzionale. La Corte di Giustizia CE ha infatti stabilito, in generale, che un’ autorità pubblica può adempiere i compiti ad essa incombenti mediante propri strumenti, senza essere obbligata a fare ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi, e che può farlo altresì in collaborazione con altre autorità pubbliche⁸⁷. In verità, “l’ordinamento comunitario consente la gestione dei servizi pubblici locali e nazionali sia da parte di soggetti pubblici che da parte di soggetti privati ma esige che non si creino impropri favori per tali soggetti (sia pubblici che privati) che possano alterare la concorrenza e, in caso di coinvolgimento dei privati, impedisce che ciò avvenga in modo discriminatorio e non trasparente”⁸⁸. Conseguentemente, «spetta all’ente valutare le modalità ottimali di espletamento del servizio con riguardo ai costi, ai margini di copertura degli stessi, alle migliori modalità di organizzazione del servizio in termini di efficienza, efficacia ed economicità, nel rispetto dei principi di tutela della concorrenza da un lato e della universalità e dei livelli essenziali delle prestazioni dall’altro»⁸⁹.

In questo modo, quindi, gli enti locali recuperano quell’autonomia di scelta, “che per la verità trova(va) anche una copertura di livello costituzionale, fra le varie forme di gestione, con il solo onere di motivare adeguatamente la decisione finale”⁹⁰, da sempre richiesta dalla giurisprudenza amministrativa⁹¹ ed oggi resa più necessaria dai principi elaborati dalla

⁸⁵ In questi termini, V. Avaltroni, *L’assetto della disciplina del SII dopo il referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011 – note d’approfondimento*, in *Diritto dei servizi pubblici*, 06 luglio 2011. Ugualmente, A. Lucarelli, *Parere scritto*, cit., p. 5, per il quale “l’apertura al mercato è secondo il diritto europeo la via prevalente, ma tuttavia è una delle vie, e come tale non esclusiva al punto da essere imposta ai Comuni, per garantire l’efficienza e l’efficacia del servizio, considerando le amministrazioni pubbliche non in grado di gestire un servizio pubblico”. Quindi, riferendosi al testo del d.d.l. in commento, aggiunge “quello che viene sostanzialmente dimenticato nel testo, è che non è l’unica via: anzi come più volte ricordato dalla giurisprudenza, gli enti locali devono essere messi in condizione di optare tra più modelli”.

⁸⁶ Corte cost., sentenza n. 439/2008, punto 7 del *Considerato in diritto*. Il testo di tale sentenza è consultabile sul sito *Consulta on line* (all’indirizzo: *Giurcost.org*).

⁸⁷ Sent. Coditel Brabant CE, 09.06.2009 causa C-480/06.

⁸⁸ Sul punto, G. Rossi, *Ricomporre il quadro normativo delle società di gestione dei servizi pubblici locali. Alla ricerca del filo di Arianna*, in *Giustamm.it*, n. 6/2011.

⁸⁹ Corte Conti, sez. di contr. in sede cons., delib., n. 195/2009.

⁹⁰ Così, M. Grieco, *Effetti collaterali dell’esito referendario sulla gestione integrata dei rifiuti*, in *Diritto.it*, 2017.

⁹¹ Cons. Stato, Sez. V, sentenza n. 854/2011.

Corte dei Conti in materia. Tali principi, più che sull'estensione analogica di disposizioni normative quali l'art. 380, T.U. n. 3/1957 e l'art. 152, D.P.R. n. 1077/1970, "poggiano sul dettato costituzionale di cui all'art. 97 Cost. e sulla considerazione che – atteso che ogni ente pubblico ha una sua organizzazione ed un suo personale – è con essi che deve ottemperare alle sue funzioni"⁹². Pertanto, «l'ente, deve attentamente valutare l'*an* e il *quomodo* dell'espletamento del servizio pubblico, procedendo ad esternalizzare lo stesso o a svolgerlo in maniera associata solo quando ciò risulti effettivamente la soluzione migliore, in termini di efficacia, efficienza ed economicità, in alternativa alla gestione diretta da parte dell'ente stesso»⁹³.

Ecco, allora, che, ripensata quale *ratio* fondante le scelte originariamente positivizzate dal Governo in materia di concorrenza, anche l'argomentazione all'apparenza più robusta cade, conseguentemente conferendo, anche per tale profilo, maggiore spessore e corposità alle molte critiche fin da subito rivolte al D.d.L. in commento, che, sconfinata dal piano dottrinale a quello politico, hanno infine inopinabilmente segnato il relativo dibattito in tema.

3. Gli emendamenti apportati al testo in sede di approvazione definitiva della legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021.

Sotto tale ultimo profilo, si è già detto in apertura che il testo del disegno di legge concorrenza, entrato in discussione il 23 dicembre 2021 e definitivamente licenziato in data 2 agosto 2022, ha subito, nel corso dell'*iter* parlamentare, una serie di emendamenti che hanno interessato in particolare proprio le disposizioni di cui fin qui si è discusso.

A tanto è qui necessario aggiungere che le modifiche apportate in queste parti al testo *de quo* hanno per certi aspetti ridisegnato il verso dell'intervento riformatore in esame, intaccando la spinta fortemente liberista a cui esso era improntato.

Basti in questo senso anche la mera comparazione del tenore letterale delle previsioni originariamente contenute nell'art. 6, c. 2, lett. *e*), *f*) e *g*), d.d.l. con quelle che hanno dato poi contenuto all'art. 8, c. 2, lett. *e*), *f*) e *g*) della legge infine licenziata dalla Camere.

⁹² R. Francaviglia, *L'incidenza della flessibilità del rapporto di lavoro sul costo del personale nelle aziende sanitarie*, in *Diritto.it*, giugno 2004.

⁹³ Corte Conti, sez. reg.le di contr. Regione Lombardia, parere n. 79/2008.

In particolare, nella formulazione infine approvata dalle Camere, l'art. 8, c. 2, lett. g), l. n. 118/2022, prevede la necessità, per gli affidamenti di importo superiore, «di una motivazione qualificata, da parte dell'ente locale, per la scelta o la conferma del modello dell'autoproduzione ai fini di un'efficiente gestione del servizio, che dia conto delle ragioni che, sul piano economico e sociale, con riguardo agli investimenti, alla qualità del servizio, ai costi dei servizi per gli utenti, agli obiettivi di universalità, socialità, tutela ambientale e accessibilità dei servizi, giustificano tale decisione, anche in relazione ai risultati conseguiti nelle pregresse gestioni in autoproduzione»⁹⁴.

Anzitutto, dunque, sostituendosi alla previsione precedente, quella contenuta alla lett. g) c. 2, dell'art. 8 del testo legislativo approvato da ultimo non parla più di «motivazione anticipata e qualificata» da inoltrare all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, al fine di giustificare il mancato ricorso al mercato, ma solo di «motivazione qualificata» per la scelta dell'autoproduzione. Diversamente detto, la motivazione che ancora la disposizione *de qua* richiede agli enti locali quando si tratti di scelte concernenti la gestione dei servizi pubblici non serve più a dar conto delle ragioni contrarie al mercato ma a spiegare quelle a favore dell'auto-produzione. In questo modo, il testo della disposizione *de qua* è stato epurato di una delle previsioni maggiormente contestate, stante le conseguenze di non poco rilievo da essa prodotte a danno dell'autonomia degli enti locali in tema di gestione dei servizi pubblici, e di quello idrico in particolare. Con la cassazione in questa parte dell'originaria disposizione, infatti, è caduta quella pesante forma di ingerenza tentata a livello centrale in danno degli enti locali, che, in assenza di una rimodulazione del testo normativo in questione, sarebbero stati davvero fortemente ostacolati nell'optare per l'*auto-produzione*. Né a tali fini può ritenersi sufficiente la sola previsione della necessità di una *motivazione qualificata*, posto che già oggi essa viene regolarmente prodotta dagli enti locali tutte le volte in cui questi decidono a favore dell'auto-produzione.

A ciò si aggiunga che, sempre in ragione della riscrittura della disposizione *de qua*, i parametri di riferimento utili a giustificare la scelta dell'ente a favore dell'auto-produzione

⁹⁴ Alla lettera, l'art. 8, c. 2, lett. g), l.n. 118/2022, cit., stabilisce «fatto salvo il divieto di artificioso frazionamento delle prestazioni, previsione, per gli affidamenti di importo superiore alle soglie di cui all'articolo 35 del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, di una motivazione qualificata, da parte dell'ente locale, per la scelta o la conferma del modello dell'autoproduzione ai fini di un'efficiente gestione del servizio, che dia conto delle ragioni che, sul piano economico e sociale, con riguardo agli investimenti, alla qualità del servizio, ai costi dei servizi per gli utenti, agli obiettivi di universalità, socialità, tutela ambientale e accessibilità dei servizi, giustificano tale decisione, anche in relazione ai risultati conseguiti nelle pregresse gestioni in autoproduzione».

non sono più solo di carattere economico (investimenti, qualità e costi dei servizi per gli utenti), ma anche di tipo ambientale e sociale (investimenti, qualità del servizio, costi per gli utenti, ma anche universalità, socialità, tutela ambientale e accessibilità dei servizi). Ed anche in ciò non vi è chi non veda la distanza che separa tale previsione dalla precedente. In questa, infatti, la scelta dell'ente doveva essere giustificata solo sul piano economico, dando cioè conto delle sole ragioni che, sul piano degli investimenti e della qualità e dei costi dei servizi per gli utenti, giustificavano il mancato ricorso al mercato. In ragione invece del testo della disposizione infine approvata, la scelta dell'ente deve al contrario essere motivata anche alla luce di fattori di natura niente affatto economica, trattandosi degli obiettivi di universalità, socialità, tutela ambientale e accessibilità dei servizi.

Uguualmente, sempre con riferimento all'ipotesi di ricorso da parte dell'ente locale al modello dell'autoproduzione, la «previsione di sistemi di monitoraggio dei costi», *ab initio* finalizzata al «mantenimento degli equilibri di finanza pubblica e della tutela della concorrenza», viene oggi scansata da una diversa previsione in cui il sistema di monitoraggio in questione continua sì ad essere funzionale al mantenimento degli equilibri di finanza pubblica, ma non più solo ad esso, né tanto meno alla tutela della concorrenza. Ogni riferimento a quest'ultima esigenza viene anzi cancellata dal testo. Piuttosto, in esso, per la prima volta, compare un espresso riferimento a finalità di mantenimento degli equilibri «della qualità, dell'efficienza e dell'efficacia della gestione dei servizi pubblici locali». Tra l'altro, diversamente da quanto previsto dall'articolato normativo originario, in cui il ricorso a sistemi di monitoraggio dei costi ai fini del mantenimento degli equilibri di finanza pubblica e della tutela della concorrenza era limitato all'ipotesi di ricorso da parte dell'ente locale al modello dell'autoproduzione, nel testo infine approvato il monitoraggio dei costi e della qualità, efficienza ed efficacia del servizio riguarda tutte le forme di gestione, e non solo quella *in house*.

Messe dunque a confronto nel testo che le caratterizzava originariamente ed in quello effettivamente licenziato infine, le disposizioni *de quibus* evidenziano per più di un profilo l'incidenza che, in positivo, hanno esercitato, in vista di un'approvazione definitiva del testo, per come inizialmente disegnato, le voci ad esso contrarie.

Tuttavia, l'attuale soccombenza delle forze politiche di maggioranza nel dibattito animatosi in argomento, e la successiva rimodulazione in queste sue parti del testo di legge in materia di concorrenza ora esaminato, non può certo dirsi in grado di mettere un freno a quelle spinte verso un'apertura più significativa, quando non addirittura definitiva, del nostro

sistema verso il mercato e le sue logiche, che, con sempre maggiore insistenza, vengono da certi ambienti del mondo economico-finanziario.

A fronte di ciò, può certamente essere utile un recupero di quelle ragioni della democrazia diretta, per come espressesi già molti anni fa nel referendum svoltosi in tema, che, in quanto costantemente messe in discussione, dovrebbero essere poste al riparo da successivi tentativi di erosione, grazie ad un recupero delle motivazioni al tempo poste dalla Corte costituzionale a fondamento della propria decisione.

Tuttavia, a ben riflettere, l'unico ostacolo che, in realtà, potrebbe infine davvero opporsi al dilagare della forza del mercato è un recupero delle ragioni stesse della democrazia diretta che proprio nell'istituto referendario⁹⁵ trova una delle sue massime espressioni.

4. Sulla portata del vincolo referendario.

È noto che la Corte costituzionale si è pronunciata per l'ammissibilità del referendum avente ad oggetto l'art. 23-bis⁹⁶ il 12 gennaio 2011, a mezzo della sentenza n. 24⁹⁷.

Parimenti, si è già osservato che la definizione del giudizio svolto nell'occasione su tale disposizione, che, nel solco di un percorso avviatosi negli anni '90, era volta ad "eliminare, ove possibile, e, comunque, a comprimere, le ipotesi di soggetto pubblico imprenditore/erogatore diretto di servizi"⁹⁸, ha offerto ai giudici costituzionali la possibilità

⁹⁵ Sull'istituto referendario, e specificamente su quello abrogativo di cui all'art. 75 Cost, all'interno di una vastissima bibliografia, si rinvia a G. Guarino, *Il referendum e la sua applicazione al regime parlamentare*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1947, p. 32 ss.; E. Tosato, *Sovranità del popolo e sovranità dello Stato*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1957, p. 26 ss.; A. Baldassarre, *Il referendum abrogativo nel sistema costituzionale: un bilancio*, in P. Barile, E. Cheli e S. Grassi (cura di) *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1982, p. 487 ss.; G.M. Salerno, *Il referendum*, Padova, Cedam, 1992; A. Baldassarre, *Referendum e legislazione*, in M. Luciani e M. Volpi (a cura di), *Referendum*, Bari-Roma, Laterza Editore, 1992, p. 32 ss.; L. Paladin, *La fonti del diritto italiano*, Bologna, Il Mulino, 1996, p. 267 ss.; A. Mangia, *Referendum*, Padova, Cedam, 1999; M. Luciani, *Art. 75*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli – Il Foro Italiano, 2005; G.E. Vigevani, *Art. 75*, in S. Bartole e R. Bin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam, 2008, p. 678 ss.

⁹⁶ Si ricorda che quello fatto oggetto nell'occasione di richiesta abrogativa referendaria è l'art. 23-bis, d.l. n., 112/2008 (*Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e finanzia la perequazione tributaria*), convertito, con modificazioni, dalla l. n. 133/2008, come modificato dall'art. 30, c. 26, l.n. 99/2009 (*Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia*).

⁹⁷ Per un puntuale commento alla sentenza *de qua* si rinvia a A. Lucarelli, *Commento alla sentenza n. 24 del 2011*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 2/2011.

⁹⁸ Così, A. Avino, *I servizi pubblici locali a rilevanza economica tra la sentenza n. 325 del 2010 della Corte costituzionale e il referendum abrogativo*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2011, il quale ricorda che, nella materia che qui interessa, tale percorso ha ricevuto "un impulso formidabile dall'art 35 della legge 448/2001 che ha riscritto l'art. 113 del d. lgs. 18 agosto 2000 n. 267 (T.U. Enti Locali), circoscrivendo l'ambito di

di negare la natura comunitariamente necessaria della stessa (e, quindi, costituzionalmente vincolato, in applicazione degli artt. 11 e 117, c. 1, Cost.), sì da ritenerne possibile l'abrogazione in via referendaria ex art. 75 Cost., stante il rispetto dei limiti che tale disposizione oppone al ricorso all'istituto in questione.

La stessa occasione, peraltro, ha consentito ai giudici costituzionali di chiarire pure che «dall'abrogazione referendaria non deriva, in tema di regole concorrenziali relative ai servizi pubblici locali di rilevanza economica, né una lacuna normativa incompatibile con gli obblighi comunitari né l'applicazione di una normativa contrastante con il suddetto assetto concorrenziale minimo inderogabilmente richiesto dall'ordinamento comunitario»⁹⁹. In questo senso, quindi, essa ha offerto ai giudici della Consulta motivo per tornare a riflettere su istituti, quali la *reviviscenza* delle norme in precedenza abrogate da quelle oggetto di referendum, ed anzitutto la *normativa di risulta* conseguente all'abrogazione referendaria, che hanno ricevuto infine un inquadramento utile ad una più generale razionalizzazione degli stessi.

Rivestendo, quindi, un interesse che trascende l'ambito tematico oggetto d'analisi, un'attenta ricostruzione delle motivazioni al tempo assunte dalla Corte a base della decisione favorevole all'ammissibilità del referendum offre di certo motivo per una riflessione importante, e comunque di ampio respiro.

Tuttavia, in tutto questo tempo, le motivazioni *de quibus* sono state a lungo e attentamente indagate dalla dottrina, che, nei propri commenti, ha francamente già esaurito tutti i profili d'indagine. Rispetto ad essi, quindi, qualunque tipo di analisi non potrebbe che esaurirsi in una riproposizione pure critica delle posizioni dottrinali andate via via emergendo in seno al dibattito in argomento.

Ed invece, nonostante gli anni trascorsi, dapprima il fallimento degli interventi correttivi del sistema susseguenti alla consultazione referendaria¹⁰⁰, e quindi l'accelerazione da

affidamento del servizio pubblico locale di rilevanza economica alle sole società di capitali individuate con gara, successivamente ampliato, con il d.l. 269/2003, alle società miste ed a quelle *in house*". Ed è in tale percorso che si è poi inserito l'art. 23-bis, d.l. n. 112/2008 che, "nella versione originaria, prevedeva due ipotesi di conferimento: quella ordinaria e quella derogatoria. Partizione mantenuta anche in seguito alle modifiche operate con il d.l. 135/09 che ha chiarito come l'affidamento ordinario possa avvenire, a certe condizioni, anche in favore di società miste e introdotto ulteriori condizioni per gli affidamenti *in house*". Si ricordi, peraltro, che, nell'occasione che qui interessa i ricorsi volti a provocare l'intervento dei Giudici Costituzionali, in sede di giudizio di ammissibilità, censuravano l'art. 23-bis, d.l. 112/2008, sia nella versione originaria, che in quella risultante dalla modifica operata dal d.l. n. 135/2009.

⁹⁹ Corte cost., sentenza n. 24/2011, punto 4.2.2 del *Considerato in diritto*.

¹⁰⁰ A tal proposito, si ricorderà che, a seguito del referendum abrogativo del giugno 2011, il Governo è intervenuto di nuovo celermente in materia dei servizi pubblici locali, anzitutto a mezzo del d.l. n. 138/2011 (*Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo*, in G.U. 16.09.2011, n. 216); e

poi con il d.l. n. 1/2012 (*Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*, in G.U. 24.03.2012, n. 71). In particolare, l'art. 4 d.l. n. 138/2011, rubricato «Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dall'Unione europea», regolando dettagliatamente la materia. al c. 1, nella sua versione originale, prevedeva che «gli enti locali, nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, verificano la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, di seguito «servizi pubblici locali, liberalizzando tutte le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità e accessibilità del servizio e limitando, negli altri casi, l'attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità». Quindi, al co. 2, aggiungeva che, all'esito di tale verifica, «l'ente adotta una delibera quadro che illustra l'istruttoria compiuta ed evidenzia, per i settori sottratti alla liberalizzazione, le ragioni della decisione e i benefici per la comunità locale derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio». La scelta governativa così cristallizzata nell'articolato normativo in questione ha tuttavia immediatamente attirato su di sé le critiche della dottrina, ed in particolare di A. Lucarelli, *Prmissime considerazioni a margine degli artt. 4 e 5 decreto legge n. 138 del 13 agosto 2011, e relativo impatto sui servizi pubblici locali*, in *Rivista AIC*, n. 3/2011, per il quale «il decreto-legge n. 138 ripropone (ad eccezione dell'acqua, e di alcuni altri servizi indicati nell'art. 4, comma 34) la normativa abrogata dal referendum, comprimendo i poteri dei comuni ed imponendo loro, salvo un ambiguo potere di verifica dai contorni sfumati, di mettere sul mercato i servizi pubblici locali (art. 4, comma 1). Dal decreto non emerge la dimensione pluralista dei servizi di interesse economico generale, come su evidenziata, laddove invece la regola della concorrenza e del mercato appaiono imperanti e di fatto inderogabili per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica. Scompaiono anche i tre modelli di gestione del Ronchi e sostanzialmente se ne propone soltanto uno - quello mercantile e privatistico». A tal genere di critiche si è poi aggiunta l'impugnativa ad opera di talune Regioni che, infatti, dinanzi la Corte costituzionale lamentavano la violazione da parte della normativa de qua di numerosi parametri costituzionale, ed anzitutto dell'art. 75 della Costituzione. Si sosteneva, infatti, che tale regolamentazione aveva finito per reintrodurre «la disciplina contenuta nell'art. 23-bis [...], che era stato abrogato dal referendum del 12-13 giugno 2011, riproducendone i medesimi principi ispiratori e le medesime modalità di applicazione, in violazione della volontà popolare espressa ex art 75 Cost., e ricorrendo ad un'interpretazione 'estrema' delle regole della concorrenza e del mercato, lesiva delle competenze regionali in tema di servizi pubblici locali e di organizzazione degli enti locali». Ebbene, in accoglimento di tali censure, la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 4, d.l. n. 138/2011 (per come successivamente modificato e integrato). In particolare, nella sentenza resa nell'occasione (si tratta della sentenza n. 199/2012, il cui testo è reperibile sul sito *Consulta on line*, all'indirizzo: *Giurcost.org*), la Corte ha anzitutto osservato che l'art. 4, d. l. n. 138/2011 2011 «detta una nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, che non solo è contraddistinta dalla medesima ratio di quella abrogata, in quanto opera una drastica riduzione delle ipotesi di affidamenti in house, al di là di quanto prescritto dalla normativa comunitaria, ma è anche letteralmente riprodotto, in buona parte, di svariate disposizioni dell'abrogato art. 23-bis». Secondo la Consulta, infatti, la normativa in questione renderebbe ancor più remota l'ipotesi dell'affidamento diretto dei servizi, in quanto «non solo limita, in via generale, l'attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità» (comma 1), analogamente a quanto disposto dall'art. 23-bis (comma 3) del d. l. n. 112 del 2008, ma la ancora anche al rispetto di una soglia commisurata al valore dei servizi stessi, il superamento della quale [...] determina automaticamente l'esclusione della possibilità di affidamenti diretti». Di conseguenza, la Corte ha ritenuto che, nonostante l'esclusione del servizio idrico integrato dall'ambito di applicazione della nuova disciplina, «risulta evidente l'analogia, talora la coincidenza, della disciplina contenuta nell'art. 4 rispetto a quella dell'abrogato art. 23-bis del d. l. n. 112 del 2008 e l'identità della ratio ispiratrice. Le poche novità introdotte dall'art. 4 accentuano, infatti, la drastica riduzione delle ipotesi di affidamenti diretti dei servizi pubblici locali che la consultazione referendaria aveva inteso escludere». In conclusione, il Giudice delle leggi ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 4, d.l. n. 138/2011 in quanto «si è già rilevato che la normativa all'esame costituisce ripristino della normativa abrogata, considerato che essa introduce una nuova disciplina della materia, «senza modificare né i principi ispiratori della complessiva disciplina normativa preesistente né i contenuti normativi essenziali dei singoli precetti» (sentenza n. 68/1978), in palese contrasto, quindi, con l'intento perseguito mediante il referendum abrogativo. Né può ritenersi che sussistano le condizioni tali da giustificare il superamento del predetto divieto di ripristino, tenuto conto del brevissimo lasso di tempo intercorso fra la pubblicazione dell'esito della consultazione referendaria e l'adozione della nuova normativa (23 giorni), ora oggetto di giudizio, nel quale peraltro non si è verificato nessun mutamento idoneo a legittimare la reintroduzione della disciplina abrogata».

ultimo impressa dall'organo parlamentare al processo di privatizzazione della gestione dei servizi pubblici, per come normato nel testo sulla concorrenza (almeno nella sua versione originaria), paiono chiaramente dimostrare la perdurante attualità della questione del vincolo che dalla scelta referendaria deriva a carico del legislatore¹⁰¹, costringendone quindi la discrezionalità. Solo ritornando sull'argomento, infatti, sarà possibile ragionare sui limiti che le forze politiche incontrano nel determinare ed attuare un indirizzo politico non sintonico con gli esiti del referendum del 2011, il cui risultato positivo, grazie superamento del *quorum* di validità ed alla prevalenza dei voti favorevoli, ha determinato l'abrogazione dell'art. 23-bis, l.n. 166/2009.¹⁰²

Sul punto, è peraltro indubbio che la giurisprudenza costituzionale sia ad oggi tutt'altro che chiara e lineare.

In particolare, nella sentenza n. 468/1990, dopo aver evidenziato «la peculiare natura del referendum, quale atto-fonte dell'ordinamento», ravvisata nella circostanza che, «a differenza del legislatore che può correggere o addirittura disvolere quanto ha in precedenza statuito, il referendum manifesta una volontà definitiva e irripetibile»¹⁰³, la Corte, con riferimento alla norma al tempo oggetto del referendum, sottolineava che l'eventuale caducazione della disposizione, «come non potrebbe consentire al legislatore la scelta politica di far rivivere la normativa ivi contenuta a titolo transitorio, così sottrae all'interprete l'operazione logica di una sua ultra-attività»¹⁰⁴.

Quindi, nella sentenza n. 32/1993, tornata sul punto, precisava che: «nei limiti del divieto di formale o sostanziale ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare (sent. 468 del 1990), il legislatore potrà correggere, modificare o integrare la disciplina residua»¹⁰⁵. Ancora, nella sentenza n. 33/1993 sosteneva che il Parlamento «pur dopo l'accoglimento della proposta referendaria, conserva il potere d'intervenire nella materia oggetto di referendum senza limiti particolari che non siano quelli connessi al divieto di far

¹⁰¹ Sulla portata del vincolo referendario, A. Lucarelli, *La riforma delle società pubbliche e dei servizi di interesse economico generale: letture incrociate*, in *Federalismi.it*, n. 21/2016.

¹⁰² Si ricordi che l'abrogazione dell'art. 23-bis, l.n. 166/2009, ha determinato, per l'effetto, la perdita di efficacia delegificante del d.P.R. n. 168/2010, che trovava proprio (ed esclusivamente) nella disposizione abrogata col referendum l'unico supporto normativo.

¹⁰³ Corte cost., sentenza n. 468/2010, punto 4.3 del *Considerato in diritto*. Il testo di tale sentenza è reperibile sul sito *Consulta on line* (all'indirizzo: *Giurcost.org*).

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ Corte cost., sentenza n. 32/1993, punto 5 del *Considerato in diritto*. Il testo di tale sentenza è reperibile sul sito *Consulta on line* (all'indirizzo: *Giurcost.org*).

rivivere la normativa abrogata»¹⁰⁶.

Successivamente, nell'ordinanza n. 9/1997, sempre la Corte stabiliva pure che «la normativa successivamente emanata dal legislatore è pur sempre soggetta all'ordinario sindacato di legittimità costituzionale, e quindi permane comunque la possibilità di un controllo di questa Corte in ordine all'osservanza – da parte del legislatore stesso – dei limiti relativi al dedotto divieto di formale o sostanziale ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare»¹⁰⁷.

Infine, nella sentenza n. 199/2012, affermava che il divieto di ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare desumibile dall'art. 75 Cost. «si giustifica, alla luce di una interpretazione unitaria della trama costituzionale ed in una prospettiva di integrazione degli strumenti di democrazia diretta nel sistema di democrazia rappresentativa delineato dal dettato costituzionale, al solo fine di impedire che l'esito della consultazione popolare, che costituisce esercizio di quanto previsto dall'art. 75 Cost., venga posto nel nulla e che ne venga vanificato l'effetto utile, senza che si sia determinato, successivamente all'abrogazione, alcun mutamento né del quadro politico, né delle circostanze di fatto, tale da giustificare un simile effetto»¹⁰⁸.

Come è facile comprendere anche solo da una rapida lettura dei passaggi appena evidenziati, in quanto punti salenti delle pronunce riportate, la giurisprudenza costituzionale è tutt'altro che di semplice interpretazione.

Ad esempio, a proposito della prima sentenza di cui si è fatto cenno, non è ben chiaro cosa precisamente in essa la Corte «intenda per 'volontà definitiva' con riferimento a quella espressa con la consultazione referendaria», e ciò soprattutto alla luce delle conseguenze che la stessa ne fa discendere¹⁰⁹. A tal proposito, infatti, ferma la necessità di considerare le finalità obiettivamente ricavabili dal quesito referendario, o meglio dalla sua formulazione letterale, e l'incidenza che il referendum di fatto esercita sul quadro normativo di riferimento, è stato anzitutto efficacemente evidenziato che «uno strumento puramente abrogativo pone maggiori difficoltà, rispetto ad uno strumento propositivo, nell'individuare in modo univoco tale volontà». A ciò si aggiunga che, laddove, seguendo

¹⁰⁶ Corte cost., sentenza n. 33/1993, punto 3 del *Considerato in diritto*. Il testo di tale sentenza è reperibile sul sito *Consulta on line* (all'indirizzo: *Giurcost.org*).

¹⁰⁷ Corte cost., ordinanza n. 9/1997. Il testo di tale ordinanza è reperibile sul sito *Consulta on line* (all'indirizzo: *Giurcost.org*).

¹⁰⁸ Corte cost., sentenza n. 199/2012, cit. punto 5.2.2 del *Considerato in diritto*.

¹⁰⁹ Così, P. Chirulli, *I servizi pubblici locali e il servizio idrico integrato tra legislatore, Corte costituzionale e (presunta) "volontà" referendaria*, in *Federalismi.it*, n. 7/2015, p. 28.

l'impostazione della Corte, «si volesse trarre dall'esito del referendum una 'forza' superiore a quella di un'abrogazione di altro tipo, invocando – appunto – la volontà definitiva del corpo elettorale e vincolando il successivo intervento del legislatore ordinario», si dovrebbe da ciò desumere la necessità di un maggiore approfondimento sul punto, anche in prospettiva storica¹¹⁰. Esemplificativo, in questo senso, l'esempio già offerto dalla dottrina, che, infatti, riferendosi al giudizio conclusosi con la sentenza n. 199/2012, ha giustamente evidenziato che, sebbene l'art. 23-*bis* oggetto della consultazione referendaria disciplinasse tutti i servizi pubblici locali, sicché la sua abrogazione avrebbe chiaramente inciso su tutti tali servizi, nelle intenzioni del comitato promotore l'obiettivo principale da perseguire era soprattutto quello di impedire la c.d. “privatizzazione dell'acqua”¹¹¹. “Dal che l'affermazione della Corte secondo cui l'esclusione del servizio idrico integrato dalla disciplina posta dall'art. 4 del d. l. n. 138 del 2011 sarebbe stata sostanzialmente inutile ai fini del giudizio di costituzionalità avrebbe meritato ben altro approfondimento”¹¹².

Ancora, la Corte non chiarisce da dove derivi e quale sia l'“interpretazione unitaria della trama costituzionale” cui si riferisce nella sentenza n. 199 del 2012, e non specifica neppure quali possano essere i mutamenti “delle circostanze di fatto” o “del quadro politico” tali da consentire al legislatore un più ampio margine di libertà¹¹³.

E così, sui limiti contro cui si infrange la *voluntas legislatoris* di regolare successivamente la materia incisa dal referendum abrogativo la dottrina si è attestata su posizioni molte volte assolutamente antitetiche in quanto oscillanti tra chi ha affermato che “le leggi o le disposizioni legislative abrogate dal referendum non sono immediatamente riproducibili dal legislatore nei limiti in cui la riproduzione di esse comporti il mantenimento dello stesso principio della normativa che il popolo ha ritenuto di abrogare”¹¹⁴, giungendo addirittura a ritenere che l'argomentazione del limite si radichi “in premesse teoriche inaccettabili e

¹¹⁰ Sul punto, sempre P. Chirulli, *I servizi pubblici locali e il servizio idrico integrato tra legislatore, Corte costituzionale e (presunta) “volontà” referendaria*, cit.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 29, il quale, a proposito della ricerca delle reali intenzioni del comitato promotore, evidenzia come “sarebbe sufficiente in tal senso considerare, oltre alla ‘campagna’ di informazione referendaria rivolta al corpo elettorale, la stessa denominazione del comitato promotore, ma le indicazioni in tal senso appaiono davvero numerose”.

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ *Ibidem*, p. 30, il quale, a proposito delle circostanze *de quibus* osserva che “le ipotesi su questo potrebbero essere davvero tante: rinnovo delle Camere con nuove elezioni politiche; oppure nuovo Governo nella stessa legislatura a maggioranza invariata; o, ancora, cambio di maggioranza parlamentare; etc.”.

¹¹⁴ In questo senso, F. Modugno, *Abrogazione*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988, p. 7; e P. Carnevale, *Il vincolo referendario di non riproduzione della normativa abrogata fra giurisprudenza costituzionale e dottrina*, in *Diritto e società*, n. 3/2013, p. 444.

certo non condivise dai Costituenti né tradotte nel testo della Costituzione”¹¹⁵, e chi invece ha sostenuto l’impossibilità “che possa essere messo in discussione il principio secondo cui gli atti legislativi successivi ad una consultazione popolare devono porsi in sintonia con la volontà abrogativa espressa dal corpo elettorale”¹¹⁶. Mediana tra queste, è la posizione ancora diversa di chi sostiene che, in realtà, “il legislatore rimane arbitro di disporre discrezionalmente, adottando una regolamentazione della materia, oggetto della legge abrogata, diversa da quella contenuta in quest’ultima e diversa altresì dall’altra cui potrebbero dar vita gli interpreti nell’attività integrativa della lacuna prodotta dall’abrogazione”¹¹⁷.

A fronte, quindi, di tali divergenze dottrinali ed in particolare alla luce delle molte argomentazioni che parte degli studiosi ha impiegato per criticare l’esistenza di limiti in capo al legislatore, arrivando in ultimo perfino a travolgere il divieto di ripristino, che, infatti, per taluni, “non trova fondamento né nella teoria del modello di democrazia rappresentativo-partecipativa, né nell’intenzione dei Costituenti, né nel testo della Costituzione, né nella logica del sistema delle fonti”¹¹⁸, forse, ancor prima di occuparsi del problema della legittima durata del vincolo a carico del legislatore, occorrerebbe far chiarezza sul punto della configurabilità costituzionale di quello stesso vincolo.

In particolare, in questa prospettiva, e nella consapevolezza che, nella definizione di entrambe le questioni, mancano dei punti fermi, e che il più delle volte si tende a valorizzare il dato politico, pur certamente rilevante¹¹⁹, occorre anzitutto tenere a mente che, sebbene non possa negarsi che le decisioni assunte con il *diretto* consenso popolare siano dotate di forza politica, e che tale forza possa essere “assai più importante della efficacia

¹¹⁵ Così, M. Luciani, *Art. 75*, cit., p. 662 ss.

¹¹⁶ In questo senso, I. Nicotra, *Le zone d’ombra nel giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, in R. Pinardi (a cura di), *Le zone d’ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull’ammissibilità del referendum abrogativo*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 246.

¹¹⁷ C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, IX ed., Padova, Cedam, 1976, II, p. 856.

¹¹⁸ In questi termini, M. Luciani, *Art. 75*, cit., p. 680 ss. Concordano su tale profilo, R. Pinardi, *Volontà referendaria e legislazione successiva tra regime formale e forza politica della pronuncia popolare*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, spec. p. 2899 ss.; e T.F. Giupponi, *Il “giudizio di legittimità” sull’esito referendario e i limiti al legislatore*, in R. Pinardi (a cura di), *Le zone d’ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull’ammissibilità del referendum abrogativo*, p. 307 ss.

¹¹⁹ Ad esempio, secondo M. Volpi, *Referendum nel diritto costituzionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1997, “è innegabile che il referendum abrogativo abbia una incidenza forte sul sistema politico-istituzionale, che tale incidenza sia cresciuta in misura direttamente proporzionale all’incapacità di quest’ultimo di governare il Paese e non sia misurabile in termini giuridico-formali, che, infine, ogni consultazione referendaria esprima un quesito politico implicito destinato ad incidere sull’indirizzo politico di settore”.

giuridica”¹²⁰ della decisione stessa, non può per questo concludersi a favore del riconoscimento di un certo automatismo, in grado di consentire una sua traduzione in forza giuridica peculiare. Inoltre, non deve neppure sottovalutarsi la circostanza che quanto «più il referendum si *politicizza* tanto più è possibile che il Parlamento si affranchi dall’obbligo di rispettare l’esito del referendum sulla specifica questione tecnico-giuridica sulla quale la volontà popolare si è espressa»¹²¹.

Certamente, una tale consapevolezza può rintracciarsi al fondo di tutte quelle teorie, successivamente elaborati dai gius-pubblicisti, che, sia pur con diverse argomentazioni, hanno tutte ugualmente teso al riconoscimento dell’esistenza di un vincolo referendario, in grado di costringere nei limiti della volontà popolare il successivo esercizio da parte del legislatore della propria discrezionalità. Tanto, ad esempio, è a dirsi con riferimento a quella dottrina che, proiettando il discorso sul piano delle fonti, e discutendo del rapporto tra legge e referendum, sostiene che “in realtà la fonte referendaria va a collocarsi in una posizione preferenziale rispetto alla legge parlamentare, in quanto se è vero che da un punto di vista attivo è equiparata alla legge che può abrogare, si deve notare che dal punto di vista passivo resiste ad eventuali leggi parlamentari che intendessero modificarla o contraddirla”¹²². In una prospettiva parzialmente diversa si muove invece quella diversa dottrina secondo cui “la peculiarità del procedimento di formazione” della pronuncia referendaria e “il suo immediato collegamento con la volontà sovrana del popolo” pongono tale atto “in una posizione assolutamente unica, [...] con una forza dunque prevalente di fronte ad atti che non presentino identità di procedimento”¹²³. In tale impostazione, infatti, la forza peculiare di cui il referendum è dotato finisce, in ultima analisi, per radicarsi in quella volontà popolare che, correttamente definita popolare, rintraccia proprio nella consultazione referendaria una delle sue più significative espressioni. In questa direzione, allora, ancora più convincente pare la tesi che ritiene il limite giustificato dal fatto che “l’effetto abrogativo del referendum è espressione originale di sovranità del corpo elettorale”¹²⁴. Diversamente da quanti finiscono in qualche misura per negare che gli esiti della consultazione referendaria siano costringitivi della discrezionalità legislativa, sostenendo che

¹²⁰ Sul punto, per un approfondimento, A Pizzorusso, *Minoranze e maggioranze*, Torino, Einaudi, 1993, p. 26 ss.

¹²¹ Così M. Volpi, *Referendum nel diritto costituzionale*, cit.

¹²² G. De Vergottini, *Diritto costituzionale*, VII ed., Padova, Cedam, 2010, p. 233.

¹²³ F. Cuocolo, *Note introduttive sul referendum*, cit., p. 170 ss.

¹²⁴ In questo senso, R. Dickman, *La Corte conferma il divieto di ripristino della legislazione abrogata con referendum*, in *Federalismi.it*, n. 23/2012.

“a valle dell’abrogazione popolare il processo nomodinamico non subisce un arresto, né sul piano ermeneutico, né su quello della produzione normativa, ma può svolgersi seguendo una pluralità di scelte possibili, da cui va esclusa solo l’eventualità della riproduzione della disciplina abrogata”, quella che guarda al referendum quale “espressione originale della sovranità popolare”¹²⁵, ed in ragione di ciò ne giudica particolarmente incisivi gli effetti prodotti sul piano legislativo, pare potersi dire la tesi più convincente. A differenza delle altre, infatti, essa recupera il senso proprio di quella democrazia diretta¹²⁶ di cui l’istituto referendario è mezzo espressivo per antonomasia. Sia chiaro: non si tratta di contrapporre questa alla democrazia rappresentativa. Piuttosto, si tratta di intendere la *ratio* sottesa alla stessa previsione costituzionale dell’istituto referendario *de quo*, evitando di svuotarne di significato gli effetti. Concludere, come pure fa parte della dottrina¹²⁷, per l’assenza di un qualsiasi vincolo significherebbe privare di ogni contenuto tale previsione. Men che mai tale conclusione sembra possa fondatamente basarsi sull’assenza nel testo fondamentale anche solo di un accenno ad esso, dovendosi intenderlo implicito nel dettato costituzionale. Solo in questo modo, infatti, la disposizione finisce per assumere una portata coerente con la previsione stessa di un possibile ricorso all’istituto referendario.

Tra l’altro, la conclusione appena sposata, a favore del riconoscimento di un effetto vincolante della consultazione referendaria a carico del legislatore, pare ancor più difficile da scardinare laddove si consideri l’importante partecipazione popolare registratasi in occasione della consultazione sulla privatizzazione dei servizi pubblici, e tra questi del servizio idrico, svoltasi nell’ormai lontano giugno del 2011¹²⁸. Contraddicendo quella che è ormai una tendenza di lungo periodo, che vede l’istituto referendario soffrire di una certa

¹²⁵ In questi termini, P. Carnevale, *Il vincolo referendario di non riproduzione della normativa abrogata fra giurisprudenza costituzionale e dottrina*, cit., p. 444.

¹²⁶ In dottrina, sul tema, cfr. G. Amato, *La sovranità popolare nell’ordinamento*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1962, p. 103 ss.; C. Mezzanotte e R. Nania, *Referendum e forma di governo in Italia*, in *Democrazia e diritto*, 1981, p. 51 ss.; A. Di Giovine, *Democrazia diretta e sistema politico*, Padova, Cedam, 2001; N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi, 2005; T.E. Frosini, *Forme di governo e partecipazione popolare*, Torino, Giappichelli, 2006; G. Sartori, *Democrazia: cos’è*, Milano, Rizzoli, 2007.

¹²⁷ Il richiamo, qui, è a T.F. Giupponi, *Il “giudizio di legittimità” sull’esito referendario e i limiti al legislatore*, in R. Pinaridi (a cura di), *Le zone d’ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull’ammissibilità del referendum abrogativo*, cit., il quale afferma: “Sembra [...] che nessun vincolo giuridico possa essere generalmente affermato [...], e pertanto il legislatore conservi pienamente la possibilità di un intervento pro futuro in materia, anche se incoerente con l’esito referendario”.

¹²⁸ A tal proposito, si ricordi che il dato definitivo, sul totale dei seggi scrutinati negli 8.092 comuni italiani, registra che l’affluenza alle urne è stata circa del 57%. Risultati dello scrutinio: ‘Sì’ 25.935.372 (95,35%) – ‘No’ 1.265.495 (4,65 %). Tale dato si ricava dal sito ufficiale del Ministero degli Interni, all’indirizzo: [https://www1.interno.gov.it/mininterno/export/sites/default/it/sezioni/sala_stampa/speciali/altri_speciali_2/referendum_2011/index.html#:~:text=Il%20dato%20definitivo%2C%20sul%20totale,%C3%A8%20stata%20circa%20del%2057%25.&text=italiani%20all'estero\)-,Risultati%20dello%20scrutinio%3A%20S%C3%AC%2025.935.372%20\(95,495%20\(4%2C65%20%25\).](https://www1.interno.gov.it/mininterno/export/sites/default/it/sezioni/sala_stampa/speciali/altri_speciali_2/referendum_2011/index.html#:~:text=Il%20dato%20definitivo%2C%20sul%20totale,%C3%A8%20stata%20circa%20del%2057%25.&text=italiani%20all'estero)-,Risultati%20dello%20scrutinio%3A%20S%C3%AC%2025.935.372%20(95,495%20(4%2C65%20%25).)

indifferenza da parte del corpo elettorale, il cui astensionismo, infatti, molte volte massiccio, ha chiaramente palesato una forte disaffezione alle urne, e prima ancora un diffuso scetticismo rispetto alla possibilità di incidere concretamente sulle scelte che interessano l'intera collettività, il numero dei votanti che si è registrato, invece, in occasione del referendum in esame, è stato tale da consentire il superamento dello sbarramento rappresentato dal *quorum* strutturale. Soprattutto, la ferma determinazione degli stessi di contrastare le scelte governative in tema è stata così tanto incisiva sugli esiti del referendum da determinare infine l'abrogazione della disposizione che ne era oggetto. Insomma, quella espressa al tempo in senso contrario alla privatizzazione dei servizi pubblici è stata non soltanto una volontà assai diffusa all'interno del corpo sociale, ma anche largamente condivisa. Conseguentemente, negare che da essa possa esser mai derivata una qualche conseguenza sul piano delle scelte legislative successive equivarrebbe ad un azzeramento di quella stessa volontà.

Certo, resta il problema della durata temporale di quello stesso vincolo. E qui, le diverse teorie elaborate dalla dottrina nel corso degli anni hanno chiaramente dimostrato tutta la difficoltà insita nel tentativo di effettuare un corretto bilanciamento tra le istanze sottese all'istituto referendario e le prerogative proprie dell'organo parlamentare. In particolare, escludendo l'opzione di un divieto di riproposizione della norma abrogata *sine die*¹²⁹, che determinerebbe una ingiustificata cristallizzazione dell'esito referendario, contraria all'inesauribilità della funzione legislativa attribuita alle Camere oltre che ostativa della possibilità per lo stesso corpo elettorale di intervenire su un precedente voto popolare, diverse sono state le ipotesi prospettate. Tra queste, c'è quella che propone l'applicazione in via analogica del divieto di riproposizione delle richieste referendarie non approvate per cinque anni, ex art. 38, l.n. 352/1970¹³⁰, e quella che, invece, propone l'utilizzo dello stesso termine quinquennale (che evidentemente rimanda alla durata del mandato parlamentare), ma attraverso un'interpretazione adeguatrice, in modo tale da intendere l'impedimento valevole per tutto il decorso della legislatura in cui si è tenuto il referendum¹³¹. Ma, se la

¹²⁹ In realtà, secondo M. Luciani, *Art. 75*, cit., p. 675 ss., la tesi della non riproducibilità della norma abrogata in via referendaria dovrebbe giungere, per essere coerente, necessariamente alla conclusione di un divieto perenne.

¹³⁰ Tale è la tesi di C. Greca, *L'oggetto del referendum abrogativo*, in *Foro amministrativo*, 1974, p. 484 ss.

¹³¹ In questo senso C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 854; L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, Il Mulino, 1996, p. 275; A. Giorgis, *Leggi elettorali, referendum parziale e giudizio di ammissibilità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1993, p. 2210 ss.; A. Mangia, *Referendum manipolativo e vincolo al legislatore*, in *Diritto pubblico*, 1995, p. 317 ss. Analogamente, A. Manzella, *Il Parlamento*, Bologna, Il Mulino, 1977, p. 77; G.M. Salerno, *Il referendum*, cit., p. 66 ss.; F. Cuocolo, *Note introduttive*

prima tesi non appare convincente, stante la diversità tra le due fattispecie, la seconda si espone anche a più di una critica¹³², addirittura contestandosi una *incostituzionalità a tempo*, non prevista nel nostro ordinamento¹³³. È stata così altresì prospettata la possibilità di far valere la sussistenza del vincolo rebus *sic stantibus*, ritenendo quindi che il sostanziale mutamento delle condizioni presenti al momento del voto faccia venir meno il presupposto stesso della vincolatività referendaria¹³⁴. Tuttavia, anche quest'impostazione dottrinale soffre di molti limiti, e specificamente di quelli connessi all'influenza delle valutazioni politiche sul punto¹³⁵, conseguenti a definizioni incerte e difficili da accertare. Sicché, non è mancato chi, abbandonata l'idea di un vincolo predeterminato, propende per far dipendere lo stesso da una nuova consultazione popolare, dalla quale soltanto può emergere la vera volontà del corpo elettorale¹³⁶.

In tale contesto, assolutamente complesso, un dato, tuttavia, pare oggi inconfutabile.

Quando si tratta di garantire il rispetto della volontà del corpo elettorale su scelte assolutamente significative per la collettività, affidarsi e fidarsi della sola *buona volontà* della classe politica espone inevitabilmente al rischio di un possibile svuotamento di senso della consultazione attraverso la quale quella stessa volontà si è espressa. Perché, nelle mani dei politici, anche di quelli maggiormente rispettosi della volontà popolare, il tempo è uno strumento non solo utile ma molte volte prezioso per giustificare *cambi di rotta* anche

sul referendum, in AA.VV., *Studi per il XX Anniversario dell'Assemblea costituente*, Firenze, Vallecchi Editore, 1969, Vol. VI, p. 168 ss.

¹³² In effetti, a fronte di tale tesi è stato tra l'altro osservato come un nuovo mandato rappresentativo non possa equivalere ad un mandato a rivedere la precedente decisione popolare. Tale soluzione, ancor più criticabile se si considera che l'oggetto del referendum potrebbe essere una legge non deliberata dalle Camere incaricate, avrebbe altresì l'effetto di caricare lo strumento referendario di una valenza oppositiva rispetto alla logica della rappresentanza, tale da depotenziare, attraverso il voto su una singola questione, la legittimazione dell'intero organo parlamentare e di tutto il suo operato. Al riguardo, M. Luciani, *Art. 75*, cit., p. 678 ss.

¹³³ In questo senso, P. Carnevale, *La Corte e il referendum: un nuovo atto (Osservazioni sparse su taluni problemi relativi all'uso dei criteri di inammissibilità delle richieste referendarie nelle sentenze del 1993, con particolare riferimento al controllo sulla «razionale formulazione» del quesito abrogativo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1993, p. 2279 ss.

¹³⁴ In questo senso, E. Tosato, *Sovranità del popolo, e sovranità dello stato*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1957, p. 27 ss.; S. Galeotti, (voce) *Controlli costituzionali*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 337 ss.; F. Cuocolo, *Note introduttive sul referendum*, cit., p. 168 ss.; A. Pace, F. Roversi Monaco, e F. Scoca, *Le conseguenze giuridiche dei tre referendum sul «nucleare»*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1987, p. 3095 ss.; R. Pinardi, *Brevi note sull'«effettività» delle tecniche decisionali elaborate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia legislativa*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto e P. Veronesi (a cura di), *«Effettività» e «seguito» delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. 2359 ss.

¹³⁵ Sul punto, A. Cariola, *Referendum abrogativo e giudizio costituzionale. Contributo allo studio di potere sovrano nell'ordinamento pluralista*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 315 ss.

¹³⁶ A tal proposito, P. Carnevale, *La Corte e il referendum: un nuovo atto (Osservazioni sparse su taluni problemi relativi all'uso dei criteri di inammissibilità delle richieste referendarie nelle sentenze del 1993, con particolare riferimento al controllo sulla «razionale formulazione» del quesito abrogativo*, cit., p. 2280, nota n. 40.

clamorosi. E la vicenda delle aziende speciali, e, tra queste, quella dell'A.B.C. (Acqua Bene Comune)¹³⁷, azienda napoletana istituita dal Comune di Napoli dopo gli esiti della consultazione referendaria del 2011, è lì ad inverare, oggi più che mai, quanto appena osservato.

5. A proposito delle aziende speciali e della strada ancora da percorrere in vista del raggiungimento della piena rispondenza delle scelte politiche alla volontà del corpo elettorale: qualche considerazione conclusiva.

Da sempre additata quale fiore all'occhiello dell'amministrazione comunale del capoluogo campano, tra le poche ad aver attuato la volontà referendaria, certamente l'A.B.C. è una realtà particolarmente nota in seno al dibattito politico-giuridico concernente i modi di gestione del servizio idrico proprio perché inveramento di quella volontà del corpo elettorale, l'aderenza alla quale è ancora oggi continuamente richiamata quale parametro cui occorre imprescindibilmente ancorare le scelte in materia.

Ciononostante, oggi, tale azienda, e con essa tutte le aziende speciali, è esposta al rischio di essere addirittura espunta dall'ordinamento giuridico italiano.

In questo senso, valgano anzitutto le considerazioni precedentemente espresse in ordine a tutti i vincoli opposti alla scelta a favore dell'auto-produzione dal disposto normativo di cui all'art 6, d.d.l. concorrenza, nonché, conseguentemente, riguardo al peso, in negativo, esercitato da tali vincoli sulle concrete modalità di ricorso a tale sistema gestionale. Ebbene, il giudizio critico che, sotto tali profili, è stato espresso sulla disposizione *de qua* è destinato ancor più a radicalizzarsi laddove si concentri l'analisi sulla sua effettività, *quid est* sulle condizioni alle quali questa consente agli enti locali di fare ricorso all'auto-produzione quale modalità di gestione dei servizi pubblici. E qui, il dettato normativo in esame mostra nuovamente tutti i suoi limiti. Alla luce, infatti, del dato testuale non è chiaro se lo svolgimento diretto del servizio da parte dell'ente sia sempre e comunque ammesso, o se, al contrario, sia limitato ai casi in cui il valore del servizio da rendere sia al di sotto della soglia comunitaria di riferimento di applicazione delle norme del codice dei contratti. A

¹³⁷ L'A.B.C. - Acqua Bene Comune Napoli nasce dalla trasformazione di ARIN S.p.A. in Azienda Speciale del Comune di Napoli avvenuta nell'aprile 2013. L'*iter* amministrativo seguito ai fini della costituzione di tale società, e le peculiarità del soggetto giuridico in questione sono brillantemente descritte in A. Lucarelli, *Beni comuni. Dalla teoria all'azione politica*, Viareggio, Dissensi, 2011.

ben riflettere, però, tale ultima ipotesi sarebbe in contrasto con la lettera della norma che impone quale regola generale il mercato. Sicché, la soluzione preferibile, anche perché compatibile pure con i principi costituzionali in materia, è quella per cui il modello dell'autoproduzione sia sempre e comunque possibile, rientrando poi nella discrezionalità dell'amministrazione la scelta delle concrete modalità di affidamento e gestione del servizio¹³⁸. Ma, proprio spostando di qui l'attenzione sulle diverse forme di autoproduzione previste dal nostro ordinamento, è possibile cogliere ulteriori elementi rafforzativi delle difficoltà paventate in apertura a proposito delle future possibilità di ricorso all'interno del nostro ordinamento all'azienda speciale, quale ente strumentale di quello locale, ai fini della gestione di un dato servizio pubblico. In questo senso, infatti, diversamente da quel che può dirsi con riferimento alle ulteriori forme di auto-produzione, ed in particolare a proposito del ricorso all'*in house*, che, per le sue caratteristiche, ha spinto verso la previsione dei limiti e dei controlli di cui si è detto, il ricorso, agli stessi scopi, all'azienda speciale dovrebbe invece ritenersi affrancata da una qualsiasi subordinazione alla logica concorrenziale a cui i limiti e i controlli *de quibus* si ispirano. E ciò alla luce dell'art. 43 del nostro testo fondamentale. In base a tale disposizione, infatti, la legge «può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale». È questa, in breve, la previsione a mezzo della quale la Costituzione, derogando al regime concorrenziale, stabilisce chiaramente che i servizi pubblici essenziali, ossia i servizi di interesse economico generale di cui tratta il legislatore europeo¹³⁹, possono essere gestiti attraverso

¹³⁸ Sull'equivalenza delle forme di gestione, cfr. A. Lucarelli, *L'azienda speciale e la legittima circolazione dei modelli di impresa: riflessioni a margine di due pronunciamenti della corte*, in *Foro Amministrativo*, 2014, n. 1, p. 345.

¹³⁹ Il sito ufficiale dell'Unione europea, offrendone una definizione, chiarisce che «I servizi di interesse generale sono servizi che le autorità pubbliche degli Stati membri dell'UE classificano come di interesse generale e che pertanto sono soggetti a obblighi specifici di pubblico servizio. Essi possono essere forniti dallo Stato o dal settore privato. Esempi di servizi di interesse generale comprendono: i trasporti pubblici, i servizi postali e l'assistenza sanitaria». Quindi, chiarisce: «Vi sono tre categorie di servizi di interesse generale: economici, non economici e sociali. I servizi di interesse economico generale, che sono servizi di base forniti dietro pagamento, come i servizi postali, sono soggetti alle norme in materia di concorrenza e mercato interno europeo. Tuttavia, sono possibili deroghe a tali norme qualora sia necessario per garantire l'accesso dei cittadini ai servizi di base. I servizi non economici, quali la polizia, la giustizia e i regimi previdenziali previsti dalla legge, non sono soggetti a una normativa europea specifica né alle norme sul mercato interno e la concorrenza. I servizi sociali di interesse generale sono quelli che rispondono alle esigenze dei cittadini vulnerabili, e si basano sui principi di solidarietà e accesso paritario. Essi possono essere sia di natura economica che non economica. Ne sono esempi i sistemi previdenziali, i servizi per

enti pubblici economici, qual è, appunto, l'azienda speciale¹⁴⁰. Anche se, giusto quanto osservato dalla migliore dottrina in tema, “forse, più che parlare di deroga sarebbe più corretto parlare di bilanciamento tra valori costituzionalmente garantiti. Infatti, nel bilanciamento tra libertà di iniziativa economica ex artt. 41 Cost, disciplina della concorrenza art. 117 Cost. e art 43 Cost. è ragionevole pensare che le ‘finalità di preminente interesse generale’ possano costituire un elemento ragionevole per ritenere prevalente la riserva ad un soggetto pubblico della gestione di un servizio pubblico”¹⁴¹. Ed allora, se tali conclusioni sono corrette, è indubbio che, già in sede di redazione del d.d.l. concorrenza, il Governo avrebbe dovuto operare più specifiche scelte a proposito di tale peculiare modalità di gestione dei servizi pubblici locali. Ed invece nulla. Sicché, già alla luce delle disposizioni originariamente positivizzate dall'Esecutivo nel d.d.l. *de quo*, risulta evidente che i dubbi dai quali si sono prese le mosse per discutere del futuro delle aziende speciali nel nostro sistema ordinamentale acquistano certo spessore.

E tali perplessità si accentuano ancor più oggi, in conseguenza delle previsioni positivizzate nel testo di legge delega in materia di concorrenza definitivamente approvato. Anche tale legge, infatti, pur delegando il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi di riordino della materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, anche tramite l'adozione di un apposito testo unico, nulla dice in ordine alle aziende speciali. O meglio, nulla dispone rispetto alla possibilità che, a livello locale, si faccia ricorso a tale tipo di ente pubblico economico ai fini della gestione sei servizi in esame.

Di fatto, quindi, l'assenza di un'apposita delega sul punto finisce per porre tali aziende definitivamente *fuori gioco* rispetto alla gestione dei servizi in questione.

l'occupazione e l'edilizia sociale». Tali indicazioni sono reperibili all'indirizzo: https://ec.europa.eu/info/topics/single-market/services-general-interest_it.

¹⁴⁰ “Peraltro, non è da escludersi che le Aziende Speciali possano avere natura di ente pubblico non economico, quando espletano servizi non remunerativi. È pacifico che il discrimine tra ente pubblico economico ed ente pubblico non economico è rappresentato dalla modalità con cui quest'ultimo svolge la propria attività. Infatti, avendo natura strumentale rispetto agli Enti locali, gli enti non economici devono poter “contare” sul supporto finanziario degli enti di riferimento proprio in quelle circostanze in cui viene loro richiesto di espletare servizi non in grado di condurre all'equilibrio economico, in quanto integrante la realizzazione e quindi la garanzia di fornire un livello essenziale di servizi a favore della comunità locale. Non va però dimenticato che gli enti pubblici non economici sono - ex art. 1, comma 2, d.lgs. n. 165/2001 - Pubblica Amministrazione, e questo si riflette, non poco, sulla qualificazione giuridica dell'organismo in esame” (su questa precisazione, cfr. I. Cavallini e M. Orsetti, *L'Azienda Speciale: un modello attuale per la gestione dei servizi pubblici*, in *Azienditalia*, n. 10/2019, p. 1403).

¹⁴¹ Così, A. Lucarelli, *Parere scritto*, cit., p. 10. Lo stesso Autore, del resto, già negli *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, cit., p. 89, aveva sottolineato che: «In sostanza, tali articoli vanno interpretati all'insegna della ricerca di un equilibrio tra regole della concorrenza, libero mercato e valorizzazione dell'impresa privata da una parte e salvaguardia dei diritti sociali e dei principi di solidarietà ed uguaglianza sostanziale dall'altra».

In punta di diritto, però, si tratta di una scelta assolutamente opinabile se ripensata in prospettiva sovranazionale, nonché piena di una serie importante di conseguenze sul piano della legittimità costituzionale.

Sotto il profilo, in effetti, si è già evidenziato come il diritto europeo non imponga alcun obbligo di privatizzazione per le imprese pubbliche o incaricate della gestione di servizi pubblici, caratterizzandosi, al contrario, per il principio di neutralità rispetto al regime (art. 345 TFUE), pubblico o privato, della proprietà. Conseguentemente, esso non esclude che i servizi pubblici locali siano gestiti da un soggetto di diritto pubblico qual è l'azienda speciale¹⁴². Sicché, il richiamo al diritto europeo, ed in particolare alle regole concorrenziali da esso poste, non potendo dirsi in nessun modo ostativo al ricorso a tale tipo di gestione rende, già per tale profilo, la scelta del legislatore delegato assolutamente opinabile. Anche perché, alla luce delle conferenti disposizioni costituzionali interne, ed in particolare delle considerazioni precedentemente svolte a proposito del disposto dell'art. 43 del Testo fondamentale, più correttamente dovrebbe dirsi che le regole in materia di concorrenza non potrebbero in alcun modo considerarsi incisive sul piano del ricorso a quella forma di gestione in auto-produzione di un dato servizio pubblico che è l'azienda speciale.

Peraltro, se riguardata sempre alla luce dell'ordinamento interno, la scelta legislativa in commento finisce soprattutto per interrogare sulle criticità che, sul piano della legittimità costituzionale, potranno palesarsi come proprie del decreto che il Governo verrà ad adottare sulla base delle previsioni contenute nella delega ricevuta, posto che, di fatto, in attuazione di queste stesse previsioni, si determinerà una sostanziale neutralizzazione dell'azienda speciale. Il tutto secondo una logica priva di un solido radicamento nell'ordinamento sovranazionale, contraria al più corretto bilanciamento dei beni/interessi che vengono in rilievo in materia, così come delineato in Costituzione, oltre che contraddittoria con il rilievo che a tali aziende è attribuito dal testo unico sugli enti locali¹⁴³.

E tali dubbi vanno oggi sommarsi a quelli che, già attualmente, la dottrina più attenta ha sollevato con riferimento a talune previsioni contenute nello schema di decreto legislativo delegato intanto redatto dal Governo¹⁴⁴, ed anzitutto sulle modalità prescelte dal legislatore

¹⁴² Sull'azienda speciale, cfr. F. Caponi e R. Camporesi, *L'Azienda Speciale e la gestione dei servizi comunali. Guida operativa al nuovo modello organizzativo. Con schemi di statuto*, I ed., EDK, 2013; E. Rivola e I. Cavallini, *L'azienda speciale per la governance dei servizi pubblici alla luce della recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, cit., p. 1276.

¹⁴³ Cfr. art. 114, cc. 1 e 3, T.U.E.L.

¹⁴⁴ *Schema del decreto legislativo di riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, ai sensi dell'articolo 8 della legge 5 agosto 2022, n. 118.*

delegato ai fini dell'adozione del decreto in questione. In particolare, sotto tale ultimo profilo, è bene evidenziare come all'art. 8, c. 3, la legge delega ha previsto che il relativo decreto delegato debba essere adottato «previa intesa in sede di Conferenza unificata» con riguardo all'esercizio della delega relativamente ai criteri di cui alle lettere *a), b), c), d), e), l), m), n), o), q), r), s), t)* e *v)* del c. 2, e «sentita la Conferenza medesima» per quel che concerne l'esercizio della delega relativamente ai criteri di cui alle lettere *f), g), h), i), p)* e *u)* dello stesso comma 2»¹⁴⁵. In buona sostanza, dunque, ai fini della disciplina degli ambiti materiali in essa indicati, la legge *de qua* in alcuni casi ritiene necessaria l'intesa, in altri, invece, considera sufficiente il parere. Ed è proprio il solo parere che, per quel che qui rileva, viene richiesto in relazione all'affidamento *in-house* (lett. *g*). In questo senso, però, la scelta del delegante appare più che opinabile. E non solo perché quello in esame è ambito materiale niente affatto secondario. In realtà, tale scelta appare dubbia soprattutto se ripensata alla luce delle modalità con le quali è stata al tempo definita la questione di legittimità sollevata con riferimento alla riforma Madia, posto che, come si ricorderà, quest'ultima è stata infine giudicata incostituzionale proprio in ragione dell'impiego, agli scopi qui considerati, del parere, e non dell'intesa, con la Conferenza unificata.

Peraltro, se, rispetto al profilo anzidetto, sarebbe sufficiente anche solo un ripensamento della suddivisione tra temi su cui occorre l'intesa e quelli su cui, invece, basta il parere, diversamente è a dirsi con riferimento a talune precise disposizioni intanto positivizzate dal Governo nello schema del decreto legislativo in adozione. Nei loro contenuti, infatti, queste previsioni, di cui meglio si dirà appresso, paiono talmente tanto discostarsi ovvero contraddire le conferenti previsioni della legge delega da poter ipotizzare, al riguardo, la ricorrenza di un preciso vizio di legittimità, sindacabile dalla Corte, ossia l'eccesso di delega. Tanto è a dirsi, ad esempio, anzitutto con riferimento all'art. 14, c. 2, lett. *d)*, che, nel silenzio della legge, ed anzi in assenza di qualsiasi discussione sul punto da parte del legislatore delegante, esclude espressamente il ricorso alla gestione in economia o mediante azienda speciale a proposito dei servizi c.d. a rete. Uguali se non maggiori perplessità possono del resto sollevarsi con riguardo all'art. 17, c. 2. Tale disposizione, infatti,

¹⁴⁵ Letteralmente, ai sensi dell'art. 8, c. 3, l.n. 118/2022, «I decreti legislativi di cui al comma 1 sono adottati previa intesa in sede di Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, con riguardo all'esercizio della delega relativamente ai criteri di cui alle lettere *a), b), c), d), e), l), m), n), o), q), r), s), t)* e *v)* del comma 2, e sentita la Conferenza medesima con riguardo all'esercizio della delega relativamente ai criteri di cui alle lettere *f), g), h), i), p)* e *u)* dello stesso comma 2, nonché sentita, per i profili di competenza, l'ARERA. Sugli schemi di decreto legislativo è acquisito altresì il parere delle Commissioni parlamentari competenti per materia e per i profili finanziari, che si pronunciano nel termine di trenta giorni dalla data di trasmissione, decorso il quale il decreto legislativo può essere comunque adottato».

ignorando completamente il rivolgimento intanto segnato in tema dal Parlamento a mezzo della previsione positivizzata all'art. 8, c. 2, lett. g) della legge delega¹⁴⁶, ribadisce la necessità, per il caso di affidamenti *in house* di importo superiore alle soglie di rilevanza europea in materia di contratti pubblici, «di una qualificata motivazione che dia espressamente conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato». E, sempre nel dispregio delle diverse scelte fatte dall'organo parlamentare, questa stessa disposizione, al c. 3, nel prevedere che «il contratto di servizio è stipulato decorsi sessanta giorni dall'avvenuta pubblicazione, ai sensi dell'articolo 31, comma 2, della deliberazione di affidamento alla società *in house* sul sito dell'Osservatorio per i servizi pubblici locali [...]» finisce di fatto non soltanto per gravare nuovamente l'Ente che opti a favore del ricorso all'*in house* dell'obbligo di fornire una motivazione *anticipata* di tale scelta, ma ripristina a danno dello stesso un'importante forma di controllo, che, sebbene non venga più esercitato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, a cui il testo del d.d.l. prevedeva la trasmissione della motivazione in questione, ma dall'Osservatorio dei servizi pubblici locali, nella sostanza risulta inopinabilmente invariato.

Infine, a destare più di un dubbio, in punto di legittimità, e sempre per eccesso di delega, è pure il contenuto dell'art. 19, c. 1, alla cui stregua la durata dell'affidamento a società *in house* di servizi pubblici a rete «non può essere superiore a cinque anni, fatta salva la possibilità per l'ente affidante di dare conto, nella deliberazione di affidamento cui all'articolo 17, c. 2, delle ragioni che giustificano una durata superiore al fine di assicurare l'ammortamento degli investimenti». Al riguardo, infatti, è opportuno osservare che, sebbene il c. 2 lett. f) della legge delega abbia previsto la «razionalizzazione della disciplina concernente le modalità di affidamento e di gestione dei servizi pubblici, nonché la durata dei relativi rapporti contrattuali», la limitazione temporale introdotta dal Governo in sede di attuazione della delega è da questi riferita solo ed esclusivamente alle società *in-house* per i servizi a rete, laddove invece la legge delega parlava dell'insieme dei servizi pubblici. Ed allora, se è vero che, in ciascuna delle disposizioni di cui sin qui si è detto paiono riemergere le previsioni del d.d.l. di cui si è trattato in precedenza, e con esse i molti dubbi

¹⁴⁶ Come si ricorderà, nella formulazione infine approvata dalle Camere, l'art. 8, c. 2, lett. g), l.n. 118/2022, prevedeva la necessità, per gli affidamenti di importo superiore, «di una motivazione qualificata, da parte dell'ente locale, per la scelta o la conferma del modello dell'autoproduzione ai fini di un'efficiente gestione del servizio, che dia conto delle ragioni che, sul piano economico e sociale, con riguardo agli investimenti, alla qualità del servizio, ai costi dei servizi per gli utenti, agli obiettivi di universalità, socialità, tutela ambientale e accessibilità dei servizi, giustificano tale decisione, anche in relazione ai risultati conseguiti nelle pregresse gestioni in autoproduzione».

e le tante perplessità che, sia sul piano della legittimità costituzionale, sia in prospettiva sovranazionale, sono stati formulati rispetto ad esse, è indubbio che il testo del decreto intanto redatto dall'organo governativo offra più di un motivo per ipotizzare una sua possibile impugnazione dinanzi al giudice costituzionale.

Contestualmente, alla luce delle considerazioni tutte fin qui svolte, e dei numerosi limiti di cui, in ragione di quanto evidenziato, pare ancora soffrire la regolamentazione del settore della concorrenza, può certo dirsi dimostrato che, ad oggi, purtroppo, la strada da percorrere in vista del raggiungimento (al momento utopico!) della piena rispondenza delle scelte politiche alla volontà del corpo elettorale è ancora assai lunga.

Anche se, talvolta, il problema è piuttosto quello di garantire il mantenimento di tale rispondenza.

E la vicenda dell'A.B.C. ne è un esempio paradigmatico.

Alla luce, infatti, delle osservazioni svolte a proposito dei passati attacchi sferrati (anche) ai suoi danni dal testo del d.d.l. concorrenza, nonché delle problematiche a cui, unitamente a tutte le aziende speciali, essa sarà esposta in futuro, per effetto di quanto sin qui detto, la peculiare condizione di tale azienda pare chiaramente dimostrare che, anche quando la scelta referendaria riesce infine a tradursi in *azioni* perfettamente rispondenti alla volontà del corpo elettorale, la stessa può poi essere comunque messa in discussione, laddove si affidi alla sola classe politica il compito e la responsabilità di garantire sempre e comunque il rispetto della volontà del corpo sociale.

Al contrario, la mobilitazione creatasi in occasione dell'adozione di ulteriori scelte contrarie agli interessi di tale azienda, come l'originaria mancata destinazione a suo favore dei fondi del P.N.R.R.¹⁴⁷, e più in generale quella registratasi a livello nazionale nei riguardi dell'originario provvedimento normativo in materia di concorrenza, paiono offrire un insegnamento importante.

L'unico verso argine alla deriva privatizzatrice dei diversi legislatori succedutisi nel corso degli anni, specie nell'ambito della gestione dei servizi pubblici, e di quello idrico in particolare, è la costante, attenta e critica azione di comitati, associazioni, ma anche singoli cittadini contro i continui tentativi di scippo ai *contenuti normativi e sociali* della

¹⁴⁷ Si ricorderà che il 18 maggio scorso, alla scadenza del primo bando del P.N.R.R., l'E.I.C. (ossia, il Consiglio Europeo per l'Innovazione) ha approvato la delibera di adozione delle proposte progettuali dei cinque gestori dell'acqua, escludendo quelle di A.B.C. Napoli perché non conformi ai requisiti richiesti. In forza di tanto, l'Azienda era destinata a perdere 50 milioni di euro, fondamentali per l'ammodernamento delle reti idriche, con una ricaduta inevitabile sui cittadini, destinati a vedere allontanarsi le possibilità di ammodernamento delle infrastrutture obsolete.

consultazione referendaria del giugno 2011. Perché, contro ogni scetticismo, proprio queste forme di controllo sono quelle che, pur tra mille difficoltà, spesso ottengono risultati insperati. Certo, non sempre sono risultati rispondenti alle aspettative. Ma, il loro conseguimento è comunque sempre espressivo di una *sorveglianza attiva* esercitata della cittadinanza sull'operato dei governanti. Soprattutto, il cambio di rotta da parte di questi, per quanto anche solo minimale, è in ogni caso un segno tangibile del peso che quel controllo ha infine esercitato sulle scelte di chi governa. E la rideterminazione delle scelte a favore di una partecipazione anche dell'A.B.C. ai finanziamenti previsti dal P.N.R.R.¹⁴⁸, così come gli emendamenti apportati al d.d.l. concorrenza, in sede di definitiva approvazione della legge, lo dimostrano chiaramente.

Conseguentemente, è solo percorrendo questa strada che, per il futuro, pare possibile contrastare la definitiva approvazione di talune controverse previsioni dell'emanando decreto, quali quelle analizzate, oltre che la produzione di certi effetti ad esso riconducibili, di cui pure si è detto, e rendere la disciplina che infine sarà adottata perfettamente coerente e rispondente non solo con il quadro normativo europeo, ma soprattutto con il catalogo assiologico accolto in Costituzione. E ciò a meno che, riproponendo uno schema che, soprattutto con riferimento alla normativa in materia di gestione dei servizi pubblici, e di quello idrico in particolare, sembra caratterizzarne da sempre l'evoluzione, non si voglia infine rimettere alla Corte la soluzione dei dubbi di legittimità prospettati.

Abstract: Lo scritto muove da una disamina delle disposizioni contenute nel disegno di legge per il mercato e la concorrenza 2021, e, dopo aver evidenziato le molte problematiche

¹⁴⁸ Significativa al riguardo è stata la presa di posizione del Comitato acqua pubblica Napoli - Coordinamento campano per la gestione pubblica dell'acqua, il quale, in un comunicato del 19 maggio 2022, ha duramente ammonito: «È grave e inaccettabile quello che ieri pomeriggio, 18 maggio, è accaduto nella seduta dell'esecutivo dell'EIC: alla scadenza del primo bando del PNRR, l'EIC approva la delibera di adozione delle proposte progettuali dei cinque gestori dell'acqua, escludendo quelle di ABC Napoli perché non conformi ai requisiti richiesti. Motivazione non giustificata perché, appena una settimana fa, sono stati riconosciuti ad ABC i finanziamenti per un PON che richiedeva analoghi requisiti. Inoltre sarà il MITE a giudicare l'idoneità dei gestori dell'acqua. E così ABC Napoli perderà 50 milioni di euro, fondamentali per l'ammodernamento delle reti idriche, con una ricaduta inevitabile sui cittadini che vedranno allontanarsi le possibilità di ammodernamento delle infrastrutture obsolete. Difficile peraltro immaginare che tali investimenti possano essere sostenuti con le tariffe senza che le stesse siano oggetto di pesanti aumenti. Sostenere che ABC Napoli possa avere una ulteriore possibilità con il bando con scadenza ottobre 2022 è argomentazione a dir poco inconsistente, dal momento che il bando metterà a disposizione meno risorse, in uno scenario conseguentemente più competitivo. È altresì grave che il Sindaco Manfredi non sia intervenuto in modo più incisivo per sostenere l'ABC Napoli. Il Comitato Acqua pubblica Napoli è indignato per questa decisione vergognosa». In ogni caso è bene precisare che, infine, l'azienda in questione si è salvata anche grazie alla scelta, presa nel mese di dicembre, di approvare nel bilancio *Napoli città* il suo scorporo dal distretto metropolitano.

di talune sue disposizioni, passa ad analizzare quelle stesse disposizioni per come emendate in sede di approvazione del testo della legge delega in materia, ponendosi nella prospettiva di apprezzare la misura dell'incidenza che, sul relativo dibattito parlamentare, è stata esercitata da quanti si sono fin da subito mostrati assolutamente critici nei riguardi del testo normativo *de quo*, e specificamente della sua originaria "deriva privatizzatrice", anche perché stridente con gli esiti dell'ormai risalente consultazione referendaria sulla privatizzazione dei servizi pubblici. Il tutto nella consapevolezza che quelli a cui si è qui fatto cenno sono, ancora oggi, temi di certa attualità e di grande interesse, come dimostra la discussione in seno all'Esecutivo in vista dell'attuazione della delega ricevuta, ed ancor più il testo del decreto intanto scritto e fatto circolare.

Abstract: The paper starts from an examination of the provisions contained in the 2021 market and competition bill, and, after highlighting the many problems of some of its provisions, goes on to analyze those same provisions as amended during the approval of the text of the enabling law on the subject, placing themselves in the perspective of appreciating the extent of the impact that, on the relative parliamentary debate, was exercised by those who immediately showed themselves absolutely critical of the legislative text in question, and specifically of its original "derive privatization", also because it clashes with the results of the now dated referendum on the privatization of public services. All in the awareness that those mentioned here are, still today, topics of some relevance and of great interest, as demonstrated by the discussion within the Executive in view of the implementation of the delegation received, and even more so by the text of the decree in the meantime written and circulated.

Parole chiave: Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021 – Principio della concorrenza – Servizio idrico integrato – Gestione del servizio idrico integrato – Servizi pubblici locali – Servizi di interesse economico generale – Azienda speciale.

Key words: Annual law for the market and competition 2021 – Competition principle – Integrated water service – Integrated water service management – Local public services – Services of general economic interest – Special company.

APPROCCIO HOTSPOT E HABEAS CORPUS. PROFILI COSTITUZIONALI*.

di Guglielmo Agolino**

Sommario. 1. Introduzione – 2. L’Agenda europea sulla migrazione e l’istituzione dell’approccio *hotspot*. – 3. L’attuazione della strategia dei *punti di crisi* in Italia. – 4. (...segue). Le *Standard Operating procedures* e l’identificazione della persona migrante. – 5. L’art. 10-ter, d.lgs. n. 286/1998 e il trattenimento per «rifiuto reiterato» ex l. n. 46/2017. – 6. Il nuovo trattenimento a fini identificativi nei punti di crisi introdotto dalla l. n. 132/2018. – 7. Interno *hotspot*. “*How many roads must a man walk down before you call him a man?*”. – 8. Considerazioni conclusive. La perdurante attualità della sentenza *Khlaifia c. Italia*.

171

1. Introduzione.

La gestione del fenomeno migratorio continua ad essere al centro della agenda politica europea¹ e degli Stati membri di frontiera dell’Unione, tra cui, anche l’Italia. D’altra parte, le proposte avanzate sin dall’inizio dalla nuova Commissione europea², guidata da Ursula

* *Sottoposto a referaggio.*

** Dottorando di ricerca in Scienze giuridiche – Università di Modena e Reggio Emilia. Cultore della materia in Diritto costituzionale – Università di Parma.

¹ In effetti restano ancora attuali le considerazioni di A. Patroni Griffi, *Europa e migrazioni: le sfide per il futuro dell’Unione*, in A. Patroni Griffi (a cura di), in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 1/2018.

² Il riferimento è alla Comunicazione *Un nuovo patto sulla migrazione e l’asilo* COM(2020) 609 final con cui, il 23 settembre 2020, la Commissione europea ha lanciato un nuovo piano strategico per lo sviluppo di tale politica europea nei prossimi anni. La *mission* si legge subito nel documento è quella di delineare «un approccio globale, che contempla le politiche nei settori della migrazione, dell’asilo, dell’integrazione e della gestione delle frontiere, riconoscendo che l’efficacia complessiva dipende dai progressi compiuti su tutti i fronti»; creare «processi migratori più rapidi e fluidi e una governance più forte delle politiche in materia di migrazione e frontiere, sostenuta da sistemi informatici moderni e da agenzie più efficaci»; mirare «a ridurre le rotte non sicure e irregolari e a promuovere percorsi legali sostenibili e sicuri per coloro che necessitano di protezione»; riconoscere un «nuovo patto riconosce che nessuno Stato membro dovrebbe accollarsi una responsabilità sproporzionata e che tutti gli Stati membri dovrebbero contribuire alla solidarietà su base costante». Tra i primi commenti sul nuovo patto, si vedano A. Patroni Griffi, *La gestione dell’immigrazione in Europa*, in *Federalismi.it*, n. 4/2022; P. De Pasquale, *Il Patto per la migrazione e l’asilo: più ombre che luci, ne I Post di AISDUE, II (2020)*, *aisdue.eu Focus La proposta di Patto su immigrazione e asilo*, n. 1, 5 ottobre 2020; A. Di Pascale, *Il nuovo Patto per l’immigrazione e l’asilo: scontentare tutti per accontentare tutti*, in *eurojus.it*; D. Thym, *European realpolitik: legislative uncertainties and operational pitfalls of the ‘New’ Pact on Migration and Asylum*, in *eumigrationlawblog.eu*, 28 settembre 2020; M. Borraccetti, *Il nuovo patto europeo sull’immigrazione e l’asilo: continuità o discontinuità col passato?*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1/2021.

von der Leyen, e le vicende che hanno coinvolto, all'inizio della XIX legislatura, il nuovo Governo italiano³, guidato da Giorgia Meloni, lo testimoniano.

In effetti, i flussi migratori continuano ad investire, con dimensioni alterne, l'Europa. Per stare solo alla rotta che più coinvolge il nostro Paese, quella del Mediterraneo centrale, i dati dimostrano che, dal 2014 a oggi, migliaia di persone hanno provato a raggiungere le coste italiane via mare; molti ci sono riusciti, ma oltre 25.341 persone sono partite senza mai arrivare⁴. Non sono solo numeri, ma migliaia di viaggi interrotti, vite spezzate, sogni infranti, inabissatisi nelle acque profonde del mare conosciuto più vecchio del mondo; sono morti, che non accennano a diminuire⁵.

Per “coloro che arrivano qui / sulle nostre sponde / già tormentate dal freddo / già malate e già sole” resta da intendere se, come scrive Alda Merini, “in noi / le finestre di grande speranza sono ormai chiuse”⁶ oppure, al contrario, se ne rimanga un briciolo, di speranza, per dirla con Bertolt Brecht, “in questi tempi di sanguinoso smarrimento, / ordinato disordine, pianificato arbitrio, / disumana umanità”⁷.

Il presente contributo, pertanto, intende prendere in analisi la disciplina europea ed interna relativa alla fase immediatamente successiva all'arrivo dei migranti sul territorio italiano, e dunque, europeo. In particolare, l'attenzione sarà rivolta al c.d. *approccio hotspot*. Come

³ Il riferimento è ai fatti avvenuti al porto di Catania ad inizio novembre, quando il Governo ha impedito lo sbarco dei migranti (rectius: naufraghi) a bordo delle navi Geo Barents della ONG *Medici senza frontiere* e Humanity 1 della ONG *SOS-Humanity*, a seguito di un salvataggio da queste effettuato in zona SAR libica, mediante decreto interministeriale del 4 novembre 2022 (emanato dal Ministero dell'Interno, da quello dei Trasporti e della Mobilità sostenibile e da quello della Difesa, con il quale si vietava alle navi delle ONG di «sostare nelle acque territoriali italiane oltre il termine necessario per assicurare le operazioni di soccorso ed assistenza nei confronti delle persone che versino in condizioni emergenziali e precarie condizioni di salute». Con lo stesso provvedimento il Governo appunto, ha ammesso che alcune categorie di naufraghi (donne, bambini e persone considerate fragili) venissero condotte in salvo secondo la nuova policy dello «sbarco selettivo». A seguito di questo, il Governo, sulla base del decreto testé menzionato ordinava alle navi delle ONG di procedere la navigazione ed allontanarsi dal porto di Catania; tuttavia, queste rimanevano in porto non rispettando l'ordine e, al contrario, nel rispetto del diritto internazionale, il restante «carico residuale» (queste le parole del Ministro dell'Interno in riferimento ai naufraghi ancora a bordo a seguito dello «sbarco selettivo») veniva fatto tutto sbarcare a terra. Per una primissima ricostruzione, si rinvia alla note critiche di F. Paleologo Vassallo, *Il governo italiano tenta di eseguire un respingimento collettivo illegale: non sono persone ma “carico residuale”*, in *a-dif.org*, 7 novembre 2022.

⁴ Come riportato dai dati in costante aggiornamento del *Missing Migrant Project* dell'OIM, reperibili sul sito del relativo progetto al seguente link <https://missingmigrants.iom.int/region/mediterranean>.

⁵ Come riporta l'UNHCR, infatti, nonostante oggi il numero di rifugiati e migranti che attraversano il Mediterraneo per raggiungere l'Europa sia diminuito rispetto al 2015, le traversate sono sempre più fatali. Si veda, in proposito, *Mediterraneo, aumentano i morti e le tragedie: lo rivela la rappresentazione grafica dei dati dell'UNHCR*, in [unhcr.org](https://www.unhcr.org/it/notizie-storie/notizie/mediterraneo-aumentano-i-morti-e-le-tragedie-lo-rivela-la-rappresentazione-grafica-dei-dati-dellunhcr/), 10 giugno 2022, disponibile online al seguente link <https://www.unhcr.org/it/notizie-storie/notizie/mediterraneo-aumentano-i-morti-e-le-tragedie-lo-rivela-la-rappresentazione-grafica-dei-dati-dellunhcr/>

⁶ A. Merini, *Coloro che arrivano qui*, in *Diritto, immigrazione, cittadinanza*, 3 novembre 2022.

⁷ B. Brecht, *L'eccezione e la regola*, Torino, Einaudi, 1970.

è stato notato⁸, infatti, ogni ragionamento relativo alla gestione del fenomeno migratorio, si intreccia inevitabilmente con il funzionamento di tale approccio, degli *hotspot* e delle pratiche operate al loro interno, lungo quello che è solo il primo anello, a terra, del c.d. *migration management*⁹.

2. L'Agenda europea sulla migrazione e l'istituzione dell'approccio *hotspot*.

L'esigenza "di agire rapidamente e con determinazione di fronte alla tragedia umana che si consuma in tutto il Mediterraneo"¹⁰ e salvare vite umane, intensificando l'azione dell'Unione europea¹¹, ha condotto la Commissione europea a lanciare, nel maggio del 2015, un nuovo approccio unionale al fenomeno migratorio attraverso la pubblicazione dell'Agenda europea sulla migrazione.

Un nuovo approccio basato su quattro pilastri a) lotta decisa all'immigrazione irregolare, alla tratta e al traffico di migranti; b) potenziamento della sicurezza delle frontiere esterne dell'Unione; c) forte politica comune di asilo e d) nuova politica europea di migrazione legale.

Un primo obiettivo dell'iniziativa della Commissione è stato l'istituzione di "un nuovo metodo basato sui 'punti di crisi'", cioè gli *hotspot*¹². Come notato¹³, tale *approccio hotspot* sarebbe stato propedeutico, in particolare, alla realizzazione di due dei pilastri sopra

⁸ L. Gennari, F. Ferri e C. Caprioglio, *Dentro e oltre l'approccio hotspot. Brevi riflessioni su funzionamento e significato del sistema degli hotspot in Italia*, in *Studi sulla Questione criminale online*, 14 marzo 2018.

⁹ *Ibidem*. Secondo gli A., infatti, "fare riferimento all'approccio *hotspot* consente di mettere a fuoco la natura duale che caratterizza il concetto di '*hotspot*': un luogo istituzionale, la cui funzione è 'ricevere' e gestire gli sbarchi e, allo stesso tempo, un insieme di pratiche di matrice governamentale che trovano applicazione".

¹⁰ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, COM(2015) 240 final, *Agenda europea sulla migrazione*, Bruxelles, 13 maggio 2015, p. 4.

¹¹ Come espresso nella Dichiarazione del Consiglio europeo del 23 aprile 2015, a cui è seguita pochi giorni dopo una risoluzione nel medesimo senso da parte del Parlamento europeo.

¹² Gli *hotspot*, invero, erano già stati indicati, sotto la veste di «hot spot situations», per la prima volta in documento ufficiale nell'ambito di una ricerca commissionata nel 2013 dalla Direzione generale per la migrazione e gli affari interni della Commissione europea all'impresa multinazionale Unisys al fine di valutare l'attuazione del regolamento istitutivo di Frontex. Inoltre, prima di essere contenuti nell'Agenda europea per la migrazione, erano stati pure inseriti in una nota informale del Commissario europeo alla giustizia e affari interni D. Avramopoulos. Per una ricostruzione accurata si v. G. Campesi, *Sicurezza, democrazia e diritti in Europa*, in *Studi sulla questione criminale*, n. 3/2016. La vicenda è anche ben ricordata in M. Benvenuti, *Gli hotspot come chimera. Una prima fenomenologia dei punti di crisi alla luce del diritto costituzionale*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2/2018.

¹³ S. Penasa, *L'approccio 'hotspot' nella gestione delle migrazioni: quando la forma (delle fonti) diviene sostanza (delle garanzie). efficientismo e garantismo delle recenti politiche migratorie in prospettiva multilivello*, in *Rivista AIC*, n. 2/2017, p. 3.

menzionati: la riduzione degli incentivi alla migrazione irregolare e la creazione di una forte politica comune di asilo.

In tali punti di crisi, “l’Ufficio europeo di sostegno per l’asilo (EASO), Frontex ed Europol lavoreranno sul terreno con gli Stati membri in prima linea per condurre con rapidità le operazioni di identificazione, registrazione e rilevamento delle impronte digitali dei migranti in arrivo”¹⁴. Una fase, dunque, cruciale anche per la determinazione dello *status* del migrante che, a valle delle operazioni, viene ad essere considerato come richiedente asilo o protezione internazionale¹⁵ oppure come irregolare sul territorio dell’Unione¹⁶.

L’istituzione di tale approccio, confermata nelle conclusioni del Consiglio europeo del mese successivo¹⁷, ha da subito reso evidenti alcune criticità.

La prima criticità atteneva all’*an* di tali punti di crisi, cioè alla loro natura giuridica. Essi, a seconda dalla loro funzione, venivano definiti dai documenti ufficiali quali “metodo”¹⁸,

¹⁴ *Agenda europea sulla migrazione*, cit., p. 7.

¹⁵ In questo caso, avviandosi la procedura di richiesta di asilo o protezione internazionale, per la quale si attiveranno anche i funzionari dell’EASO, a sostegno dell’autorità dei Paesi membri competenti, al fine di rendere più rapida la trattazione delle domande. In questo senso, si v. COM(2015) 240 final, *Agenda*, cit., p. 7, secondo cui, appunto «Chi presenterà domanda di asilo sarà immediatamente immesso in una procedura di asilo cui contribuiranno le squadre di sostegno dell’EASO trattando le domande quanto più rapidamente possibile».

¹⁶ Attivandosi, inoltre, la procedura di rimpatrio, con il supporto di Frontex a cui sono demandate funzioni di controllo. COM(2015) 240 final, *Agenda*, cit., p.7 «Per chi invece non necessita di protezione, è previsto che Frontex aiuti gli Stati membri coordinando il rimpatrio dei migranti irregolari».

¹⁷ Riunione del Consiglio europeo (25 e 26 giugno 2015) – Conclusioni EUCO 22/15.

https://www.consilium.europa.eu/media/21705/euco-conclusions_26062015_it.pdf

¹⁸ Come nota M. Benvenuti “costituiscono uno strumento di designazione e di qualificazione degli stranieri alla stregua di quanto stabilito nel diritto sovranazionale” attraverso cui “identificare, registrare e rilevare le impronte digitali di quanti attraversano in maniera irregolare le frontiere esterne dell’Unione europea” e suddividerli tra richiedenti a) la protezione internazionale a cui è riservata la procedura di ricollocazione b) richiedenti la protezione internazionale secondo quanto previsto dal *Regolamento di Dublino* (regolamento n. 604/2013/UE) e quindi destinati a rimanere nello Stato membro competente per l’esame delle relative domande; c) stranieri non richiedenti la protezione internazionale, “per ciò stesso (e per ciò solo) confinati in una perdurante condizione di irregolarità” M. Benvenuti, op. cit., p. 5. Sugli *hotspot* come *metodo*, si rinvia, inoltre, alle considerazioni di C. Leone, *La disciplina degli hotspot nel nuovo art. 10 ter del d.lgs. 286/98*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2/2017.

“operazione”¹⁹, “struttura”²⁰, “situazione”²¹, tanto da essere stati icasticamente paragonati alla Chimera narrata da Omero nel sesto libro dell’Iliade: in parte leone, serpente, capra²². Si è parlato, in proposito, di “quadruplici classificazione”²³ della loro natura giuridica, una quadripartizione che ha finito per creare, come si dirà, difficoltà non irrilevanti nella determinazione della disciplina applicabile nei Paesi membri ove sono stati realizzati, tra cui appunto l’Italia.

In questa prospettiva, i punti di crisi venivano configurati come “prototipi di una vera gestione comune della migrazione a livello europeo”²⁴ nei quali si attua un *triage umanitario*²⁵, per il tramite dell’identificazione, attraverso cui separare, chi arriva alla frontiera dell’Europa, tra richiedenti asilo e irregolari²⁶.

Il secondo elemento di criticità atteneva all’introduzione dell’approccio *hotspot* mediante

¹⁹ In quanto essi “si caratterizzano per la contestuale presenza di pubblici agenti dello Stato membro interessato (in primis, per quanto riguarda l’Italia, la polizia di frontiera) e delle istituzioni sovranazionali (in particolare, l’Easo, Frontex ed Europol)”. M. Benvenuti, op. cit., p. 4. L’A., inoltre, rinvia alle considerazioni fatte dal Capo del Dipartimento per le libertà civili e l’immigrazione del Ministero dell’interno, M. Morcone, nell’ambito dell’audizione pubblica in *Commissione parlamentare di inchiesta sul sistema di accoglienza e di identificazione, nonché sulle condizioni di trattenimento dei migranti nei Centri di accoglienza, nei Centri di accoglienza per richiedenti asilo e nei Centri di identificazione ed espulsione*, secondo sui l’approccio *hotspot* è “niente di più che un assetto di lavoro in comune” *Audizione del Commissario europeo per le migrazioni*, in Senato, XVII legislatura, Commissioni congiunte 1a del Senato della Repubblica e I della Camera dei deputati, 5 dicembre 2015, cit. p. 9.

²⁰ Sotto questa angolatura i punti di crisi vengo assunti nella loro dimensione edilizia, cioè in quanto luoghi fisici in cui gli stranieri vengono collocati alla frontiera. D’altra parte, è la stessa definizione normativa contenuta a livello europeo che li definisce quale *zona* (art. 2, n. 10, regolamento n. 1624/2016/UE), poi abrogato e ora in regolamento. n. 1896/2019/UE, art. 2, n. 23.

²¹ In questa prospettiva, invece, occorre far riferimento all’8-bis, regolamento n. 2007/2004/UE, necessaria per la loro istituzione è la presenza di «sollecitazioni urgenti ed eccezionali, specie in caso di afflusso massiccio alle frontiere esterne di cittadini di Paesi terzi che tentano di entrare illegalmente nel territorio di tale Stato membro».

²² Più esattamente, secondo il testo dell’Iliade, “che davanti era leone, dietro serpente e capra nel mezzo, e spirava fiamme di fuoco ardente”. L’accostamento è contenuto in M. Benvenuti, op. cit., p. 4.

²³ M. Benvenuti, op.cit., cit. p. 6. Secondo l’A. ciò comporterebbe “conseguenti gravi ricadute in merito alla disciplina di volta in volta applicabile agli stranieri ivi presenti” non risultando chiara né la disciplina giuridica applicabile né le modalità effettive di tali complesse e delicate operazioni.

²⁴ Così, infatti, D. Avramopoulos. *Audizione del Commissario europeo per le migrazioni*, in Senato, XVII legislatura, Commissioni congiunte 1a del Senato della Repubblica e I della Camera dei deputati, 11 dicembre 2015, p. 5, disponibile al link <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/318903.pdf> Così anche presente in M. Benvenuti, op. cit., p. 6.

²⁵ P. Pallister-Wilkins, *Hotspots and the Politics of Humanitarian Control and Care*, in *societyandspace.org*, 6 dicembre 2016, p. 3. Ora disponibile online al presente indirizzo web <https://www.societyandspace.org/articles/hotspots-and-the-politics-of-humanitarian-control-and-care>.

²⁶ Per un’attenta analisi sulle contraddizioni e le aporie che questa “dicotomia” produce, si vedano le considerazioni S. Marotta e M. D’Andrea, *Il diritto di migrare: itinerari socio-giuridici e contraddizioni nella dicotomia tra migranti «economici» e richiedenti protezione internazionale*, in A. Patroni Griffi (a cura di), *Europa e migrazioni*, cit.

un atto di natura non vincolante²⁷, quale appunto è la Comunicazione della Commissione²⁸. L'istituzione di uno strumento di risoluzione dell'*hard case*²⁹ relativo alla gestione del fenomeno migratorio, avrebbe richiesto, anziché un intervento di *soft law*, di procedere con atto di carattere vincolante. Difatti, nel tentativo di dare una copertura legale, un loro (minimo) quadro normativo, pur senza farvi menzione esplicita, è stato inserito all'interno della decisione n. 1523/2015/UE assunta del Consiglio appena qualche mese dopo il lancio dell'Agenda europea per la migrazione³⁰.

In essa veniva indicata come base legale di tale quadro normativo gli artt. 78, c. 3. e 80 TFUE. In particolare, il primo, secondo cui «qualora uno o più Stati membri debbano affrontare una situazione di emergenza caratterizzata da un afflusso improvviso di cittadini di Paesi terzi, il Consiglio, su proposta della Commissione, può adottare misure temporanee a beneficio dello Stato membro o degli Stati membri interessati»³¹.

Venivano, inoltre, indicate le attività che le Agenzie possono essere chiamate a svolgere dentro i punti di crisi. In particolare, attività di *screening* dei migranti, fornitura di informazioni ai richiedenti (o potenziali richiedenti) suscettibili di ricollocazione e assistenza specifica preparazione e organizzazione delle operazioni di rimpatrio (l'art. 7 della decisione).

La lacuna, invero per il tramite della decisione n. 1523/2015/UE solo in parte colmata³², è stata ulteriormente ridotta³³ dall'approvazione del regolamento n. 1624/2016/UE del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla Guardia di frontiera e costiera europea.

Con tale Regolamento si è inserita, a livello normativo, una più solida definizione di *punti di crisi*, definiti come «una zona in cui lo Stato membro ospitante, la Commissione, le agenzie dell'Unione competenti e gli Stati membri partecipanti cooperano allo scopo di gestire una sfida migratoria sproporzionata, reale o potenziale, caratterizzata da un aumento significativo del numero di migranti in arrivo alla frontiera esterna»³⁴, individuando così

²⁷ A. Algostino, *La soft law comunitaria e il diritto statale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/ 2016. Essi, infatti, come notato anche in altra sede “sono nati come un prodotto di *soft law*”, R. Carta, *Il migration management*, in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*, 2017.

²⁸ G. Morgese, *Recenti iniziative dell'Unione europea per affrontare la crisi dei rifugiati*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 3/2015, p. 19.

²⁹ Così secondo S. Penasa, op. cit., p. 2.

³⁰ S. Penasa, op.cit., p. 4.

³¹ Sul tema, si v. I. Arnò, *Le procedure decisionali d'urgenza dell'Unione europea in tempi di crisi*, in *Eurojus.it*, 13 giugno 2017.

³² *Ibidem*.

³³ Anche se non completamente colmata, come nota M. Savino, *La crisi dei confini*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, n. 3/2016, pp. 739 ss.

³⁴ Art. 2, n. 10, regolamento n. 1624/2016/UE.

questi come meccanismo di gestione ordinaria del fenomeno migratorio³⁵.

Inoltre, si è data base legale alla determinazione dei compiti e delle prerogative dei soggetti europei chiamati ad intervenire e a fissare alcuni principi per orientare le attività svolte dalle autorità nazionali nell'ambito della gestione dei flussi migratori³⁶.

Al netto di questi interventi, l'introduzione del nuovo regolamento non è stata ritenuta pienamente soddisfacente, tanto da essere classificato come poco più di una “mera metamorfosi ‘nominale’ dell’Agenzia”³⁷. A ciò si aggiunga che, anche in relazione al *modus operandi*, con cui si è preceduto a dare vita alla strategia dei punti di crisi, si è replicato, come è stato notato da attenta dottrina³⁸, un modello “nient'affatto sconosciuto alla più recente evoluzione del diritto sovranazionale”³⁹ che mette insieme atti vincolanti e atti non vincolanti, creando una novella *Troika*⁴⁰ e nuove condizionalità⁴¹, a fronte di un sistema di sostegno a favore dei Paesi più colpiti dai flussi migratori.

Nel 2019, con l'introduzione del regolamento n. 1896/2019/UE, oggi in vigore, tale copertura normativa è stata abrogata per essere da questo interamente sostituita. Tale riforma, al contrario della precedente, è sembrata andare di più verso il compimento di un corpo permanente di guardie di frontiera, con poteri esecutivi e in grado di rispondere meglio alle esigenze di sicurezza delle frontiere europee⁴².

Se la definizione di punto di crisi rimane sostanzialmente identica a quella precedente, con

³⁵ Come è stato notato si è provato a “formalizz[re] il sistema degli *hotspots*, trasformandolo in uno strumento permanente di gestione delle crisi migratorie”. F. Zorzi Giustiniani, *Da Frontex alla Guardia di frontiera e costiera europea*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2017, cit. p. 530.

³⁶ M. Benvenuti, op.cit.

³⁷ D. Vitiello e E. De Capitani, *Il Regolamento (Ue) 2019/1896 relativo alla riforma di Frontex e della Guardia di frontiera e costiera europea: da “fire brigade” ad amministrazione europea integrata?*, in *Blog della Società Italiana di Diritto Internazionale e di Diritto dell’Unione europea*, 6 dicembre 2019. In questo senso, *ut multis*, si rinvia a S. Carrera e L. den Hertog, *A European Border and Coast Guard: What’s in a name?*, in *CEPS Paper in Liberty and Security in Europe*, n. 88, marzo 2016; F. De Bruyker, *The European Border and Coast Guard: A New Model Built on an Old Logic*, in *European Papers*, Vol. 1, 2016, No 2, F. Ferraro e E. De Capitani, *The new European Border and Coast Guard: yet another “half way” EU reform?*, in *Era Forum*, 8 dicembre 2016.

³⁸ M. Benvenuti, op.cit.

³⁹ *Ibidem*, p. 12. Il riferimento, in particolare, è a una simmetria di *modus operandi* seguita anche nell'introduzione di nuove politiche monetarie, o nuove politiche economiche.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 12. Una *Troika*, composta dall'Easo, Frontex ed Europol, nel ruolo di “*watchdog*”, come rilevato da D. Vitiello, *L'azione esterna dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 3- 4/2016, p. 23.

⁴¹ *Ibid.*, p. 13. Infatti, come nota l'A., “a fronte dell'introduzione – nelle forme e nei limiti di cui si è detto – dell'istituto della ricollocazione, si pretende quale suo corrispettivo da parte dell'Italia il perseguimento di fini del tutto eccentrici rispetto ai mezzi, in primo luogo di ordine normativo, di cui il nostro ordinamento statale risulta effettivamente dotato”. Per una riflessione generale sulla centralità delle “condizionalità” nei rapporti inter-ordinamentali, si rinvia a M. Benvenuti, *Libertà senza liberazione*, Napoli, Editoriale scientifica, 2016.

⁴² Secondo l'antica idea. D. Vitiello e E. De Capitani, op. cit.

la sola specifica che esso è una zona «creata su richiesta dello Stato membro ospitante»⁴³, nel nuovo regolamento vengono meglio definiti i compiti dell’Agenzia che in essi si trova ad operare⁴⁴ e la previsione di specifiche squadre di «rinforzo tecnico e operativo»⁴⁵ per lo «Stato membro che si trovi a fronteggiare sfide migratorie sproporzionate»⁴⁶.

Esaminato così, seppur succintamente, il quadro normativo europeo, volto a disciplinare l’approccio *hotspot*, occorre ora indirizzare l’attenzione verso la traduzione, a livello statale, di tale meccanismo nel nostro ordinamento.

3. L’attuazione della strategia dei punti di crisi in Italia.

Il *modus operandi* fatto di promiscuità tra livello normativo e sub-legislativo, con cui a livello europeo si è proceduto all’introduzione dell’approccio *hotspot*, ha influenzato le linee di sviluppo di tale meccanismo anche nel nostro ordinamento.

Infatti, i punti di crisi vengono disciplinati, per la prima volta, attraverso la redazione di una *Roadmap italiana*⁴⁷ predisposta dal Ministero dell’Interno il 28 settembre 2015 e dalla successiva circolare del 6 ottobre da parte del Capo del Dipartimento per le libertà civili e l’immigrazione dello stesso Ministero⁴⁸, a cui viene allegata la *Roadmap* anzidetta. Si è

⁴³ Art. 2, n. 23, Regolamento n. 1896/2019/UE.

⁴⁴ In particolare, si rinvia all’art. 10, «Compiti dell’Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera» e nello specifico le lettera m) secondo cui «nell’ambito delle squadre di sostegno per la gestione della migrazione nei punti di crisi: i) invia personale operativo e attrezzatura tecnica per fornire assistenza nelle operazioni di selezione (screening), raccolta di informazioni (debriefing), identificazione e rilevamento delle impronte digitali; ii) stabilisce una procedura di indirizzamento alle autorità (referral) e informazione iniziale per le persone che necessitano di protezione internazionale o intendono presentare domanda in tal senso, inclusa una procedura di identificazione dei gruppi vulnerabili, in cooperazione con l’EASO e le autorità nazionali competenti».

⁴⁵ Secondo anche gli obiettivi fissati nella prima parte del considerando n. 50, «Qualora in determinate zone delle frontiere esterne si debbano affrontare sfide migratorie specifiche e sproporzionate caratterizzate dall’arrivo di ampi flussi migratori misti, gli Stati membri dovrebbero poter contare su maggiori rinforzi tecnici e operativi. Tali rinforzi dovrebbero essere forniti nei punti di crisi (*hotspot*) dalle squadre di sostegno per la gestione della migrazione».

⁴⁶ Si v. Art. 40, «Squadre di sostegno per la gestione della migrazione».

⁴⁷ Su di essa, valgano le considerazioni di M. Benvenuti. L’A., infatti, segnala che “colpisce subito, nel lettore avvezzo ai testi di fattura ministeriale, il curioso ricorso sin dall’intitolazione a un vocabolo straniero” benché esista “a livello ufficiale un’espressione corrispondente nella lingua italiana, che è propriamente tabella di marcia e che pure non viene utilizzata”. M. Benvenuti, op. cit., cit. p. 14. Nella stessa direzione, anche, il commento di L. Masera e G. Savio, *La “prima” accoglienza*, in *La crisi migratoria tra Italia e Unione europea*, in M. Savino (a cura di), *La crisi migratoria tra Italia e Unione europea: diagnosi e prospettive*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, in particolare, si v. nt. 37 p. 49. La *Roadmap*, invece, è reperibile online al seguente link <http://www.asgi.it/wp-content/uploads/2015/11/Roadmap-2015.pdf>.

⁴⁸ Con tale circolare viene resa nota, conformemente alla *Roadmap*, l’individuazione di seguenti *hotspot*: «Lampedusa, Pozzallo, Porto Empedocle e Trapani, con una capacità complessiva di 1500 posti, cui si aggiungeranno, entro la fine del 2015, anche Augusta e Taranto, con ulteriori 600 posti». La circolare, inoltre,

trattato, con tutta evidenza, di due documenti connotati per la loro *debolezza* sul piano normativo.

In particolare, quanto al primo (la *Roadmap*) è stato rilevato come esso, nella sua irritualità⁴⁹, determinasse l'attuazione delle procedure individuate dall'Agenda europea sulla migrazione, "pur non assumendo valore giuridico vincolante"⁵⁰, essendo al massimo "un documento di natura programmatico/politico" senza appunto "alcun valore normativo"⁵¹ e dalla "dubbia portata provvedimentoale"⁵².

Quanto al secondo (la circolare del Capo Dipartimento), invece, si è notato come si sia trattato di un atto privo di natura normativa, e peraltro vincolante, al contrario della *Roadmap*, solo se legittimo⁵³, tenuto conto del principio di legalità della pubblica amministrazione ricavabile dall'art. 97, c. 2, Cost.⁵⁴, e nemmeno denunciabile in Cassazione, visto la sua carenza sul piano normativo⁵⁵.

Si tratta di considerazioni, svolte dai primi commentatori, non di poco rilievo giuridico-costituzionale, tenuto conto della natura, della struttura e del tipo di operazioni eseguite attraverso tale *metodo hotspot*. Infatti, una volta che tali punti di crisi vengono definiti nella *Roadmap* quali *hotspot chiusi*, e dunque luoghi nei quali i migranti vengono sottoposti a forme di trattenimento⁵⁶, tali limitazioni della libertà personale non possono non avvenire nei modi e con le garanzie previste dall'art. 13 Cost⁵⁷, a meno di non volerle trasformare in vere ipotesi di "galera amministrativa"⁵⁸. Di conseguenza, l'assenza di una disciplina

prevede che «il meccanismo - a regime - prevede che tutti i migranti sbarchino in uno dei siti *hotspot* individuati, affinché possano essere garantite nell'arco di 24/48 ore le operazioni di screening sanitario, pre-identificazione (con accertamento di eventuali vulnerabilità), registrazione e fotosegnalamento per ingresso illegale». Reperibile online al seguente link <http://www.asgi.it/wp-content/uploads/2015/12/Circolare-prot-14106-del-06-10-2015.pdf>.

⁴⁹ L'espressione è usata da M. Benvenuti, che infatti definisce la *Roadmap* un documento "tanto rilevante quanto irrituale", si v. M. Benvenuti, op. cit., cit. p. 14.

⁵⁰ S. Penasa, op. cit., cit. p. 9.

⁵¹ C. Leone, *La disciplina degli hotspot nel nuovo art. 10 ter del d.lgs. 286/98*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2/2018, p. 8., cit. nt. 18.

⁵² M. Benvenuti, op. cit., cit. p. 14. Un documento, peraltro, come notato dallo stesso A. caratterizzato da "un inconsueto stile discorsivo".

⁵³ F. Guella, *Circolari amministrative e diritto dell'immigrazione*, in F. Cortese e G. Pelacani (a cura di), *Il diritto in migrazione*, Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza, 2017, p. 431, cit. nt. 16.

⁵⁴ M. Benvenuti, op. cit., cit. p. 14.

⁵⁵ F. Guella, op. cit., p. 431.

⁵⁶ S. Penasa, op. cit., p. 9.

⁵⁷ Sotto il profilo di "altra restrizione della libertà personale". In questo senso, vedi sia M. Benvenuti, op. cit.; che S. Penasa, op. cit., p. 13.

⁵⁸ A. Pugiotto, *La "galera amministrativa" degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, p. 578. Per una lettura attenta e completa sul tema, si rinvia in particolare a A. Del Guercio, *La detenzione amministrativa dei richiedenti asilo nel diritto dell'Ue e in quello italiano*, in G. Cataldi, A. Del Guercio e A. Liguori (a cura di), *Il diritto di asilo in Europa*, Napoli, 2014, p. 59 ss. L'A. nota come "A partire dagli anni '80 del Novecento, la detenzione amministrativa si è affermata quale

legislativa che ne determini i modi di attuazione, ha reso difficile calibrarne una loro valutazione compatibile con principi costituzionali e internazionali⁵⁹.

Per questa ragione, all'indomani dell'introduzione della *Roadmap* il dibattito si è concentrato molto attorno alla necessità di definire il corretto *status* giuridico di tali punti di crisi, al fine di poterne ricavare una disciplina, del giusto livello normativo, concretamente applicabile.

Ora, all'interno di essi, si è detto sopra, è previsto che si svolga una forma di trattenimento al fine di compiere operazioni di *screening* sanitario, pre-identificazione, registrazione e fotosegnalamento per ingresso illegale⁶⁰, ma allo stesso tempo la *Roadmap* ha previsto che in essi vi fossero presenti delle «strutture di prima accoglienza»; così, almeno nelle intenzioni, volendo fare di tali punti di crisi non tanto (o meglio, non solo) luoghi di prima breve identificazione, ma luoghi di primo ristoro e avviamento all'accoglienza. Una circostanza, come è noto tradita⁶¹, che ha fatto propendere per una qualificazione di tali punti di crisi quali "*tertium genus*"⁶² o, comunque "*sui generis*"⁶³, rispetto ai Centri già disciplinati dalla normativa vigente.

A dissipare tali incertezze, peraltro, non hanno aiutato nemmeno l'introduzione delle *Standard Operating Procedures* (SOPs) nel marzo del 2016 e dell'art. 10-ter al d.lgs n. 286/1996 (c.d. *Testo unico sull'immigrazione*) ad opera dell'art. 17, d.l. n. 13/2017 (c.d. *decreto Minniti*).

Secondo le prime, di cui si dirà meglio, gli *hotspot* vengono intesi in due diverse dimensioni: in quanto «struttura» e in quanto «modello organizzativo». Nel primo caso quale «area designata, normalmente, in prossimità di un luogo di sbarco, nella quale, nel

strumento di gestione e di controllo dell'immigrazione. Tale misura viene di sovente disposta nei confronti dei richiedenti asilo, al momento dell'ingresso non autorizzato nel territorio statale, ai fini dell'identificazione e della verifica della nazionalità, ad esempio, o anche per prevenire la fuga nelle more della procedura di esame della domanda". Non solo: sul tema merita di essere rilevato, come è stato attentamente osservato, che a fronte di questa amministrativizzazione l'ordinamento interno non riserva all'Avvocato strumenti adeguati al riconoscimento dei diritti dei migranti, in particolare per il riconoscimento della protezione internazionale. Sul ruolo dell'Avvocato sotto questa prospettiva, si rinvia alle approfondite considerazioni di L. Di Majo, *L'Avvocato immigrazionista. Il magistero del difensore prima, durante e dopo il procedimento di riconoscimento della protezione internazionale*, in *giustiziacivile.com*, 11/2022. L'A. nota come nell'attuale scenario "l'assistenza al migrante dell'Avvocato diventa preziosa al fine di evitare che i diritti e le libertà fondamentali non si riducano a semplici espressioni ed enunciazioni di meri principi". L. Di Majo, *ivi*, p. 19.

⁵⁹ S. Penasa, op. cit., p. 13. Nella stesso senso anche Sul punto, M. Savino, *L'"amministrativizzazione" della libertà personale e del due process dei migranti: il caso Khlaifia*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, pp. 3-4, 2015.

⁶⁰ Circolare n. 14106/2015.

⁶¹ Basti ricordare, come fa M. Benvenuti che "Ha dunque tutte le caratteristiche di un CIE, con sbarre, cancelli, reti metalliche". M. Benvenuti, op. cit. cit. p. 22.

⁶² S. Penasa, op. cit., p. 10.

⁶³ *Ibidem*, p. 11.

più breve tempo possibile e compatibilmente con il quadro normativo italiano, gli stranieri in ingresso possano sbarcare in sicurezza, in cui possano essere sottoposti ad accertamenti medici, e in seguito, possano ricevere una prima informativa cartacea sulla normativa in materia di immigrazione e asilo, [...] per poi essere, infine, controllati, pre-identificati e foto-segnalati». Quale «modello organizzativo», invece, l'*hotspot* «rappresenta un metodo di lavoro in team, attraverso il quale le autorità italiane, ovvero il personale delle Forze di polizia, il personale sanitario e le organizzazioni internazionali e non governative che lavorano a stretto contatto ed in piena cooperazione con i team europei di supporto, composti da personale incaricato da Frontex, Europol, EASO (Ufficio europeo di supporto per l'asilo), lavorano al fine di assicurare una gestione procedimentalizzata delle attività, standardizzata e pienamente efficiente, avendo di mira l'interesse a garantire le soluzioni più sostenibili per le persone in ingresso. Quest'ultima definizione convince molto di più». Secondo l'art. 10-ter, c. 1, invece, se da un lato questo si segnala per aver inserito, per la prima volta, in una disciplina di rango primario, i «punti di crisi»⁶⁴, dall'altro non ne chiarisce la loro natura, né la loro compiuta disciplina; così andando nel senso opposto rispetto a quello seguito da altri paesi europei, come la Grecia, che hanno proceduto all'approvazione di una disciplina legislativa specifica sulla materia⁶⁵.

L'art. 10-ter, semmai, si limita solo a specificare che lo straniero che oltrepassi la frontiera irregolarmente debba essere condotto presso le strutture di cui al d.l. n. 451/1995 e delle strutture di cui all'art. 9, d.lgs n. 142/2015, identificando, così, *per relationem*, la disciplina applicabile ai punti di crisi.

Secondo il disposto del primo comma dell'art. 10-ter, dunque, la disciplina dovrebbe essere

⁶⁴ In particolare, quando si prevede che «lo straniero rintracciato in occasione dell'attraversamento irregolare della frontiera interna o esterna ovvero giunto nel territorio nazionale a seguito di operazioni di salvataggio in mare» vi venga «condotto per le esigenze di soccorso e di prima assistenza».

⁶⁵ La Grecia, infatti, è intervenuta con la l. n. 4375/2016, con la quale ha disciplinato il Servizio Nazionale di Asilo (Greek Asylum Service). In particolare, in esse vengono disciplinate le procedure all'interno dei centri di identificazioni e accoglienza, per le quali viene determinata la durata massima del trattenimento che si svolge per tali fini, anche può durare solo fino a un massimo di venticinque giorni. Inoltre, viene previsto che il provvedimento di trattenimento sia in forma scritto e motivato, in fatto e diritto, anche per consentire alla persona trattenuta di poter proporre ricorso presso la competente autorità giudiziaria. La legge, ancora, si preoccupa di disciplinare le condizioni di vita dentro gli *hotspot* che devono essere corrispondente a dignità della persona, ciò anche attraverso il mantenimento dell'unità familiare, l'accesso a cure e assistenza anche psicologica e legale; il tutto attraverso sempre una informazione adeguato dei diritti della persona dentro *hotspot*, preconditione per il loro corretto esercizio. La vicenda è meglio riportata in S. Penasa, op. cit., p. 18-19. L'A. non omette di rilevare tuttavia che «pur dovendosi evidenziare le criticità che a livello operativo si possono riscontrare nei centri adibiti all'approccio *hotspot* in termini di accesso effettivo alle procedure di asilo e di condizioni di vita al loro interno, appare positivo che l'ordinamento greco abbia previsto una disciplina ad hoc in materia, fornendo - quantomeno potenzialmente - alle persone sottoposte a tali procedure (che possono, come nel caso italiano, comportare misure di restrizione della libertà personale) una base giuridica sulla quale fondare le proprie pretese in sede rimediale, nazionale o internazionale».

orientata da quella relativa ai Centri introdotti dalla c.d. *legge Puglia* o ai Centri governativi di prima accoglienza. Tuttavia, sia i primi, che i secondi, non possono considerarsi giuridicamente alla stregua di *hotspot*, in quanto – al contrario di quanto previsto dalla *Roadmap* per i punti di crisi – in entrambi i casi non si tratta di centri chiusi; cosicché “da un siffatto incastro di rinvii normativi”⁶⁶ o, se si vuole, “di scatole cinesi”⁶⁷ non è possibile fornire al trattenimento dello straniero nei punti di crisi alcuna base legale⁶⁸. Un non conforme rinvio alla disciplina esistente, che è stato definito come “un vero e proprio elemento di incoerenza nella complessa architettura del sistema d’accoglienza italiano”⁶⁹. La mancanza di una specifica e dettagliata disciplina, dunque, si è accompagnata persino ad una non certa chiarezza sulla natura giuridica degli *hotspot*, ponendo così le procedure in esse compiute “su un crinale normativamente incerto”⁷⁰, al di fuori di qualsiasi reale base legale, in un “limbo normativo”⁷¹, in una “zona franca”⁷², in una vera propria “terra di nessuno”⁷³.

Una condizione da Giano bifronte “a metà tra i Centri di prima accoglienza [...] e i Centri di identificazione ed espulsione”⁷⁴, propri “ibridi giuridici”⁷⁵ o “ircocervo normativo”⁷⁶, che determina una lacuna costituzionalmente insostenibile, viste le limitazioni di diritti fondamentali cui lo straniero viene sottoposto, come si dirà meglio, al suo interno.

4. (...segue). Le *Standard Operating Procedures* e l’identificazione della persona migrante.

L’approccio *hotspot*, da subito, ha destato dunque non poche perplessità, e non solo in

⁶⁶ S. Penasa, op. cit., p. 19.

⁶⁷ Scheda a cura di G. Savio, *Il trattamento riservato ai migranti sbarcati sulle coste italiane*, in *Associazione per gli studi Giuridici sull’immigrazione*, giugno 2018, p. 5.

⁶⁸ S. Penasa, op. cit., p. 19.

⁶⁹ Così la memoria depositata dall’UNHCR nell’ambito dell’esame del d.d.l. AS 2705 (*decreto Minniti-Orlando*), in AP Senato, XVII legislatura, 2a Commissione permanente, 7 marzo 2017.

⁷⁰ M. Benvenuti, op. cit., p. 20.

⁷¹ A. Mangiaracina, *Una “nuova” forma di detenzione per l’identificazione dei migranti*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2017, p. 601.

⁷² L. Masera e G. Savio, op. cit., p. 46, cit. nt. 54.

⁷³ M. D’Andrea, *Migranti e “hotspot”*, in *Economia e politica*, 2017, p. 3.

⁷⁴ B. Gornati, *Le nuove forme di trattenimento dello straniero irregolare in Italia*, in *Dir. um. e dir. int.*, 2016, p. 477.

⁷⁵ S. Penasa, op. cit., p. 15.

⁷⁶ D. Loprieno, *Il trattenimento dello straniero alla luce della l. n. 132 del 2018*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1/2019, p. 30.

relazione agli aspetti sino a qui esaminati⁷⁷. In effetti, anche il tema dell'identificazione del migrante, appena sbarcato, è stato, sin dalla prima attuazione dell'approccio *hotspot*, uno dei nodi delicati.

Nei mesi successivi alla introduzione dell'approccio *hotspot*, la Commissione europea aveva aperto dei procedimenti di infrazione, anche contro l'Italia, per mancato recepimento ed attuazione del Sistema europeo comune di asilo⁷⁸. In particolare, la Commissione europea chiedeva all'Italia di attuare correttamente il regolamento n. 603/2013/UE (c.d. *Regolamento Eurodac*), che disciplina il rilevamento delle impronte digitali dei richiedenti asilo⁷⁹ e la trasmissione dei dati al Sistema centrale chiamato, appunto, "Eurodac"⁸⁰.

Per rispondere a tale criticità il Ministero dell'Interno⁸¹, nel marzo del 2016, ha adottato le *Standard Operating Procedures* (SOPs), e cioè "un altro singolare documento"⁸² col quale si è cercato di meglio individuare le procedure da attuare a seguito dello sbarco dei migranti e del loro trasferimento presso i punti di crisi.

Si tratta di un documento⁸³, di natura amministrativa, che non si limitava *positivizzare* le

⁷⁷ Da subito denunciate da autorevoli soggetti istituzionali, Senato della Repubblica, XVII legislatura, Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani, *Rapporto sui centri di identificazione ed espulsione in Italia*, febbraio 2016, pp. 17 ss.

⁷⁸ In una comunicazione della Commissione europea del 15 dicembre 2015 si chiedeva all'Italia di «incrementare gli sforzi, anche a livello legislativo, per assicurare una cornice legale allo svolgimento delle procedure previste per l'*hotspot* con particolare riferimento all'uso della forza per il rilevamento delle impronte nei confronti di chi si rifiuta in modo da ridurre i tempi di permanenza nelle strutture e si ribadisce che l'obiettivo da perseguire nel più breve tempo possibile è quello del 100% delle identificazioni dei migranti sbarcati». Senato della Repubblica, Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani, *Rapporto sui centri di identificazione ed espulsione in Italia*, cit. p. 23.

⁷⁹ In verità disciplina "l'obbligo in capo agli Stati di procedere al rilevamento delle impronte digitali di tre categorie di soggetti: i richiedenti protezione internazionale (art. 9), le persone fermate durante l'attraversamento irregolare delle frontiere esterne (art. 14) e i cittadini di paesi terzi illegalmente soggiornanti nel territorio dello Stato (art. 17), purché di età superiore ai 14 anni" (A. Mangiaracina, *Una "nuova" forma di detenzione per l'identificazione dei migranti*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2017, p. 601).

⁸⁰ Si tratta del regolamento n. 603/2013/UE che istituisce l'omonimo sistema informatico per il confronto delle impronte digitali, in funzione dell'applicazione del regolamento n. 604/2013/UE (c.d. *Dublino III*) che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un Paese terzo o da un apolide e per le richieste di confronto con i dati Eurodac presentate dalle autorità di contrasto degli Stati membri e da Europol, a fini di contrasto dell'immigrazione irregolare.

⁸¹ In particolare, ad opera del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione e dal Dipartimento della pubblica sicurezza del Ministero dell'interno.

⁸² L'espressione è contenuta in M. Benvenuti, op. cit., p. 15. L'A. nota, infatti, che "non si saprebbe come qualificarlo altrimenti, da un punto di vista giuridico", non essendo peraltro nemmeno allegato ad una circolare del Capo Dipartimento, come invece accaduto con la *Roadmap* nell'ottobre del 2015.

⁸³ Si tratta, come si legge nell'incipit del documento, di Procedure operative standard applicabili agli «*hotspots* italiani» e «redatte dal Ministero dell'Interno, Dipartimento per le Libertà civili e l'Immigrazione e Dipartimento della Pubblica Sicurezza» a cui «hanno fornito preziosi contributi per la redazione del documento la Commissione Europea, Frontex, Europol, EASO, UNHCR e IOM».

prassi di polizia già in atto⁸⁴, ma che aspirava ad essere una “guida operativa per le attività organizzate all’interno degli *hotspots*”⁸⁵.

Le procedure, in esso contenute, possono essere distinte in tre momenti cruciali⁸⁶: l’individuazione e la separazione delle persone sbarcate tra richiedenti asilo e migranti considerati irregolari; l’identificazione anche attraverso il rilevamento delle impronte digitali; il trasferimento successivo, a seconda del *status* giuridico⁸⁷.

Ora, in relazione alla seconda delle ipotesi, e cioè il trattenimento ai fini dell’identificazione, deve rilevarsi come essa abbia riguardato una dimensione costituzionale invero assai delicata perché “investe sotto un diverso profilo il rispetto dell’habeas corpus degli stranieri presenti nei punti di crisi”⁸⁸.

Le SOPs hanno previsto, a riguardo, che la persona possa “uscire dall’*hotspot* solo dopo essere stata foto-segnalata concordemente con quanto previsto dalle norme vigenti, se sono state completate tutte le verifiche di sicurezza nei database, nazionali ed internazionali, di polizia”.

Ora, in materia di fotosegnalazione dello straniero, nel nostro ordimento il perimetro normativo è dettato del combinato disposto tra l’art. 5, cc. 2-*bis* e 4-*bis* e l’art. 6, c. 4, d.lgs. n. 286/1998. Il primo, infatti, prevede che lo straniero che voglia richiedere o rinnovare il permesso di soggiorno debba essere sottoposto a rilievi fotodattiloscopici; mentre il secondo prescrive che «qualora vi sia motivo di dubitare della identità personale dello straniero, questi è sottoposto a rilievi fotodattiloscopici e segnaletici». Tale perimetro si orienta all’interno di una disciplina multilivello ove è presente in materia il già ricordato regolamento n. 603/2013/UE, Regolamento *Eurodac*, che impone la trasmissione dei dati dei rilevamenti devono essere effettuati «quanto prima» e comunque non oltre le 72 ore

⁸⁴ F. Vassallo Paleologo, *Nuovo Regolamento “SOP” per l’“Approccio Hotspot”*, 2016, p. 4.

⁸⁵ Quantomeno curioso è il *caveat* che viene precisato nell’*incipit*. Si aggiunge, in conclusione, che “in caso di discrepanze fra questo documento e la legislazione vigente, si applica quest’ultima”. Un aspetto, invero lapalissiano, e che “desta sorpresa non tanto per l’ovvietà dell’assunto, quanto piuttosto per la prospettazione in un atto del Ministero dell’interno, espressa a mo’ di *caveat* preventivo, che “discrepanze”, magari per mera ipotesi, possano comunque esservi” (M. Benvenuti, op. cit., cit. p. 16).

⁸⁶ Per una simili classificazione, si rinvia a C. Leone, op. cit., pp. 10-11. Secondo l’A. “Questi provvedimenti prevedono tre fasi cruciali: un primo screening per separare i richiedenti asilo dagli altri considerati migranti irregolari; il rilevamento delle impronte digitali delle persone; il loro successivo trasferimento, a seconda del loro status giuridico”.

⁸⁷ Che, secondo le SOPs può essere classificato in quattro diverse categorie: «(1) richiedente asilo; (2) richiedente asilo che può fruire della procedura di ricollocazione; (3) minore straniero non accompagnato, vittima di tratta o persona con vulnerabilità oppure (4) persona destinataria di un ordine di rimpatrio eventualmente destinataria di un divieto di ingresso».

⁸⁸ Così, infatti, M. Benvenuti, op. cit., cit. p. 25. Sul tema si rinvia anche alle considerazioni di A. Natale, *I migranti e l’habeas corpus alla prova delle emergenze*, in *Questione giustizia*, n. 5/2013.

dall'identificazione del migrante⁸⁹.

Tuttavia, le previsioni attuate sulla base delle SOPs hanno condotto a limitazioni della libertà personale *extra legem*, o *extra ordinem*⁹⁰, stante la natura amministrativa di tale documento.

Infatti, spesso, tali operazioni di fotosegnalazione e verifiche dell'identità, si sono protratte ben oltre 48-72-96 ore, creando forti perplessità quanto alla loro compatibilità con il quadro costituzionale. Inoltre, così facendo, si è reso vano il richiamo, comunque non sufficiente, che le SOPs operavano e secondo cui le operazioni di identificazione si sarebbero dovute compiere nel più breve tempo possibile e in accordo «con il quadro normativo vigente», dunque, al massimo, nelle 48 ore previste dall'art. 13 Cost.

Si sono così create delle vere e proprie zone d'ombra, sottratte alla luce dei principi costituzionali, nelle quali si è attuata una restrizione della libertà personale illegittima, sottratta ad ogni controllo giurisdizionale, “in palese spregio dell'*habeas corpus* di cui all'art. 13 Cost. e in assenza di una base giuridica legale”⁹¹.

Non solo, come è stato notato⁹² si è, con esse, tentato di legittimare l'uso della forza da parte delle forze di polizia, prevedendo infatti il doveroso «uso della forza proporzionato a vincere l'azione di contrasto, nel pieno rispetto dell'integrità fisica e della dignità della persona»⁹³, con l'inserimento di una clausola sul finale “di difficile salvaguardia a fronte dell'impiego della ‘forza’, sia essa intesa in senso fisico o morale”⁹⁴. E ciò, lo si ripete anche qui, senza che alcun riferimento normativo, di rango primario, italiano od europeo, facesse riferimento all'uso della forza; dacché, come è stato rilevato, chiunque avesse cercato di rinvenire a livello primario una norma che ne avesse potuto giustificare l'uso negli *hotspot* sarebbe rimasto “irrimediabilmente deluso”⁹⁵.

In tema di rilievi dattiloscopici, infine, proprio in relazione alla lesione della libertà

⁸⁹ In proposito, come è stato attentamente rilevato da accorta dottrina, “Il termine di 72 ore riguarda soltanto la trasmissione dei rilievi già effettuati agli organismi europei e non autorizza di per sé alcuna forma di trattenimento, né l'uso della forza” (C. Leone, op. cit., p. 16).

⁹⁰ L'espressione è di L. Masera, *Stranieri irregolari e misure detentive; una libertà diversa?*, in AA.VV., *Libertà dal carcere, libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 90.

⁹¹ A. Mangiaracina, op. cit., p. 591.

⁹² Il riferimento è alle considerazioni di A. Mangiaracina, op. cit., che appunto nota che “*si è arrivati a legittimare l'uso della coazione da parte delle forze di polizia*”.

⁹³ *Standard Operating Procedures*, p. 15.

⁹⁴ A. Mangiaracina, *ibidem*.

⁹⁵ M. Benvenuti, op. cit., cit. p. 29. Nemmeno a ciò potrebbe valere il rinvio a norme penali, ciò poiché come notato da C. Leone, op. cit., p. 17, “l'art. 349 co. 2 bis c.p.p. consente che venga eseguito coattivamente, nei confronti di una persona sottoposta a indagini preliminari, solo il prelievo di capelli o saliva, comunque nel «rispetto della dignità personale del soggetto, previa autorizzazione del P.M.”.

personale non può ignorarsi, tuttavia, come nel 1962 con la sentenza n. 30 la Corte costituzionale abbia evidenziato come «i rilievi dattiloscopici (almeno nella forma in cui sono attualmente eseguiti in ogni Paese del mondo), non importano menomazione della libertà personale, anche se essi poss[on]o talvolta [...] richiedere una momentanea costrizione tendente alla fissazione delle impronte digitali».

In verità, come è stato rilevato da attenta dottrina⁹⁶, anche senza mettere in discussione tale risalente orientamento, e dunque tenendo in disparte l'art. 13 Cost., non può non vedersi come una disciplina legislativa in merito sarebbe comunque imposta, almeno, dal combinato disposto degli artt. 23 e 97, c. 2, Cost. Ed, infatti, in questo senso andava la stessa sentenza del Giudice delle leggi, quando sosteneva che «spetta[ss]e unicamente al legislatore [...] formulare un precetto chiaro e completo che indichi, da una parte, i poteri che, in materia di rilievi segnaletici, gli organi della polizia di sicurezza possano esercitare perché al di fuori dell'applicazione dell'art. 13 della Costituzione e, dall'altra, i casi ed i modi nei quali i rilievi segnaletici, che importino ispezione personale, ai sensi dello stesso articolo, possano essere compiuti a norma del secondo e del terzo comma del medesimo art. 13».

Non può non rilevarsi che ancora oggi, e nonostante l'evoluzione normativa di cui si è detto e si dirà, manchi una reale copertura normativa, il «precetto chiaro e completo» di cui parla la Corte, tale per cui non è da escludersi che il “monito al legislatore *illo* tempo formulato possa tradursi, oggi, in una declaratoria di illegittimità costituzionale”⁹⁷.

5. L'art. 10-ter, d.lgs. n. 286/1998 e il trattenimento per «rifiuto reiterato» ex l. n. 46/2017.

L'assenza di una vera base giuridica in tema di trattenimento della persona migrante da identificare, è sembrata, seppur all'interno di uno scenario non soddisfacente⁹⁸, secondo

⁹⁶ M. Benvenuti, op. cit., p. 33. Dello stesso tema, si occupa anche C. Leone, op. cit., p. 17.

⁹⁷ M. Benvenuti, *ibidem*. Sul tema, si rinvia inoltre anche alle considerazioni di L. Masera e G. Savio, op. cit., pp. 59 ss.; G. Pinto, *Commissione parlamentare di inchiesta sul sistema di accoglienza di identificazione, nonché sulle condizioni di trattenimento dei migranti nei Centri di accoglienza, nei Centri di accoglienza per richiedenti asilo e nei Centri di identificazione ed espulsione*, in *AP Camera*, XVII legislatura, 29 ottobre 2015, p. 15.

⁹⁸ A. Mangiaracina, op. cit., p. 594. L'A. sottolinea come “Ancorché la norma preveda che il questore debba decidere sul trattenimento ‘caso per caso’, secondo un approccio che dovrebbe essere ‘individualizzato’ ad accertare eventuali vulnerabilità e del quale dovrebbe darsi contezza sul piano motivato, è verosimile ritenere che il solo fatto del rifiuto determinerà l'applicazione della cautela e che analogo automatismo decisorio si

alcuni colmata dalle novità apportate dal menzionato d.l. n. 13/2017⁹⁹ (c.d. *decreto Minniti*).

Infatti, ancorché questo, come sopra rilevato, abbia lasciato “nell’ombra la regolamentazione del sistema *hotspot*”¹⁰⁰, ha fornito una base legale per la procedure di identificazioni richieste anche dal regolamento *Eurodac*, che è apparsa maggiormente orientata al rispetto della garanzia giurisdizionale di cui all’art. 13 Cost¹⁰¹.

Tuttavia, pur inserendo l’identificazione all’interno dei punti di crisi a livello normativo, e cioè all’interno dell’art 10-ter, c. 3, d.lgs 286/1998, la novella omette di indicare elementi fondamentali per una completa compatibilità di tale trattenimento con i principi costituzionali. Si è parlato, in proposito, di un “compromesso ancora una volta lesivo dei diritti fondamentali dei migranti e non rispondente alla certezza giuridica”¹⁰². Ciò, in quanto, la novella a) non definisce la durata massima del trattenimento; b) né le modalità con le quali lo straniero possa essere limitato della libertà personale; c) né l’assistenza linguistica per la comprensione della richiesta di protezione internazionale e/o dei suoi diritti dentro i *punti di crisi*; d) né si chiarisce in che cosa consista il «reiterato» rifiuto che integra il pericolo di fuga.

Il nuovo art. 10-ter, c. 3, come è stato notato, semmai “riconduce la detenzione entro i parametri costituzionali e convenzionali”¹⁰³ nella misura in cui viene previsto che in caso di «rifiuto reiterato dello straniero di sottoporsi ai rilievi» identificativi «il trattenimento è disposto caso per caso, con provvedimento del questore, e conserva la sua efficacia per una durata massima di trenta giorni dalla sua adozione».

Non mancano, tuttavia, gli aspetti problematici relativi anche a questa nuova formulazione.

rifletterà in sede di convalida del provvedimento, con il rischio che la garanzia giurisdizionale si risolva in una *fiction iuris*”.

⁹⁹ Convertito, con modificazioni, dalla l. n. 46/2017 recante *Disposizioni per l’identificazione dei cittadini stranieri rintracciati in posizione di irregolarità sul territorio nazionale o soccorsi nel corso di operazioni di salvataggio in mare*.

¹⁰⁰ A. Mangiaracina, op. cit., p. 594.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 593. Secondo l’A. si è trattato di una novella “a rime obbligate” poiché “a fronte delle conseguenze normative che si fanno derivare dal rifiuto, da parte degli stranieri rintracciati in occasione dell’attraversamento irregolare della frontiera interna o esterna o giunti nel territorio nazionale a seguito di operazioni di salvataggio in mare, ovvero in posizione di irregolarità sul territorio nazionale, di sottoporsi ai rilievi fotodattiloscopici e segnaletici.

¹⁰² C. Leone, op. cit., p. 21. Ciò, poiché secondo l’A. “non si definisce il tempo e le modalità entro cui il cittadino straniero da identificare possa essere limitato nella sua libertà personale, né l’assistenza linguistica per la comprensione della richiesta di protezione internazionale, né si chiarisce in che cosa consista il «reiterato» rifiuto che integra il pericolo di fuga”.

¹⁰³ A. Mangiaracina, op. cit., p. 594. In questo modo, nota l’A., l’Italia “recependo l’obbligo previsto nel Regolamento Eurodac n. 603/2013, sana la situazione di inadempienza che aveva portato all’avvio di una procedura d’infrazione”.

In particolare, la novella omette di chiarire quando il rifiuto possa considerarsi «reiterato» e, di conseguenza, quando la fattispecie che abilita al trattenimento possa considerarsi integrata¹⁰⁴, trasformando così il trattenimento in uno strumento “sanzionatorio”¹⁰⁵.

Non solo, ma ancora una volta non viene previsto espressamente a livello primario l’uso della forza («il precetto chiaro e completo») per le rilevazioni dattiloscopiche, dacché, come è stato rilevato, l’uso della forza dovrà ritenersi a tutti gli effetti di legge un atto “illegittimo e penalmente rilevante”¹⁰⁶. In ogni caso, all’eventuale uso della forza nelle attività di identificazione e di fotosegnalamento si impone, inoltre, il limite imposto dalla richiamata sentenza n. 30/1962, secondo cui tale uso della forza non può mai consistere in ispezioni corporali, né in forme di tortura, né può comportare per la persona lesioni fisiche o psicologiche di qualsiasi natura¹⁰⁷.

Una nota, invece, apprezzabile, quanto necessaria¹⁰⁸, è quella espressa, infine, dall’art. 10-ter, c. 4, secondo cui «l’interessato è informato delle conseguenze del rifiuto di sottoporsi ai rilievi». Una disposizione che si pone in assonanza con l’obbligo previsto dall’art. 5, §

¹⁰⁴ C. Leone, op. cit., cit. p. 22. Come nota l’A. “Vero è che la normativa previgente il mero «mancato possesso del passaporto o di altro documento equipollente, in corso di validità» configurava gli estremi del rischio di fuga ex art. 13 co. 4 bis d.lgs. 286/98, trattenimento dello straniero che si sottraesse alle procedure di identificazione. Vero è che ora il trattenimento può essere disposto dal questore anche prima dell’emanazione del provvedimento espulsivo, previa comunque la sua convalida da parte del Giudice di pace”.

¹⁰⁵ M. Benvenuti, op. cit., p. 35. Nello stesso senso, si rinvia a G. Savio, *Le nuove disposizioni urgenti per l’accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell’immigrazione illegale*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 3/2017, p. 7. Secondo l’A. “nel caso in esame si configura una restrizione della libertà finalizzata esclusivamente a sanzionare la condotta di chi si rifiuta di esser sottoposto al rilevamento fotodattiloscopico: si tratta pertanto di una vera e propria sanzione – comminabile sempre ed esclusivamente dal questore – consistente nella restrizione della libertà personale di assai dubbia costituzionalità”.

¹⁰⁶ In tal senso, infatti, “poiché la legge vigente non prevede che le autorità di pubblica sicurezza possano fare ricorso all’uso di altre forme di coazione fisica per costringere una persona a sottoporsi ai rilievi fotodattiloscopici, tale uso è da considerarsi illegittimo e penalmente rilevante”. Senato della Repubblica, op. cit., p. 24; Id., *Rapporto sui centri di identificazione ed espulsione in Italia*, cit., nt. 104, p. 22; Id., *Rapporto sui centri di permanenza per il rimpatrio in Italia*, cit. p. 47; ASGI, *L’identificazione dei cittadini stranieri da parte delle forze di polizia e il divieto dell’uso della forza per i rilievi fotodattiloscopici*, dicembre 2014, p. 8., secondo cui, in rima con quanto affermato dalla Commissione del Senato, “l’ufficiale o agente di qualsiasi forza di polizia che usa la forza per costringere una persona che non si trovi in stato di arresto o di fermo, la quale oppone resistenza passiva ai rilievi fotodattiloscopici commette i reati di violenza privata e lesioni personali (ove cagionate).” Ed ancora “È in ogni caso vietato (ed è penalmente rilevante) ogni tipo di atto posto in essere da appartenenti alle forze di polizia con il quale si vogliono vincere le resistenze passive di chiunque (italiano o straniero), sia imprimendo una forza fisica sul corpo della persona che dovrebbe essere sottoposta ai rilievi (per es. colpi inferti su qualsiasi parte del corpo oppure forza impressa sulle mani o sugli arti per dischiudere le mani o allungare le braccia), sia condizionandone traumaticamente la volontà (per es. con scosse elettriche)”.

¹⁰⁷ Ciò, chiaramente, poiché, come rilevato dal documento ASGI citato, “ogni violenza fisica o morale nei confronti di persona sottoposta a provvedimenti restrittivi della sua libertà personale deve essere punita (art. 13 Cost.) e sono inderogabilmente vietati tutti i tipi di trattamento inumano o degradante (art. 3 della CEDU)”.

¹⁰⁸ In questo senso, infatti, A. Mangiaracina, op. cit., p. 597.

2, CEDU di informare la persona dei motivi dell'arresto¹⁰⁹; un obbligo che deve essere adempiuto dopo l'arresto «al più presto e in una lingua a lei comprensibile». Su tale ultimo elemento, è stato evidenziato come, soprattutto in questo contesto, la comprensione linguistica sia uno “snodo essenziale”¹¹⁰, vista la rilevanza che il rifiuto, opposto in ipotesi per mancata comprensione dell'arresto, comporta sul diritto fondamentale alla libertà personale¹¹¹.

L'introduzione del nuovo art. 10-ter, d.lgs 286/1998, ad opera del d.l. n. 13/2017, non ha sanato le perplessità evidenziate, soprattutto in ordine all'istituto del trattenimento, che, anzi, secondo una parte della dottrina sembrerebbero aggravate¹¹².

Inoltre, anche il tentativo di fornire basi giuridiche agli *hotspot*, come si è visto, è riuscito solo in una piccola parte a colmare la lacuna legale¹¹³ che, pertanto, permane. Così come, il “rinvio vuoto”¹¹⁴ del nuovo art. 10-ter non ha chiarito, ancora, la natura giuridica dei punti di crisi¹¹⁵, facendo parlare, pertanto, a proposito della novella del 2017 di una vera e propria occasione mancata¹¹⁶.

6. Il nuovo trattenimento a fini identificativi nei punti di crisi introdotto dalla l. n. 132/2018.

Nel quadro, già burrascoso descritto sino ad ora, si è innestato lo “spettacolarizzato”¹¹⁷ d.l.

¹⁰⁹ Come ha evidenziato A. Mangiaracina, *ibidem*, p. 597 “Si tratta di una disposizione in linea con il contenuto dell'art. 5, § 2, CEDU che pone un obbligo di informare la persona ‘arrestata’ dei motivi dell'arresto, garanzia che, come è stato chiarito dalla giurisprudenza europea, assume rilievo anche al di fuori dell'ambito strettamente penale”.

¹¹⁰ A. Mangiaracina, *ibidem*, p. 597.

¹¹¹ *Ibidem*. L'A. nota come, pertanto, “l'introduzione, nel testo normativo, dell'inciso in una «lingua comprensibile all'interessato» non sarebbe stata certamente superflua e avrebbe meglio presidiato il diritto in oggetto”.

¹¹² D. Loprieno, *op. cit.*, p. 3.

¹¹³ D. Loprieno, *ibidem*, p. 30. Un tentativo che E. Valentini, *Detenzione amministrativa dello straniero e diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 204, definisce “maldestro e insufficiente”.

¹¹⁴ D. Loprieno, *ibidem*. Come precisa l'A. nella stessa sede, si è trattato, nella sostanza, di “un rinvio vuoto”.

¹¹⁵ Come è stato notato da M. Benvenuti, dai rinvii non era possibile addivenire ad “alcunché di giuridicamente rilevante quanto al trattenimento degli stranieri presenti nei punti di crisi” (M. Benvenuti, *op. cit.*, p. 19). Dello stesso avviso, D. Loprieno, *op. cit.*, p. 50, secondo cui il sistema di rinvii ha creato “solo l'inserimento di un altro elemento di incoerenza nell'architettura, già assai barocca, del sistema di accoglienza italiano”.

¹¹⁶ C. Leone, *op. cit.*

¹¹⁷ L'espressione è contenuta in D. Loprieno, *op. cit.*, p. 9. L'A. nota, infatti, come il d.l. fosse stato spettacolarizzato “nei suoi discutibili contenuti prima ancora che il testo del decreto legge fosse discusso in Consiglio dei Ministri”.

n. 113/2018 (conv., con mod., dalla l. n. 132/2018), la cui prima paternità si deve all'allora Ministro dell'Interno, Matteo Salvini¹¹⁸.

Si è trattato di un provvedimento che ha introdotto novità in tema di trattenimento, definite dai primi commentatori come “discutibili”¹¹⁹, dando una “minimo di copertura legale ad una forma di ‘carcerazione in entrata’ che ne era completamente scoperta”¹²⁰.

Si è criticato, da subito, l'approccio della novella: essa si inserisce nel *trend* della criminalizzazione del migrante e conferma, se possibile aggravandolo, il *topos* che vede lo straniero come problema di sicurezza pubblica¹²¹ o, se si preferisce, come “capro espiatorio”¹²². Il risultato è stato quello di acuire lo iato tra la disciplina ed i precetti costituzionali mettendo “a nudo la lama gelida del potere”¹²³.

Per quanto qui di interesse, e dunque in relazione all'approccio *hotspot*, il decreto-legge ha introdotto una nuova ipotesi di trattenimento ai fini identificativi, ultronea rispetto a quelle già presenti nel corpo dell'art. 10-*ter*, d.lgs. n. 286/1998. Infatti, l'art. 3, d.l. n. 113/2018 istituisce una nuova forma di trattenimento a tale scopo riservata all'interno dell'art. 6, c. 3-*bis*, d.lgs. n. 142/2015.

Secondo tale nuova figura, finalizzata alla determinazione o alla verifica dell'identità del richiedente asilo¹²⁴, quest'ultimo può essere trattenuto «per il tempo strettamente necessario», e comunque per non più di trenta giorni, in «appositi locali» presso le strutture di cui all'art. 10-*ter* TUI, cioè, appunto, gli *hotspot*, queste “amorfe (e anomiche) strutture”¹²⁵. Nel caso “non sia stato possibile determinarne o verificarne l'identità o la cittadinanza”, il richiedente può essere trattenuto in un CPR¹²⁶, con le modalità previste dall'art. 14, c. 5, d.lgs. n. 286/1998, per un periodo massimo di novanta giorni, prorogabili

¹¹⁸ Per una accurata ricostruzione dei c.d. *decreti sicurezza*, si rinvia a D.A. Ambroselli, *Dai decreti sicurezza al decreto immigrazione: spunti di riflessione sul caso Sea Watch tra diritto costituzionale e diritto internazionale*, in *DPER online*, n. 1/2021.

¹¹⁹ D. Loprieno, op. cit., p. 3.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 35.

¹²¹ A. Algostino, *Il decreto “sicurezza e immigrazione” (decreto-legge n. 113 del 2008); estinzione del diritto di asilo, repressione del dissenso e disegualianza*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2018, p. 173.

¹²² D. Loprieno, op. cit., p. 3.

¹²³ In tal senso, L.R. Perfetti, *La legalità del migrante. Status della persona, compiti dell'amministrazione pubblica nella relazione paradigmatica tra migranti respinti, irregolari, trattenuti minori e potere pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, p. 403.

¹²⁴ Si noti, come fa D. Loprieno, op. cit., p. 28, che tale figura compare già nell'elenco tassativo dei motivi di detenzione dei richiedenti asilo di cui all'art. 8, par. 3, lett. a) della Direttiva accoglienza. In particolare, A. Del Guercio, *La detenzione amministrativa dei richiedenti asilo nel diritto dell'Ue e in quello italiano*, op. cit., p. 67.

¹²⁵ D. Loprieno, op. cit., p. 29.

¹²⁶ Previsti all'art. 14, d.lgs. n. 286/1998.

per altri trenta giorni¹²⁷.

Come è stato notato¹²⁸, l'introduzione di tale nuova forma di trattenimento è apparsa come un tentativo di fornire una base legale alla privazione della libertà personale che viene compiuta negli *hotspot*, o meglio in “appositi locali”¹²⁹ in esso presenti e a tal fine dedicati. Un rimedio, eppure, non sufficiente a salvare tale nuova disciplina da una manifesta violazione della riserva assoluta di legge prevista dall'art. 13 Cost.; ciò in particolare sia per la sua indeterminatezza nel trattenimento che per il silenzio sulle modalità di questo di cui si dice poco, o quasi niente¹³⁰.

Uno dei profili di fragilità costituzionale che occorre subito prendere in esame, è relativo alla lesione delle “regola aurea”¹³¹ secondo cui il migrante, richiedente asilo, non può per il solo fatto di chiedere protezione internazionale, essere trattenuto¹³² nelle more che la sua domanda venga esaminata.

Pertanto, come è stato attentamente osservato, il trattenimento ai fini identificativi diventa, per questa via, non una delle modalità previste per l'identificazione del migrante, ma l'unica modalità. Infatti, atteso che, come è noto, la grandissima maggioranza dei richiedenti arriva priva di documenti di identità, sarebbe semplice, oltre che comodo, giustificare per tale fatto, il trattenimento ex art 6, c. 3-*bis*, d.lgs. n. 142/2015.

Per tale motivo si è detto in proposito che il presupposto del trattenimento ai fini identificativi, fondato nella mera assenza di documenti, sia, nel caso in esame, “general-generico”¹³³, ponendo tale nuova forma di trattenimento lontano dalle garanzie previste dall'art. 13 Cost., anche in ragione dell'assenza di indicazioni chiare circa i motivi del

¹²⁷ In quest'ultimo caso, solo qualora straniero sia cittadino di un Paese con cui l'Italia abbia sottoscritto accordi in materia di rimpatri.

¹²⁸ D. Loprieno, op. cit., p. 31.

¹²⁹ Al riguardo sono da condividere le preoccupazioni che nota D. Loprieno, op. cit., p. 31, “La dicitura ‘appositi locali’ all'interno delle strutture potrebbe far supporre l'intento di tener separati i richiedenti protezione di cui si debba accertare l'identità o la cittadinanza rispetto a chi non abbia avanzato domanda, a chi necessiti di soccorso o prima assistenza perché appena ‘salvato’ dalle acque del Mediterraneo, o nei cui confronti si stia procedendo ai rilievi fotodattiloscopici e segnaletici o anche da chi vi si oppone con rifiuto reiterato. Se così fosse, se cioè i punti di crisi smettessero di essere un coacervo indistinto in cui si contiene l'eccedenza migrante, il legislatore di riforma avrebbe dovuto avere una maggiore attenzione nel disciplinarli. In particolare, avrebbe dovuto, alto essendo il rischio di incorrere in una violazione dell'art. 117, co. 1, Cost., porre maggiore attenzione a quanto prescrive l'art. 10 della Direttiva ‘accoglienza’”.

¹³⁰ D. Loprieno, op. cit., p. 31.

¹³¹ *Ibidem*, p. 33.

¹³² In proposito, basti ricordare l'art. 31 della Convenzione di Ginevra, secondo cui «Gli Stati contraenti non applicheranno sanzioni penali, per ingresso o soggiorno irregolare, a quei rifugiati che, provenienti direttamente dal Paese in cui la loro vita o la loro libertà era minacciata nel senso previsto dall'art. 1, entrano o si trovano sul loro territorio senza autorizzazione, purché si presentino senza indugio alle autorità ed espongano ragioni ritenute valide per il loro ingresso o la loro presenza irregolare».

¹³³ D. Loprieno, op. cit., p. 33.

trattenimento, a meno di non voler trovare tali motivi nella mera circostanza che i richiedenti, spesso dopo vere e proprie odissee, giungono sprovvisti di documenti¹³⁴.

Vi è di più. Infatti, la “pena senza colpa del trattenimento”¹³⁵, come previsto dalla norma, può estendersi per altri novanta giorni, quando non sia stato possibile determinare l’identità del richiedente. Pure in questo caso di allargamento della durata del trattenimento, il legislatore ha ommesso di determinare quali siano i motivi che lo sorreggano, cioè quali siano le ragioni da cui far discendere l’impossibilità dell’identificazione e, dunque, la proroga del trattenimento¹³⁶. Un trattenimento, così, che finisce per essere non solo indipendente dalla volontà del migrante, ma anche frutto della scarsa efficienza dell’amministrazione competente che, se non riesce ad identificare la persona migrante entro trenta giorni, ne determina un allungamento dei tempi di privazione della sua libertà personale.

7. Interno hotspot. “How many roads must a man walk down before you call him a man?”.

Alla luce dell’evoluzione del quadro normativo, europeo ed interno¹³⁷, relativo all’approccio *hotspot* permangono, come è evidente, molte zone di ombra, o nella migliore delle ipotesi di penombra. Il pieno rispetto dei diritti costituzionali, spesso, rimane sullo

¹³⁴ In tema dei motivi del trattenimento, vale la pena ricordare che la Direttiva accoglienza all’art. 8, par. 3, lett. a), prevede che il richiedente possa essere trattenuto per determinarne identità o cittadinanza, ma allo stesso tempo stabilisce che «I motivi del trattenimento sono specificati nel diritto nazionale». Come ha notato D. Loprieno, op. cit., p. 34, si è trattato, da parte del legislatore italiano, di “una scelta questa che, al pari di molte altre di simile tenore, non tiene in considerazione gli obblighi che discendono dagli artt. 10 (co. 2 e 3) e 117, co. 1, Cost. e che non è messa al riparo da censure di incostituzionalità per il solo fatto di aver ‘diligentemente’ ricopiato l’ipotesi menzionata dall’art. 8, par. 3, lett. a)”. Su tale aspetto, appare opportuno rinviare altresì alle corrette considerazioni critiche di Del Guercio, *La detenzione amministrativa dei richiedenti asilo nel diritto dell’Ue e in quello italiano*, in G. Cataldi, A. Del Guercio, A. Liguori, op. cit., p. 67-68 secondo cui “chi scrive il par. 3 dell’art. 8 appare particolarmente discutibile, dal momento che riconosce ampia discrezionalità agli Stati membri e consente, di fatto, la detenzione di qualsiasi persona che giunga nel territorio degli Stati membri priva di autorizzazione. Infatti, la prima delle ipotesi sulla base delle quali è giustificato il trattenimento è la verifica dell’identità o della nazionalità dei richiedenti protezione internazionale”.

¹³⁵ D. Loprieno, op. cit., p. 34.

¹³⁶ Come notato, “tale questione genera più di una perplessità anche in riferimento al rapporto con le altre forme di detenzione amministrativa, del cui preciso raccordo la l. n. 132/2018 sostanzialmente si disinteressa, non chiarendosi assolutamente come una decisione di trattenimento decisa ai sensi della Direttiva rimpatri possa essere commutata nella diversa forma di trattenimento per i richiedenti protezione e viceversa” (D. Loprieno, op. cit., p. 34).

¹³⁷ Sul tema del *legame* tra le due dimensioni si rinvia, inoltre, alle considerazioni di F. Ferraro, *Lo stretto legame tra la (mancata) riforma dell’asilo da parte dell’Unione e le più recenti politiche dello Stato italiano*, in A. Patroni Griffi (a cura di), in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 1/2018.

sfondo della vicenda *hotspot*, sacrificato sull'altare di una gestione dei flussi migratori che tende ad una criminalizzazione di tale fenomeno, si è parlato a riguardo di “*crimmigration*”¹³⁸, piuttosto che ad una sua piena umanizzazione. Nondimeno, l'analisi della cornice legale che sino a qui si è cercato di tracciare, rimarrebbe senza tela, vuota, se l'indagine, prima di giungere alle osservazioni conclusive, non dirigesse l'attenzione alle prassi che, ancora oggi, vengono attuate dentro i punti di crisi.

I report delle più autorevoli associazioni in materia concordano nel qualificare oggi gli *hotspot* come luoghi di “privazione arbitraria della libertà personale dei cittadini stranieri in arrivo”¹³⁹ ove viene praticata una detenzione “senza una chiara base legale, senza un atto scritto adottato dall'autorità competente e convalidato da un giudice, in assenza di un termine massimo di detenzione e senza fornire adeguata informativa sui motivi”¹⁴⁰, circostanze che porrebbero senz'altro tali condotte, secondo quanto riportato da tali associazioni, “in aperta e grave violazione dell'art. 13 della Costituzione e delle garanzie previste dall'art. 5 della Convenzione europea per i diritti dell'uomo”. In effetti, come si è avuto modo di vedere nell'analisi svolta sino a ora in ordine al rispetto dell'*habeas corpus*, le mancanze appaiono macroscopiche e grossolane.

Gli *hotspot*, dunque, quali luoghi di confinamento, come dimostra l'ultimo Report ASGI pubblicato nell'agosto 2022 a seguito della visita al Centro di Lampedusa. Da tale indagine emerge chiaramente che, nella prassi, il trattenimento durante le procedure di identificazione “appare normalizzato” e che la detenzione venga reputata come “parte necessaria dell'identificazione, sebbene nessuna norma preveda tale forma di trattenimento”¹⁴¹.

¹³⁸ L. Masera, *La crimmigration nel decreto Salvini*, in *La legislazione penale*, 24 luglio 2019. Come è stato correttamente notato da A. Del Guercio, *La detenzione amministrativa dei richiedenti asilo nel diritto dell'Ue e in quello italiano*, cit., p. 61, un certo approccio volto ad una criminalizzazione della persona migrante “appare alquanto criticabile considerato che ad essere coinvolte sono persone ‘*who have committed no crime*’, le quali vengono criminalizzate per il solo fatto di trovarsi nel territorio di uno Stato del quale non hanno la cittadinanza prive dell'autorizzazione all'ingresso e al soggiorno”.

¹³⁹ In questo senso vanno le due note di ASGI, *A Buon Diritto Onlus* e *CILD* dirette al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa nell'ambito del quale questo, all'interno del procedimento di monitoraggio dell'attuazione della sentenza *Khlaifia c. Italia*, in cui il nostro Paese è stato condannato per violazione dei diritti di alcuni cittadini stranieri detenuti illegalmente nel 2011, ha dovuto accertare se tali violazioni fossero ancora in atto o meno. Si v. Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione, (a cura del Progetto InLimine), *Trattenimento illegittimo nei centri hotspot: l'Italia non si è ancora adeguata a quanto stabilito dalla CEDU nella sentenza Khlaifia*, 26 febbraio 2021.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁴¹ Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione, (a cura del Progetto InLimine), *Report sulla visita al Centro hotspot di Lampedusa*, in *inlimine.asgi.it*, agosto 2022, p. 17. Il report, inoltre, denuncia come “pratiche detentive, messe in atto nei centri *hotspot*, sono funzionali e lo sono state negli anni passati a due esigenze principali di gestione dei flussi: da un lato consentire l'identificazione delle persone in ingresso, dall'altro garantire l'allontanamento delle persone considerate non richiedenti asilo”.

Non solo: la prassi dimostra che durante la permanenza nell'*hotspot*, che spesso si prolunga per giorni dopo l'espletamento delle procedure di identificazione¹⁴², le persone, senza alcun provvedimento formale, non vengono fatte uscire¹⁴³. Ciò attraverso il controllo perimetrale del centro (peraltro già interamente recintato) da parte dell'esercito, la chiusura del cancello principale, la massiccia presenza di carabinieri dentro il centro¹⁴⁴. Surreale appare la circostanza, eppure ampiamente documentata, che l'unica possibilità di uscire dall'illegittima detenzione sia stata per lungo tempo quella di utilizzare un'apertura nella recinzione perimetrale, un vero e proprio buco nella rete, frutto di una "modalità informale"¹⁴⁵ ma soprattutto "tutt'affatto tutelante"¹⁴⁶. Eppure, si è trattato di una modalità "discrezionalmente tollerata dalle autorità competenti a seconda delle esigenze contingenti di contenimento"¹⁴⁷ e, cosa più grave, utilizzata come grimaldello per rivendicare che la permanenza nell'*hotspot* non si risolvesse, nella pratica, in una detenzione illegittima¹⁴⁸. Ora che il buco nella recinzione è stato chiuso, come dimostrano le ultime indagini condotte sul campo¹⁴⁹, non resta neanche quello a giustificare la privazione della libertà personale di chi si trovi nel punto di crisi di Lampedusa.

In questo contesto, nemmeno le modifiche legislative introdotte nel 2020, con il d.l. n. 130/2020 (c.d. *decreto Lamorgese*) sembrano aver risolto il problema della base legale

¹⁴² E come nota il *Report ASGI* citato "si prolunga anche dopo, cioè fino al trasferimento quindi all'inserimento in accoglienza se richiedenti protezione internazionale o all'inserimento nelle procedure finalizzate al rimpatrio se classificati come cittadini stranieri irregolari" (p. 18). Sullo stesso tema si v. G. Santoro, *La drammatica attualità del caso Khlaifia*, in *openmigration.org*, 22 novembre 2021, nel quale l'A. evidenzia che spesso tali trattenimenti "si protraggono anche per un mese in condizioni disumane e degradanti, nonostante i trattenuti siano spesso persone che hanno subito torture nei lager libici e portatori di gravi patologie".

¹⁴³ *Report ASGI*, p. 17.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 18. Inoltre, "l'*hotspot* continua ad essere particolarmente soggetto ad attività di sorveglianza anche nella collina circostante, controllo funzionale, nella narrazione fornita, per evitare che giornalisti o curiosi possano avvicinarsi, fotografare o esercitare controllo sulla struttura. Tale profilo resta quello più evidentemente critico".

¹⁴⁵ Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione, (a cura del Progetto InLimine), *Hotspot di Lampedusa: sempre più un luogo di confinamento, chiuso anche il "buco nella recinzione"*, in *inlimine.asgi.it*, 18 ottobre 2021.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

¹⁴⁷ *Ibidem*.

¹⁴⁸ *Ibidem*, Il riferimento, come riportato nella stessa sede, è alla narrazione fatta dalle autorità competenti, "completamente distorta laddove il prefetto di Agrigento, come riportato dal Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, nel Rapporto sulle visite nei Centri di identificazione ed espulsione e negli hotspot in Italia del 2017, alla richiesta del perché alle persone non fosse consentito di uscire dal centro dichiarava che "l'isola vive di turismo e la loro presenza potrebbe creare problemi. Comunque – ha aggiunto – se vogliono possono uscire da un buco nella rete".

¹⁴⁹ Una chiusura definitiva del buco che va incontro ad un nuovo paradigma teso alla "completa invisibilizzazione della presenza migrante". Sul tema, in particolare, si veda la ricostruzione fatta in *Una solidarietà svuotata*, in *meltingpot.org*, 7 ottobre 2022, nell'ambito della ricerca etnografica condotta nei luoghi confinari del Mediterraneo centrale, all'interno del progetto di ricerca MOBS (*Mobilities, solidarities and imaginaries across the borders*).

delle prassi esercitate all'interno degli *hotspot*¹⁵⁰. Infatti, nella sostanza, in relazione al tema in esame si è confermato l'approccio della riforma del 2018. Anche l'apprezzabile novità, introdotta da questo decreto-legge, che consente a quanti sono trattenuti nei CPR di proporre reclamo al Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, non è stata estesa alle persone detenute in *hotspot*. Una disparità irragionevole, come sostenuto anche dallo stesso Garante nazionale, il quale ha evidenziato come chi è trattenuto in un punto di crisi: a) non potrà accedere a una serie di garanzie ed esercitare i diritti e le facoltà previste dal c.d. *Regolamento unico CIE*; b) non godrà dell'attività di vigilanza delle figure autorizzate a entrare nei Centri ai sensi dell'art. 67 ord. pen.¹⁵¹; c) non avrà la possibilità di presentare istanze e reclami agli organismi di garanzia. Tutte garanzie, al contrario, previste per chi è trattenuto nei CPR.

8. Considerazioni conclusive. La perdurante attualità della sentenza *Khlaifia c. Italia*.

Si è così giunti al termine della ricognizione sull'*approccio hotspot* e del suo sdruciolevole rapporto con le riserve previste del principio di inviolabilità della libertà personale. Arrivati a questo punto, è necessario, prima di concludere, svelare il vero convitato di pietra della vicenda di cui sin qui ci si è occupati, vale a dire la oramai celebre sentenza *Khlaifia e altri c. Italia*.

Il 15 dicembre del 2016, infatti, la Grande Camera della Corte Europea dei Diritti

¹⁵⁰ Asgi, *Trattenimento illegittimo nei centri hotspot*, cit.

¹⁵¹ Secondo cui gli istituti penitenziari possono essere visitati, senza autorizzazione, da una serie di figure elencate nell'articolo, tra cui a) il Presidente del Consiglio dei Ministri e il presidente della Corte costituzionale; b) i ministri, i giudici della Corte costituzionale, i Sottosegretari di Stato, i membri del Parlamento e i componenti del Consiglio superiore della magistratura; c) il presidente della corte d'appello, il procuratore generale della Repubblica presso la corte d'appello, il presidente del tribunale e il procuratore della Repubblica presso il tribunale, il pretore, i magistrati di sorveglianza, nell'ambito delle rispettive giurisdizioni; ogni altro magistrato per l'esercizio delle sue funzioni; d) i consiglieri regionali e il commissario di Governo per la regione, nell'ambito della loro circoscrizione; e) l'ordinario diocesano per l'esercizio del suo ministero; f) il prefetto e il questore della provincia; il medico provinciale; g) il direttore generale per gli istituti di prevenzione e di pena e i magistrati e i funzionari da lui delegati; h) gli ispettori generali dell'amministrazione penitenziaria; i) l'ispettore dei cappellani; l) gli ufficiali del corpo degli agenti di custodia; l-bis) i garanti dei diritti dei detenuti comunque denominati; l-ter) i membri del Parlamento europeo. L'autorizzazione non occorre nemmeno per coloro che accompagnano le persone di cui al comma precedente per ragioni del loro ufficio e per il personale indicato nell'articolo 18-bis. Gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria possono accedere agli istituti, per ragioni del loro ufficio, previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria. Possono accedere agli istituti, con l'autorizzazione del direttore, i ministri del culto cattolico e di altri culti.

dell'Uomo aveva condannato l'Italia per il trattenimento, avvenuto nel 2011, di tre cittadini tunisini, prima presso l'*hotspot* di Lampedusa e poi sulle navi Vincent ed Audacia. La Corte aveva ritenuto che tale trattenimento violasse l'art. 5, primo, secondo e quarto comma della CEDU, poiché la detenzione era priva di base legale e garanzie. Inoltre, i giudici di Strasburgo, sempre nel caso in esame, avevano condannato l'Italia per la violazione dell'art. 13 CEDU, in combinato con l'art. 3 della stessa Convenzione, per la mancanza di procedure interne in grado di consentire la presentazione di reclami relativi alle condizioni di detenzione. Al caso *Khlaifia*, inoltre, era stata assegnata una procedura di supervisione rafforzata¹⁵².

Già dall'estrema sintesi della vicenda¹⁵³, letta in controluce con le riflessioni fin qui compiute, appare come l'attualità delle censure mosse dalla Corte permangano in tutta la loro disarmante drammaticità, a quasi sei anni dalla pronuncia della Grande Camera.

Nonostante ciò, il 2 dicembre 2021, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha chiuso la procedura di monitoraggio dell'esecuzione della sentenza in esame, ritenendo che le novelle legislative introdotte negli ultimi anni, che qui si sono passate in rassegna, fossero idonee a colmare le censure evidenziate a suo tempo dalla Corte¹⁵⁴.

Una decisione fortemente contestata da parte delle associazioni impegnate nel settore, secondo cui si è trattato di una decisione di natura politica "senza alcuna base giuridica"¹⁵⁵. In effetti, la decisione di chiudere la procedura di monitoraggio è stata accolta con una certa sorpresa anche in dottrina¹⁵⁶.

Come è stato evidenziato, infatti, fino alla decisione di chiusura della procedura di monitoraggio, il Comitato si era sempre mostrato piuttosto dubbioso nel valutare la compatibilità degli interventi legislativi con le indicazioni fornite della Corte nella sentenza

¹⁵² Come notano A. Massini e F. Ferri, *L'attualità del caso Khlaifia. Gli hotspot alla luce della legge 132/2018: la politica della detenzione extralegale continua*, in *Questionegiustizia.it*, 12 giugno 2019.

¹⁵³ Sotto un diverso profilo, e cioè sotto quello della pretesa espulsione collettiva dei ricorrenti, la vicenda è trattata in A. Del Guercio, *La protezione dei richiedenti asilo nel diritto internazionale ed europeo*, cit., p. 200. L'A. nel commentare la decisione della Corte su tale aspetto, nota criticamente come l'iter argomentativo utilizzato in tale sede appaia come "un passo indietro rispetto alle posizioni più avanzate cui era pervenuta la Corte di Strasburgo" [...]. Ciò risulta tanto più preoccupante in una fase caratterizzata dall'intensificarsi delle migrazioni verso l'Europa e da prassi statali sommarie e illegittime di respingimento ed espulsione, anche sulla base di accordi con Paesi terzi poco rispettosi della rule of law e dei diritti umani".

¹⁵⁴ La vicenda è ricostruita in G. Mentasti, *Si chiude la procedura di monitoraggio dell'esecuzione della sentenza Khlaifia c. Italia ma permangono criticità sul trattenimento dei migranti negli hotspot*, in *ADiM Blog*, giugno 2022; Si v. G. Felici e M. Gancitano, *La detenzione dei migranti negli hotspot italiani: novità normative e persistenti violazioni della libertà personale*, in *Sistema Penale*, n. 1/2022; Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione, *Trattenimento in hotspot: c'era un giudice a Strasburgo*, in *asgi.it*, 28 gennaio 2022.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁶ G. Mentasti, op. cit.

sul caso *Khlaifia*¹⁵⁷. Un approccio scettico che aveva accompagnato tutti i provvedimenti approvati nel tempo, dal decreto-legge *Minniti*, al decreto-legge *Salvini* fino a quello *Lamorgese*¹⁵⁸.

Invece, il Comitato nel *salvare* l'impianto normativo costruito dall'Italia, in sostanza dal 2017 al 2020, ha ritenuto, con un cambio di posizione sibillino, non più attuale la lesione dell'art. 5, cc. 1, 2 e 4, CEDU. Ciò, tra l'altro, in quanto ha valutato che il nuovo quadro legale fornisca una base giuridica della disciplina chiara e accessibile¹⁵⁹. Inoltre, in relazione alla violazione dell'art. 13 CEDU, in combinato con l'art. 3, ha ritenuto che le informazioni e i rimedi indicati dall'Italia¹⁶⁰ possano «con un sufficiente certo grado di certezza» assicurare al migrante la possibilità di proporre doglianze contro le condizioni di detenzione.

In verità, tali conclusioni destano non poche perplessità. Quanto al primo dei due *placet*, e cioè quello relativo alla base giuridica della disciplina, si può ritenere sufficiente il rinvio a tutte le lacune evidenziate sopra; ciò quantomeno dovrebbe destare, se non la certezza, un ragionevole dubbio nel ritenere il quadro normativo completo¹⁶¹. In relazione al secondo, infine, come è stato attentamente osservato, il richiamo al procedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. e l'azione di risarcimento del danno ex art. 2043 c.c. “mostrano nei fatti la loro inadeguatezza”¹⁶² rischiando di condurre ad una “bagatellarizzazione”¹⁶³ della libertà personale¹⁶⁴.

¹⁵⁷ Come nota G. Mentasti, op. cit., p. 5, “Già nelle prime fasi della procedura di monitoraggio, i complex problems emersi dal caso italiano avevano indotto il Comitato a ravvisare la natura strutturale delle violazioni e ad applicare al caso, di conseguenza, una procedura di controllo “rafforzato”, ossia prevedendo un monitoraggio con cadenza annuale delle misure adottate dal Governo italiano”.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 5. L'A. nota come, in relazione a tale ultimo provvedimento, il Comitato, con riguardo al contrasto con l'art. 5 CEDU, si era riservato di analizzare il quadro normativo mentre serbava “forti dubbi sui rimedi giurisdizionali indicati dal Governo italiano, tanto da chiedere alle autorità italiane di fornire alcune decisioni giudiziarie in grado, al contrario, di dimostrarne l'efficacia”.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 6. Secondo il Comitato la nuova normativa sarebbe compatibile con la CEDU perché “impone alle autorità di fornire informazioni alle persone interessate sui loro diritti e sui motivi della loro detenzione; assicura un controllo giurisdizionale automatico della legittimità di qualsiasi decisione di trattenimento”.

¹⁶⁰ Si tratta, in particolare, dei rimedi civilistici preventivi e risarcitori di cui all'art. 700 c.p.c. e all'art. 2043 c.c.

¹⁶¹ In proposito, tale *placet*, secondo G. Mentasti, op. cit., p. 6, “rischia di spianare la strada al perdurare di prassi di trattenimenti extra ordinem, che proprio la sentenza *Khlaifia* aveva per prima dichiarato illegittimi”.

¹⁶² A tal proposito, come è stato osservato, “il procedimento ex art. 700 c.p.c. rischia di mancare di effettività dal momento che molte potrebbero essere le difficoltà connesse alla esecuzione in forma specifica dell'obbligo di fare a cui il giudice civile potrebbe condannare la pubblica amministrazione per garantire l'immediata tutela del diritto. Parimenti il risarcimento ex art. 2043 c.c. perde di effettività se si considerano i tempi e i costi normalmente necessari per l'esperimento della relativa azione, del tutto incompatibili con i tempi del trattenimento negli *hotspot*” (G. Mentasti, op. cit., p. 7).

¹⁶³ *Ibidem*.

¹⁶⁴ *Ibidem*.

In conclusione, sembra potersi dire che sebbene la supervisione del caso *Khlaifia* sia stata chiusa dal Comitato, le censure e le mancanze espresse dalla Corte in tale occasione permangono nei fatti, tutt'altro che chiuse, come ferite aperte nel nostro sistema costituzionale di accoglienza.

Abstract: Il presente contributo intende prendere in esame il c.d. *approccio hotspot* con attenzione al rispetto dell'*habeas corpus* delle persone migranti presente al suo interno. A partire dall'introduzione di tale approccio, ad opera della Commissione europea attraverso atti c.d. di *soft law*, si tratterà il quadro normativo europeo. Verranno, in seguito, messe in luce le principali criticità emerse dal recepimento, in Italia, di tale *approccio*. In particolare, a) le carenze relative al mancato rispetto del principio di legalità, sebbene questo fosse imposto dai diritti costituzionali coinvolti, nell'introduzione della disciplina, operata mediante l'adozione di atti di natura amministrativa; b) l'assenza di una chiara determinazione della natura giuridica dei cc.dd. *punti di crisi*, mancanza non irrilevante nella fase attuativa di tale *approccio*; c) le lacune normative nella fase di prima identificazione della persona migrante appena sbarcata, anche in riferimento alle delicate ipotesi di trattenimento a tale fine previste dell'art. 10-ter, d.lgs. n. 286/1998 e dall'art. 6, c. 3-bis, d.lgs. n. 142/2015; d) la perdurante ed attuale lesione dei diritti costituzionali delle persone migranti presenti all'interno degli *hotspot*.

Abstract: This paper aims at examining the so-called *hotspot approach* with a focus on the respect of the habeas corpus of the migrants within it. Starting from the introduction of this approach by the European Commission through so-called soft law acts, the European legal framework will be outlined. The main criticalities emerged from the transposition of this *approach* in Italy will then be highlighted. In particular, a) the shortcomings relating to the lack of respect for the principle of legality, although this was imposed by the constitutional rights involved, in the introduction of the discipline, operated through the adoption of acts of an administrative nature; b) the absence of a clear determination of the legal nature of the so-called *crisis points*, a non-irrelevant lack in the implementation phase of this *approach*; c) the regulatory gaps in the phase of first identification of the migrant person who has just landed, also with reference to the delicate hypotheses of detention for this purpose provided for by art. 10-ter, lgs.d. no. 286/1998 and by art. 6, par. 3-bis, lgs.d. no. 142/2015; d) the persistent and current violation of the constitutional rights of migrants

present inside the hotspots.

Parole chiave: hotspot – immigrazione – libertà personale – trattenimento – detenzione.

Key words: hotspot – immigration – habeas corpus – retention – detention.

ALCUNI EQUIVOCI DELLA DEMOCRAZIA DIRETTA*.

di Francesco Raffaello De Martino**

Sommario. 1. Premessa. – 2. Sovranità popolare vs mentalità populista. – 3. Crisi dello Stato e processi democratici. – 4. Lo spazio costituzionale della democrazia diretta. – 5. I nemici della democrazia diretta: partiti, rappresentanza politica, mediazione parlamentare. – 6. Conclusioni. Democrazia diretta vs partecipazione.

200

1. Premessa.

Per collocare le note che seguono entro le coordinate teoriche appropriate bisognerebbe, preliminarmente, rispondere alla domanda: cos'è la democrazia? E precisare perché è diretta e che cosa può realizzare mediante l'azione diretta popolare¹. Le considerazioni seguenti, tuttavia, non hanno l'ambizione di esaminare i profili teorici della democrazia formale-procedurale e di quella *sostanziale* di cui alla qualificazione teorica appena evocata, tali da imporre ben altro impegno ricostruttivo². Piuttosto, scopo di queste notazioni è di evidenziare alcune ambiguità nell'uso comune e nel ricorso alla formula della

* *Sottoposto a referaggio*. Il presente contributo costituisce la rielaborazione dell'intervento svolto in occasione del Convegno *ICON-S Italian Chapter, Il futuro dello Stato*, Panel n. 32, *Le (nuove) forme della partecipazione politica nel processo di ricostruzione dello Stato democratico*, Università degli Studi di Bologna, 16-17 settembre 2022.

** Professore Associato di Diritto costituzionale – Università del Molise.

¹ Cfr., P. Caretti, *Le recenti proposte di revisione costituzionale tra democrazia rappresentativa e democrazia diretta*, Editoriale n. 2/2020, in *Osservatorio sulle fonti*, p. 1, in cui si segnala che la recente revisione costituzionale sulla riduzione del numero dei parlamentari, e le proposte di modifica costituzionale sull'iniziativa legislativa popolare nonché sull'eliminazione del divieto di mandato imperativo “[...] non puntano tanto ad incidere sul funzionamento della forma di governo [...] lasciando invariato il principio rappresentativo [...] quanto mirano ad incidere su quello stesso principio, partendo (così pare) dalla premessa che esso non sia più idoneo a recepire e mediare le domande politiche e sociali. Se questa tendenza dovesse davvero radicarsi come nuova cultura istituzionale, temo che i mali che affliggono il nostro sistema rappresentativo (ma non solo il nostro) finirebbero per aggravarsi ulteriormente, avviando la nostra fragile democrazia sul crinale scivoloso e ambiguo tra democrazia rappresentativa e democrazia diretta o semidiretta”.

² Come è noto la bibliografia è vastissima, recentemente, A. Di Giovine, *Dal principio democratico al sistema rappresentativo: l'ineluttabile metamorfosi*, in *Rivista Aic*, n. 1/2020.

democrazia diretta da parte di molti attori politici, e talvolta, anche di qualche addetto ai lavori³.

Invero, in certe circostanze, concetti come democrazia, sovranità popolare, partecipazione politica sono agitati impropriamente e strumentalmente al fine di eccitare gli istinti popolari antipolitici, in modo da favorire le condizioni e i presupposti per l'esercizio dei poteri politici di governo senza freni e senza vincoli⁴. Si allude, cioè, alla deriva populista⁵, fondata, tra le altre cose, sul mito della democrazia diretta intesa, non come il mezzo per correggere o per migliorare talune decisioni adottate nelle Assemblee rappresentative, ma, piuttosto, come lo strumento nelle mani del popolo per l'esercizio immediato e massiccio dei poteri politici, in contrapposizione ai poteri legali costituiti⁶. Questa tendenza, o se si vuole mentalità populista⁷, si è affermata entro la cornice più ampia costituita dalla crisi del parlamentarismo e dei tradizionali canali di mediazione politica dei conflitti sociali espressi, storicamente, dai partiti politici di massa del Novecento⁸.

D'altra parte, è utile evidenziare che, secondo un orientamento dottrinale consolidato, la concezione di democrazia accolta dal Costituente è quella rappresentativa, a sua volta fondata sul suffragio universale e diretto⁹. Peraltro, entro questa dimensione, è stata

³ Non da ora la dottrina ha segnalato l'uso improprio di tale formula. Si veda, M. Luciani, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in N. Zanon e F. Biondi (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Milano, 2001, p. 109 ss., in cui si esordisce chiarendo che "I classici del costituzionalismo avevano ben chiara la nozione di democrazia diretta e ne individuavano il tratto distintivo nella compresenza fisica dei cittadini in occasione delle deliberazioni sulla cosa pubblica". Più recentemente, Id., *"Iniziativa legislativa e referendum, le proposte di revisione costituzionale"*, intervento alla Tavola Rotonda Aic, Roma, 1 marzo 2019, in *Osservatorio Aic*, nn. 1-2/2019, pp. 201-202.

⁴ Si veda F. Bilancia, *Crisi economica, rappresentanza politica e populismo nelle dinamiche del contemporaneo*, in *Lo Stato*, VI, n. 10/2018, p. 341 ss., spec. pp. 348-349.

⁵ Come è noto la bibliografia in tema è molto vasta, si veda, C.A. Ciaralli, *Populismo, movimenti anti sistema e crisi della democrazia rappresentativa*, Napoli, 2022; A. Lucarelli, *Populismi e rappresentanza democratica*, Napoli, 2020; N. Urbinati, *Io, il popolo. Come il populismo trasforma la democrazia*, Bologna, 2000; M. Revelli, *Populismo 2.0*, Torino, 2017; E. Laclau, *On Populist Reason*, 2005, traduzione italiana a cura di D. Tarizzo, *La ragione populista*, Roma-Bari, 2008.

⁶ Recentemente su questi problemi D. Palano, *I due volti della democrazia diretta. Note per la genealogia di un progetto moderno*, in *Teoria politica*, n. 10/2020, p. 341 ss.

⁷ In tal senso A. Morelli, *Il principio personalista nell'era dei populismi*, in M. Della Morte, F.R. De Martino, e L. Ronchetti (a cura di), *L'attualità dei principi fondamentali della Costituzione dopo settant'anni*, Bologna, 2020, p. 45, in cui, pur riconoscendo la varietà e le diverse connotazioni del populismo, ne evidenzia alcuni tratti comuni riconducibili ad una "[...] concezione olistica del popolo, la supremazia della democrazia diretta su quella rappresentativa, l'idea che possa darsi una sola voce istituzionale del popolo stesso [...]".

⁸ La bibliografia è vastissima, sui primi segnali di crisi di rappresentatività dei partiti e del Parlamento è d'obbligo il rinvio a E. Fraenkel, *Die repräsentative und die plebisitäre Komponente im demokratischen Verfassungsstaat*, 1958, in L. Ciaurro e C. Forte (a cura di), *La componente rappresentativa e plebiscitaria nello Stato costituzionale democratico*, Torino, 1994.

⁹ C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1975, p. 150, spec. p. 422 ss.; e, più recentemente, G.U. Rescigno, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 2005, p. 325 ss.

stabilita la realizzazione di un progetto di emancipazione umana in grado di concretizzare il principio di dignità umana, l'eguaglianza sostanziale, la garanzia dei diritti sociali, dei diritti civili, dei diritti politici, allo scopo di liberare gli individui dallo stato di bisogno¹⁰. Vale a dire che, nel disegno originario fatto proprio dai partiti fondatori della Repubblica, e, più in generale, con la previsione della rigidità costituzionale e del controllo accentrato di costituzionalità delle leggi, si è affermata una concezione *sostanziale* di democrazia costituzionale¹¹, anche oltre la qualificazione formale-procedurale risalente al modello illuminista¹². Invero, quest'ultima dimensione della democrazia, che come è noto è stata oggetto di raffinate teorizzazioni da parte di Kelsen, si fonda sul principio rappresentativo, sul suffragio universale e diretto e sulla regola della maggioranza: tutti presupposti considerati necessari per assicurare sia la legittimazione del potere politico, sia la validità delle deliberazioni parlamentari¹³.

Difatti, il rispetto dei connotati formali-procedurali della democrazia esprime la condizione essenziale per una legittima formazione della volontà dello Stato rappresentativo. Nel senso che, come è stato precisato da Böckenförde, “[...] la democrazia viene meno [...] quando [il suo] fondamento procedurale venga messo in discussione o minato alla radice”¹⁴. Invero, l'illustre Autore ha chiarito che: “[...] nella garanzia della democrazia e della libertà democratica rientra il fatto di proteggere il processo con cui si formano l'opinione e la volontà politica contro gli abusi di potere e i monopoli che lo mettono in dubbio appunto come processo libero e aperto [...]”¹⁵. Pertanto, appare necessario “[...] porre limiti all'estensione e all'uso del potere là dove ne venga per suo tramite seriamente impedita o esclusa ad altri la possibilità di accesso e partecipazione [...]”¹⁶.

¹⁰ G. Ferrara, *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Milano, 2006.

¹¹ Sulla democrazia costituzionale si veda, L. Carlassare, *Costituzionalismo e democrazia nella alterazione degli equilibri*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Torino, 2005, p. 561 ss.; G. Ferrara, *Sulla democrazia costituzionale*, in *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere. Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, volume V, Napoli, 2009, p. 1899; nonché, L. Ferrajoli, *La democrazia costituzionale*, Bologna, 2016, p. 13 ss., in cui si prende in esame la natura della democrazia costituzionale formale e sostanziale.

¹² Si allude al pensiero di J.J. Rousseau, *Il contratto sociale*, a cura di G. Perticone, Milano, 1965, libro secondo capitolo III, p. 42, in cui il grande pensatore affermò che “[...] la volontà generale è sempre retta e tende all'utilità pubblica [...]”. Tuttavia, per una critica di questa concezione si veda L. Ferrajoli, *La democrazia costituzionale*, cit., p. 13 ss.

¹³ Si veda H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1959, p. 289, in cui è stato teorizzato che “[...] il principio di maggioranza, e pertanto l'idea di democrazia, è una sintesi delle idee di libertà e di eguaglianza”.

¹⁴ E.W. Böckenförde, *Stato, costituzione, democrazia*, Milano, 2006, p. 427, parentesi non testuali.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*.

Tuttavia, tali precondizioni del regime politico evocato, pur determinando le coordinate teoriche per una corretta qualificazione di democrazia, si direbbero esprimere, piuttosto, una sua fase evolutiva, che, nel secondo dopoguerra, anche grazie alla novità delle Costituzioni rigide, sembra aver raggiunto lo stadio più avanzato¹⁷.

Difatti, la previsione di alcuni principi fondamentali, che identificano gli assetti inviolabili del regime politico-costituzionale, esprime l'esigenza per cui le decisioni politiche, oltre ad essere adottate secondo le regole formali-procedurali proprie del processo democratico, si debbano conformare, nel loro contenuto sostanziale, a tali principi¹⁸. Vale a dire che, le deliberazioni politiche adottate nelle Aule parlamentari devono porsi come attuazione o sviluppo coerente dei principi fondamentali sanciti nelle disposizioni costituzionali, che, a loro volta, manifestano l'esigenza di porre dei limiti assoluti al potere politico, che non può porsi in contrasto con il nucleo intangibile espresso da tali principi. Di modo che, tale qualificazione di democrazia evoca “[...] un paradigma complesso – la democrazia costituzionale- che accanto alla dimensione politica o *formale* include anche una dimensione che ben possiamo chiamare *sostanziale* dato che riguarda i contenuti, ossia la sostanza delle decisioni: ciò che per qualunque maggioranza è da un lato vietato e dall'altro è obbligatorio decidere”¹⁹.

Soprattutto per queste ragioni, bisogna riconoscere che risultano necessarie politiche legislative concrete degli attori del processo politico, al fine di conseguire gli obiettivi prescritti nelle disposizioni costituzionali in cui sono sanciti i principi fondamentali. Infatti, solo attraverso una fattiva e complessa opera legislativa, amministrativa e giudiziaria è possibile realizzare compiutamente il progetto di evoluzione della società previsto dalla Costituzione repubblicana, in cui si allude anche ad una dimensione *sostanziale* della democrazia che, a sua volta, sembra rivelare la condizione necessaria per assicurare quei principi²⁰.

Vero è che, tale opera di concretizzazione del progetto costituzionale non può realizzarsi attraverso il ricorso massiccio agli istituti di democrazia diretta che, per loro natura,

¹⁷ Cfr., L. Ferrajoli, *op. ult. cit.*, p. 23 ss.

¹⁸ L. Ferrajoli, *op. ult. cit.*, p. 23 ss., in cui si fa notare che i “[...] requisiti sostanziali di questo tipo [...] sono stati teorizzati dalla filosofia politica liberale ben prima dell'odierno costituzionalismo rigido. Ma lo sono stati come limiti *politici* o *esterni*, e non anche come limiti *giuridici* o *interni*”.

¹⁹ L. Ferrajoli, *op. ult. cit.*, p. 24.

²⁰ La letteratura è molto ampia, recentemente, F. Bilancia, *Il principio democratico e l'uguaglianza. 1948-2018. L'attualità dei principi fondamentali della Costituzione dopo settant'anni*, in AA.VV., *L'attualità dei principi fondamentali della Costituzione dopo settant'anni*, cit., p. 13 ss.

assolvono ad una funzione diversa²¹ (*infra*). Viceversa, tale esigenza si può realizzare anche attraverso la partecipazione politica, al fine di consentire al popolo di concorrere ai processi di decisione politica, favorendo un maggiore grado di apertura plurale e democratica dell'ordinamento politico-costituzionale, entro le coordinate giuridiche prescritte dalle disposizioni costituzionali²².

2. Sovranità popolare vs mentalità populista.

Chi osservi l'andamento del dibattito politico può constatare l'enfasi, la polemica, la retorica ma anche la confusione, che è stata alimentata intorno al problema della democrazia diretta e all'esigenza di dare voce ai cittadini per consentire loro di determinare, senza mediazione, le scelte politiche da adottare ai vari livelli di gestione della cosa pubblica²³. Analogamente, chi legga un manuale di diritto costituzionale sa che la dimensione reale assegnata dalla Costituzione ai tradizionali istituti di democrazia diretta è piuttosto misurata, perché conforme alla preferenza del Costituente per la democrazia rappresentativa²⁴.

Eppure, nel dibattito politico sembra ormai che l'unica dimensione della democrazia, formale o sostanziale poco rileva, sia quella diretta, ovvero immediata²⁵. Di guisa che, si invoca un sistema, destituito di fondamento costituzionale, in cui il popolo decide, o dovrebbero decidere, sulle più varie questioni in modo autonomo ed istantaneo emancipandosi dalla mediazione partitica, politica e parlamentare. Un contesto nel quale i cittadini, indistintamente ed individualmente, agirebbero per conto proprio assumendo

²¹ E. Cheli, *Democrazia diretta versus democrazia rappresentativa: un tema che torna di attualità. Introduzione*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2019.

²² Si veda, G.U. Rescigno, *op. ult. cit.*, p. 331.

²³ M. Manetti, *Costituzione, partecipazione democratica, populismo*, in *Rivista Aic*, n. 3/2018, p. 9, in cui si rimarca che "Oggetto di critica è in definitiva la asfittica democrazia 'meramente procedurale', sganciata dai valori e dai contenuti che danno sostanza alla sovranità popolare, cui soltanto la 'viva voce' del popolo potrebbe restituire vitalità".

²⁴ Sulla democrazia rappresentativa la bibliografia è molto vasta, si veda C.J. Friedrich, *Governo costituzionale e democrazia*, Vicenza, 1960; F.A. Hermens, *La democrazia rappresentativa*, Firenze, 1968; C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, cit., p.422 ss.; G. U. Rescigno, *op. ult. cit.*, p. 326; P. Caretti e U. De Siervo, *Diritto costituzionale e pubblico*, Torino, 2020, p.152 ss.

²⁵ Come si sa, la letteratura sulla democrazia "mediata" ed "immediata" è vastissima, soprattutto dopo il classico studio di M. Duverger, *La République des citoyens*, Paris, 1982. Per la dottrina italiana si veda, G. Pasquino, *Mandato popolare e governo*, Bologna, 1995.

decisioni suscettibili di realizzare effetti diretti sui provvedimenti da adottare nei più vari e disparati ambiti di intervento pubblico.

Tale concezione, evidentemente, non allude certo alla partecipazione politica popolare, ma ad una nozione di democrazia diretta travisata, che non corrisponde al modello costituzionale. Come è noto, infatti, sussiste una “[...] netta distinzione tra democrazia diretta e partecipazione, tra istituti della democrazia diretta e istituti della partecipazione: con i primi il popolo ha poteri politici decisionali preminenti e definitivi, con i secondi il popolo ha poteri per concorrere a decisioni che spettano ad altri”²⁶.

Viceversa, nelle tendenze distorsive che si sono affermate nel sistema politico e nel dibattito pubblico, il popolo è inteso “[...] in senso olistico come un’entità organica, unitaria e dotata di un valore superiore rispetto a quello della somma dei suoi singoli elementi [...]”²⁷, tale da porsi come soggetto esclusivo cui ricondurre l’intero assetto dei poteri politici, essendo inammissibile ogni altra istanza diretta a limitarne il raggio di azione: cioè, “un’evidente ispirazione riduzionistica”²⁸ del popolo e della sovranità popolare che non ammette alcun limite al suo esercizio.

Tale andamento, a sua volta, rivela una concezione della sovranità popolare piuttosto sommaria in cui il popolo, sarebbe meglio dire la folla²⁹, decide sempre e comunque perché è l’unico attore del processo politico-costituzionale³⁰, indipendentemente e oltre il principio rappresentativo accolto in Costituzione.

Senza voler ricostruire il dibattito teorico sulla natura della sovranità popolare nell’ordinamento costituzionale, appare utile richiamare le teorie di Crisafulli, in cui è stato dimostrato che le potestà statuali emanano dal popolo, inteso come unica fonte della loro legittimazione³¹. Allo stesso tempo, Silvestri ha chiarito che il popolo può ricorrere ad “[...] una pluralità di ‘mezzi’ per esercitare costituzionalmente la propria sovranità”³². Tali

²⁶ G.U. Rescigno, *Corso di diritto pubblico*, cit., p. 327.

²⁷ A. Morelli, *op. ult. cit.*, p. 44.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Ovviamente il riferimento è alle posizioni di G. Giannini, *La Folla*, Roma, 1945. Su quell’esperienza politica si veda C. M. Lomartire, *Il qualunquista. Guglielmo Giannini e l’antipolitica*, Milano, 2008.

³⁰ Una concezione che va anche oltre l’idea dell’investitura diretta del primo ministro che assicurerebbe l’esercizio migliore della sovranità del popolo, su cui criticamente E. Olivito, *Le inesauste ragioni e gli stridenti paradossi della governabilità*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2015, p. 59 ss.

³¹ V. Crisafulli, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana (note preliminari)*, 1954, ora in Id., *Stato popolo governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985, p. 143.

³² Così G. Silvestri, *Sovranità popolare e magistratura*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2003, p. 1.

Autori, invero, sembrano evocare una concezione della sovranità popolare analoga a quella elaborata da Carlo Esposito che, a sua volta, ne chiarì puntualmente il significato, evidenziando che: “[...] la sovranità del popolo esiste solo nei limiti e nelle forme in cui la Costituzione la organizza, la riconosce e la rende possibile, e fin quando sia esercitata nelle forme e nei limiti del diritto. Fuori della Costituzione e del diritto non c’è la sovranità, ma l’arbitrio popolare, non c’è il popolo sovrano, ma la massa con le sue passioni e con la sua debolezza”³³. Vale a dire che, se la fonte di legittimazione dei poteri statali è il popolo, è altrettanto indubitabile che la Costituzione stabilisca limiti e forme all’esplicazione della sua *volontà*, assegnando e distribuendo tra i supremi organi dello Stato le diverse attribuzioni costituzionali, al fine di realizzare un sistema complesso e mediato di azioni esercitate in nome e per conto del popolo³⁴.

In altre parole, è indubbio che la forma democratica dello Stato sia caratterizzata dalla spettanza della sovranità al popolo³⁵. Tuttavia, tale qualificazione non significa assegnare al popolo l’esercizio indistinto dei poteri politici, e, tantomeno, la loro immediatezza. Invero, ed entro i limiti appena richiamati, la forma democratica statale comporta “[...] il diritto del popolo di partecipare, direttamente o indirettamente, alle supreme decisioni politiche, fra quei diritti «inalienabili» di cui è parola nel successivo art. 2, e perciò assegnare alla forma democratica il carattere di immodificabilità proprio dei principi fondamentali che, caratterizzando la costituzione, restano sottratti allo stesso potere di revisione”³⁶. Questa precisazione appare decisiva perché chiarisce il rilievo e la distinzione tra democrazia diretta, indiretta e partecipazione che, a sua volta, sembra ricomprendere entrambe le dimensioni. Infatti, quando si evoca la partecipazione politica popolare si fa riferimento a “[...] tutte quelle numerose forme e modi in cui i cittadini, singolarmente o a gruppi, direttamente o indirettamente, prendono parte ai processi decisionali dei poteri pubblici”³⁷.

Sicché, nel pensiero di Mortati, e similmente alle teorie di Crisafulli, Esposito e Silvestri,

³³ C. Esposito, *Commento all’art. 1 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana - Saggi*, Padova, 1954, p. 11 ss.

³⁴ Si veda, A. Pace, *I limiti del potere*, Napoli, 2008, p. 128, in cui, richiamando il pensiero di M. Kriele, si evidenzia che “[...] nello stato costituzionale non esistono sovrani”.

³⁵ C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, cit., p. 150.

³⁶ C. Mortati, *op. ult. cit.*, p. 150.

³⁷ G.U. Rescigno, *op. ult. cit.*, p. 328.

emergere un nesso ineliminabile tra la democrazia e la sovranità popolare³⁸. Nondimeno, nelle teorie di Mortati sembra affiorare qualcosa in più, perché la sua ricostruzione del principio di sovranità popolare associa la prospettiva formale-procedurale della democrazia e quella *sostanziale*, soprattutto mediante il rinvio ai diritti inalienabili sanciti nell'art. 2 Cost. Di modo che, questa concezione rafforza l'opinione richiamata più sopra, che nella Costituzione italiana sia prescritta, anche, e soprattutto, la democrazia *sostanziale*.

In conclusione, pur non potendo indugiare ulteriormente su problemi teorici di tale spessore, appare utile richiamare il pensiero di Ferrara, in cui si assegna alla sovranità del popolo un significato e un ruolo originario nella formazione dello Stato costituzionale, perché “il Costituente italiano nel redigere il secondo comma dell'articolo 1 non “decideva” l'attribuzione della sovranità al popolo, la constatava, la riconosceva e in essa si riconosceva come sua emanazione (a mo' di Rousseau) [...]”³⁹.

Pertanto, la titolarità popolare della sovranità è un elemento primigenio, fondativo e connaturato alla natura dello Stato democratico, tale da manifestare una delle sue estrinsecazioni. Tuttavia, come si è cercato di evidenziare, tale qualificazione della sovranità popolare non allude ad un esercizio immediato e diretto di poteri politici, e tantomeno ad una partecipazione politica popolare non assoggettata a vincoli di natura giuridica. Infatti, entro questa più ampia cornice il suo esercizio appare subordinato a limiti legali costituzionali sui quali la dottrina ha posto, anche più recentemente, la sua attenzione, al fine di chiarirne ulteriormente la natura e il significato autentico⁴⁰.

3. Crisi dello Stato e processi democratici.

Appare corretto considerare che il futuro dello Stato riguarda, più in particolare, il futuro dello Stato democratico, la sua crisi e il suo processo di ricostruzione. Invero, molte incertezze che attraversa oggi lo Stato sono causate da fenomeni sia interni sia esterni ad

³⁸ C. Mortati, *Commento all'articolo 1 della Costituzione*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, spec. p. 26 ss.

³⁹ G. Ferrara, *La sovranità popolare e le sue forme*, in S. Labriola (a cura di), *Valori e principi del regime repubblicano, 1. I Sovranità e democrazia*, Roma-Bari, 2006, p. 261, p. 262.

⁴⁰ Il tema, come è noto, è vastissimo, si veda F. Bilancia, *Sovranità*, in *Rivista Aic*, n. 3/2017, p. 31 ss., spec. p. 42; nonché A. Morrone, *Sovranità*, *ivi*; O. Chessa, *Sovranità: temi e problemi di un dibattito giuspubblicistico ancor attuale*, *ivi*.

esso, tali da intaccare le categorie tradizionali del diritto costituzionale⁴¹. Per queste ragioni è apparso necessario richiamare alcuni elementi che ne caratterizzano la struttura, fondamentalmente la sovranità popolare con alcuni suoi corollari. Peraltro, la prospettiva di indagine prescelta è solo interna, tralasciando l'esame di alcuni aspetti della crisi indotti da fenomeni esterni come, ad esempio, il capitalismo finanziario, la mondializzazione e la capacità dei grandi gruppi privati di interesse di alterare la sovranità statale⁴². Tali profili, pur rappresentando una concausa relevantissima della crisi, non possono essere esaminati in questa sede perché sposterebbero significativamente la riflessione dall'oggetto specifico di queste note.

Il problema è che le numerose riforme del sistema politico costituzionale sperimentate e mancate degli ultimi 25 anni almeno, nonché la perdita di capacità rappresentativa dei partiti, a non voler considerare la regressione del ceto politico nostrano, hanno favorito non solo la disaffezione dei cittadini dalla politica e più in generale dalla cosa pubblica, ma la tendenza ad un trasferimento dello scettro di comando (ovvero la sovranità popolare) dalle mani del popolo in sedi estranee al circuito democratico-rappresentativo⁴³. Tale orientamento sembra aver favorito, altresì, l'affermazione degli interessi dei cc.dd. poteri forti con un'evidente alterazione del processo democratico, secondo una direzione di marcia che, anche dall'esterno, aveva da tempo alterato i lineamenti essenziali della sovranità statale⁴⁴.

Vero è che la crisi dello Stato appare irreversibile, perché le risposte che avrebbe dovuto dare il sistema politico ai numerosi problemi di cui si è fatto cenno sono state tardive o si

⁴¹ Questo contesto evoca problemi teorici di notevole spessore sui quali, da ultimo, M. Luciani, *Dal chaos all'ordine e ritorno*, in *Rivista di filosofia del diritto*, n. /2019, pp. 349 ss., spec. pp. 372-373. In precedenza, Id., *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1996, pp. 124 ss., spec. p. 160 ss.; nonché, G. Ferrara, *Sulla rappresentanza politica. Note di fine secolo*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1998, pp. 20 ss., ora in Id., *Per la democrazia costituzionale. Scritti scelti*, Napoli, 2020, pp. 221 ss.

⁴² Si veda, M. Luciani, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, cit., p. 125, in cui l'Autore ha chiarito che gli elementi della crisi dello Stato “[...] si situano oggi al di fuori di esso, ricollegandosi all’impetuoso sviluppo dei fenomeni di globalizzazione di istituzioni internazionali o sovranazionali che erodono progressivamente lo spazio residuo della sovranità statale”.

⁴³ Il tema fu rilanciato in tempi risalenti anche da L. Basso, *Il principe senza scettro. Democrazia e sovranità popolare nella Costituzione e nella realtà italiana*, (1958), con prefazione di S. Rodotà, Milano, 1998. Peraltro, A. Di Giovine, *Dal principio democratico al sistema rappresentativo: l'ineluttabile metamorfosi*, cit., p. 66 ss., ha destituito di fondamento l'enfasi posta sull'immagine dello *scettro* ingiustamente sottratto al popolo, perché, in realtà, non è mai esistita nella storia antica e moderna un'epoca in cui si è realizzato l'ideale di democrazia evocato da quel simbolo. Sul punto, più in generale, M. Luciani, *La formazione delle leggi*. Tomo I, 2. *Art. 75. Il referendum abrogativo*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, cit., p. 133 ss., spec. p. 137, ove si qualificano le distinzioni tra referendum e plebiscito.

⁴⁴ Cfr. M. Luciani, *Dal chaos all'ordine e ritorno*, cit., p. 360 ss.

sono rivelate inadeguate, aggravando, se possibile, i problemi⁴⁵. Di modo che, alla crisi democratica dovuta originariamente a fattori esterni allo Stato si sono sommati fattori interni che sembrano aver acuito seriamente e ulteriormente le questioni. In via esemplificativa ed emblematica è sufficiente richiamare il fenomeno dei c.d. “[...] governi tecnocratici [...] che traggono la loro forza politica e simbolica dall’ideologia tecnofinanziaria così come plasmata, nel corso del tempo, dall’ordine neoliberale [...]”⁴⁶. Vale a dire, esecutivi in cui si è affermato il primato delle ragioni dell’economia su quelle della politica che, a sua volta, ha scontato, e sconta tuttora, una crisi di rappresentatività tale da erodere il necessario consenso utile ad assumere decisioni idonee a fronteggiare le incognite più spinose del tempo presente. Invero, interrogandosi sulle cause più riposte della crisi e sull’affermazione dei vari populismi, Luigi Ferrajoli ha richiamato il “[...] ribaltamento prodottosi del rapporto tra politica ed economia. Questo rapporto si è capovolto, anche a causa dell’asimmetria tra il carattere globale dell’economia e della finanza e il carattere ancora statale e locale della politica e dell’orizzonte dei partiti: un’asimmetria, peraltro, generata dalla stessa politica e dalle sue ‘riforme’ liberiste, come la liberalizzazione della circolazione dei capitali e la privatizzazione delle banche, non più distinte tra banche di risparmio e banche d’affari”⁴⁷.

Entro questo più ampio contesto, la prassi della nomina dei governi sganciati da un vero e proprio consenso popolare, invalsa nei momenti di stallo del sistema politico⁴⁸, in realtà sembra aver rivelato una crisi più profonda perché la sovranità popolare è stata percepita come un orpello nelle mani del popolo, tale da aver generato il suo distacco progressivo dai luoghi reali del potere, e la ripulsa popolare nei confronti della politica *tout court*. Molto spesso, cioè, sono state adottate decisioni politiche fondamentali non all’esito di un processo deliberativo politico-parlamentare autentico, ma come risultato di processi

⁴⁵ In tema, diffusamente, G. Azzariti, *Diritto o Barbarie. Il costituzionalismo moderno al bivio*, Bari-Roma, 2021.

⁴⁶ C. De Fiore, *Tendenze sistemiche e aporie costituzionali dei governi tecnocratici in Italia*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2021, p. 44.

⁴⁷ L. Ferrajoli, *Democrazia e populismo*, in *Rivista Aic*, n. 3/2018, pp. 520-521.

⁴⁸ Si pensi, ad esempio, ai fatti che portarono alla formazione del governo Monti; sui quali la dottrina manifestò opinioni diverse, si veda V. Lippolis e G. M. Salerno, *La presidenza più lunga. I poteri del capo dello Stato e la Costituzione*, Bologna, 2016, p. 40 ss.; M. Olivetti, *Governare con l’aiuto del Presidente*, in *Il Mulino*, n. 2/2012, p. 233 ss.; C. Fusaro, *La formazione del governo Monti*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 2/2012, p. 391 ss.

decisionali indecifrabili secondo le categorie del diritto costituzionale⁴⁹, alterando la natura della funzione parlamentare e della rappresentanza politica. Tanto è vero che da decenni ormai, al fine di rinvigorire la rappresentanza politica, si discute della riforma dei partiti e delle istituzioni rappresentative, anche mediante l'immissione di "dosi forti di partecipazione"⁵⁰ allo scopo, appunto, di far riavvicinare i cittadini alla politica e alla cosa pubblica mediante la più adeguata partecipazione politica popolare⁵¹.

L'allontanamento dai processi democratici sembra aver contribuito all'affermazione e alle rivendicazioni di alcune forze politiche, come il Movimento 5 stelle e i partiti ispirati da una certa mentalità populista, che hanno intrapreso una vera e propria lotta contro la democrazia rappresentativa. Soprattutto il Movimento 5 stelle, almeno nella fase iniziale, sembra aver assunto una concezione della democrazia tale da aver praticato lo "[...] spostamento degli strumenti dell'indirizzo politico fuori dalla sfera della democrazia rappresentativa [...]"⁵². Come si sa, infatti, la polemica si è rivolta contro il ceto politico tradizionale, cioè contro i professionisti della politica, al fine di favorire l'affermazione di un sistema in cui i rappresentanti politici, anche mediante il ricorso a strumenti telematici, siano in continuo collegamento con la base popolare, dovendo ricevere il consenso necessario per assumere decisioni politiche decisive.

Sicché, questo modello sembra andare anche oltre la polemica antipolitica e populista diffusa che accomuna talune forze politiche, perché alla base di tale visione si è consolidata l'idea che i partiti e il Parlamento, ovvero la democrazia rappresentativa, siano una realtà obsoleta da superare al fine di affermare una certa concezione di democrazia i cui caratteri rinviano, in modo indistinto, all'esercizio immediato dei poteri politici da parte del popolo (*infra*). Inutile dire che, volendo prendere sul serio la nozione di democrazia diretta, quella

⁴⁹ Emblematicamente si può richiamare la revisione dell'articolo 81 della Costituzione che, secondo M. Luciani, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in *Astrid-online.it*, n. 3/2013, p. 22, fu ispirata dalla "[...] lettera indirizzata dai «due» [...] governatori della BCE (quello in carica – Trichet – e quello prossimo a subentrargli – Draghi, a quel momento ancora governatore centrale italiano) al Governo italiano in data 5 agosto 2011". Come è noto, infatti, quella lettera individuava "[...] i settori nei quali si sarebbe dovuti intervenire per tagliare la spesa e stabilendo anche la fonte normativa che avrebbe dovuto provvedere (il decreto legge) [...] si giungeva a suggerire una revisione costituzionale quanto alle norme in materia di bilancio".

⁵⁰ Cfr. G. Ferrara, *Democrazia e rappresentanza politica*, in *Costituzionalismo.it*, 24 maggio 2005, p. 8.

⁵¹ Analogamente, R. Dahrendorf, *La società riaperta, Dal crollo del muro alla guerra in Iraq*, Roma-Bari, 2005, p. 208, dove si rimarca che la "democrazia rappresentativa, parlamentare" appare "minacciata da diverse tendenze" ma non ha "perso né la sua forza né il suo diritto", pertanto bisognerebbe "rivitalizzarla e rafforzarla", favorendo e incoraggiando la partecipazione.

⁵² E. Cheli, *Democrazia diretta versus democrazia rappresentativa: un tema che torna di attualità. Introduzione*, cit., p. 3.

concezione non ha alcun fondamento costituzionale: essa, al contrario, appare in contrasto con una corretta qualificazione degli istituti tradizionali di democrazia diretta.

4. Lo spazio costituzionale della democrazia diretta.

L'effettività del principio di sovranità popolare comporta che, fra il riconoscimento di poteri al popolo e quelli "assegnati agli organi supremi dello stato-apparato"⁵³, si assegnino "al popolo gli impulsi primari"⁵⁴ condizionanti l'attività affidata ai secondi: principalmente il diritto di voto e, in via residuale, istituti come il referendum, l'iniziativa popolare delle leggi e la petizione⁵⁵.

La consistenza reale dello spazio che la Costituzione ha assegnato alla democrazia diretta appare variabile, nel senso che si direbbe inversamente proporzionale al grado di rappresentatività e di legittimazione dei partiti. Vale a dire che il ricorso sempre più massiccio agli istituti di democrazia diretta sembra il riflesso di fasi politiche in cui la mediazione partitica si è come arrestata, favorendo l'espansione del referendum soprattutto, e la sperimentazione, per la verità piuttosto timida, di nuove forme di partecipazione politica popolare.

Infatti, è stato rimarcato lo scarso rendimento di istituti come l'iniziativa legislativa popolare e il diritto di petizione. Viceversa, discorso ben diverso vale per il referendum che ha dimostrato tuttavia "[...] il tendenziale fallimento della prospettiva sinergica (ed irenica) di funzionalizzazione dello stesso alla crescita della capacità di risposta del sistema rappresentativo e l'affermazione di un prevalente connotato antagonista e non cooperativo del *referendum* che finisce per avvalorare più l'idea competitiva delle due democrazie – diretta e rappresentativa – che non quella convergente del sottomodulo rappresentativo-

⁵³ C. Mortati, *Istituzioni*, I, cit., p. 156.

⁵⁴ *Ibidem*. Più in particolare, secondo C. Mortati, *Relazione sul potere legislativo*, Commissione per la Costituzione, II Sottocommissione, in *patrimonio.archivio.senato.it*, p. 183, esistono "sistemi in cui al popolo è affidata una funzione di pura e semplice preposizione alla carica dei titolari degli organi costituzionali elettivi (che danno vita alle forme meramente rappresentative, o rappresentative in senso stretto)" e "sistemi in cui il popolo designa anche, in modo più o meno esplicito e diretto, gli indirizzi politici".

⁵⁵ M. Luciani, *La formazione delle leggi. Art. 75. Il referendum abrogativo*, cit., p. 180, ha chiarito che nella concezione di sovranità accolta dai Costituenti essa è "[...] imputata sì al popolo, ma pur sempre delimitata e condizionata dalla Costituzione, nel contesto di un'impostazione consapevolmente antigiacobina del rapporto tra popolo e potere, nel quale il principio rappresentativo assumeva [...] una posizione di centralità".

referendario vagheggiato dai Costituenti”⁵⁶.

D'altra parte, l'evoluzione dell'istituto referendario, che secondo Böckenförde non è uno strumento di democrazia diretta perché per il suo svolgimento è sempre necessaria un'intermediazione⁵⁷, presenta molti aspetti problematici perché oggi assume le sembianze di uno strumento di legislazione positiva piuttosto distante dalla sua qualificazione originaria contromaggioritaria⁵⁸. Inoltre, è stato spesso invocato come un espediente che concepisce l'appello al popolo come un modo utile a scardinare le istituzioni rappresentative: cioè, un mezzo alternativo e in conflitto con la rappresentanza politica, che non ha certo l'obiettivo di rivitalizzare le istituzioni rappresentative⁵⁹.

I punti di contatto di tale uso distorto del referendum abrogativo con il populismo sono assai evidenti, soprattutto se si considera l'enfasi posta sulla c.d. democrazia plebiscitaria⁶⁰; una retorica, cioè, che propone di assicurare la sintonia “[...] fra le sedi del potere politico ed il «popolo» [...]”⁶¹, immaginato come “[...] qualcosa di diverso dalle istituzioni che raccolgono e rappresentano il consenso delle componenti politiche [...]”⁶².

Peraltro, l'aspetto più anomalo di questa tendenza è che inizialmente sono stati alcuni partiti, ed in seguito una cospicua parte del sistema rappresentativo, ad aver impresso un impulso significativo a tale andamento, dando l'impressione, talvolta, di aver posto in essere una confusa azione contro se stessi e contro la democrazia rappresentativa⁶³. In questa tendenza, peraltro perdurante, emerge l'equivoco di fondo costituito dalla

⁵⁶ P. Carnevale, *I rischi dell'utopia della c.d. democrazia diretta*, in *Nomos*, n. 1/2020, p. 1 ss., spec. p. 2.

⁵⁷ E.W. Böckenförde, *Democrazia e rappresentanza*, in *Quaderni Costituzionali*, 1985, p. 234 ss., spec. p. 239.

⁵⁸ Infatti, secondo C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976, p. 838, il referendum avrebbe dovuto essere “[...] un'arma messa a disposizione della minoranza in parlamento, o di quei gruppi di elettori che ritengono non aderenti alla volontà del paese determinate misure prese dalla maggioranza al potere o intendano provvedere ad omissioni in cui questa sia incorsa, e perciò è rivolto a temperare l'arbitrio della maggioranza stessa [...]”.

⁵⁹ A tale proposito è possibile richiamare l'esaltazione referendaria in ordine ai referendum sulla legge elettorale o sul finanziamento pubblico ai partiti: una valenza antipartitocratica che andava ben oltre i quesiti posti agli elettori.

⁶⁰ Sul punto, A. Di Giovine, *Democrazia diretta: da chi?*, in *Teoria politica*, n. 2/1996, p. 7 ss., in cui si evidenzia che mediante il ricorso al referendum, in realtà, il popolo è stato interpellato non tanto per abrogare una disposizione normativa, quanto per favorire la legittimazione di *leadership* carismatiche, ovvero votare a favore o contro un *leader*, esattamente come accade nei plebisciti.

⁶¹ P. Pombeni, *Il populismo nel contesto del costituzionalismo europeo*, in *Ricerche di storia politica*, n. 3/2004, p. 367, 387.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ P. Carnevale, *I rischi dell'utopia della c.d. democrazia diretta*, cit., p. 4, in cui si ricorda che fu il Partito radicale ad inaugurare questa campagna politica. In tema P. Bilancia (a cura di), *Democrazia diretta vs Democrazia rappresentativa. Profili problematici nel costituzionalismo contemporaneo*, in *Federalismi.it*, n. 1/2017.

circostanza di confondere e di sovrapporre tra loro la dimensione della democrazia diretta e quella della democrazia partecipativa che, come accennato più sopra, realizza il concorso popolare ai processi decisionali politici, e non la loro diretta realizzazione.

Invero, secondo un orientamento dottrinale consolidato, il Costituente ha perseguito l'obiettivo di un certo equilibrio tra rappresentanza e partecipazione, scongiurando però il rischio "di una partecipazione senza struttura giuridica, di una partecipazione, per così dire, *extra ordinem*"⁶⁴. Anche per tali ragioni, cioè per lo spazio assegnato agli strumenti della partecipazione politica e a quelli propri della democrazia diretta, e per l'equilibrio realizzato tra l'istanza rappresentativa e l'istanza partecipativa, quest'ultima vale ad integrare il modello rappresentativo, non a sostituirsi ad esso. Tale equilibrio, infatti, realizza due obiettivi concordanti: ovvero, "[...] accogliere nello Stato quanta più società possibile [...]"⁶⁵ e, allo stesso tempo, consentire ai cittadini di "[...] influenzare le decisioni dei detentori del potere politico [...]", assecondando "[...] il bisogno sociale di essere e sentirsi parte del sistema in cui si vive e si opera"⁶⁶.

Come evidenziato più sopra, uno dei modi più ricorrenti giudicati utili a rivitalizzare la partecipazione e, per suo tramite, la sovranità popolare non è stato quello di invocare una maggiore apertura dei processi decisionali politici mediante nuove forme di partecipazione popolare, bensì il ricorso *tout court* alla democrazia diretta che, secondo alcuni, potrebbe finalmente restituire al popolo il ruolo che gli spetta: sia attraverso il ricorso al referendum sia soprattutto mediante l'uso della rete⁶⁷.

Quest'ultima tesi, in realtà, nasconde molte insidie e, il più delle volte, è stata invocata in modo strumentale alimentando numerosi equivoci, talvolta in buona fede ma, in altre occasioni, per una certa esigenza propagandistica⁶⁸. D'altra parte, il ricorso alla rete evoca una concezione della democrazia assai discutibile perché, nella sua versione più radicale e polemica, intende sostituire al regime della discussione e del compromesso tra le parti in conflitto (proprio del modello rappresentativo)⁶⁹ il regime della pura sommatoria dei voti:

⁶⁴ Cfr., M. Della Morte, *Rappresentanza vs. partecipazione. L'equilibrio costituzionale e la sua crisi*, Milano, 2012, p.142, che formula un'ipotesi ricostruttiva in cui si valorizza l'istanza partecipativa presente in Costituzione.

⁶⁵ In tal senso M. Luciani, *Introduzione*, come richiamato da M. Della Morte, *op. ult. cit.*, p. 219.

⁶⁶ M. Della Morte, *op. ult. cit.*, p. 219.

⁶⁷ In tema diffusamente e criticamente F. Pallante, *Contro la democrazia diretta*, Torino, 2020.

⁶⁸ Si veda, A. D'Atena, *Tensioni e sfide della democrazia*, in *Rivista Aic*, n. 1/2018, spec. p. 12 ss.

⁶⁹ H. Kelsen, *Il problema del Parlamento*, in *Il primato del Parlamento*, Milano, 1982, p. 171; nonché Id., *Essenza e valore della democrazia*, in *La democrazia*, Bologna, 1998, p. 55.

ovvero, l'imposizione di una parte sull'altra, secondo una logica di dominio della maggioranza⁷⁰.

Inoltre, su questioni complesse, il ricorso allo strumento informatico andrebbe escluso in radice perché non consente ai cittadini di esaminare adeguatamente ogni aspetto di un determinato problema, ma, in ipotesi, solo i profili più generali. Invero, il mezzo informatico consente ai votanti di esprimere, con il sì o con il no, la propria preferenza per una determinata questione⁷¹, eliminando la possibilità di valutare e di votare questioni tra loro distinte e confliggenti, alterando così la loro libertà di voto⁷².

Ancora, il problema cruciale è rappresentato dal rischio di manipolazione del consenso dei votanti perché, come è noto, attraverso la rete è possibile alterare la percezione che ciascuno ha della realtà mediante un uso malizioso degli algoritmi⁷³. In altri termini, almeno fino a quando non saranno elaborati strumenti in grado di garantire l'autenticità e la consapevolezza del voto, va esclusa questa forma di espressione del consenso perché rischia di trasformarsi in uno strumento contro la volontà autentica dei cittadini. Infatti, come evidenziato da Gustavo Zagrebelsky, “[...] La democrazia «in tempo reale» è quel regime in cui la folla viene interrogata e risponde immediatamente: interrogata dal demagogo, cioè da colui che muove la folla”⁷⁴. Sicché, se dentro la rete dovesse operare un demagogo capace di alterare la percezione della realtà, mediante l'uso spregiudicato degli algoritmi, si capisce bene come potrebbe determinarsi un vero e proprio tracollo della democrazia e delle Istituzioni rappresentative.

Insomma, la democrazia diretta che, come precisato, è un fenomeno distinto dalla partecipazione politica popolare, presenta una relazione con la democrazia rappresentativa piuttosto problematica, perché ad un esame del rendimento degli strumenti previsti dall'ordinamento giuridico permangono numerose ambiguità ed incertezze, cioè: “[...] integrazione o contrapposizione? Ovvero, controllo, contributo e riforma, oppure vita a sé

⁷⁰ Sul punto, F. Pallante, *Contro la democrazia diretta*, cit., p. 127.

⁷¹ A. D'Atena, *Tensioni e sfide della democrazia*, cit., p. 13.

⁷² In questo caso sono molto evidenti le analogie con il problema dell'omogeneità del quesito referendario. Come è noto la dottrina è vastissima, si veda A. Pertici, *Il giudice delle leggi e il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Torino, 2010, p. 167 ss., in cui si sostiene che l'omogeneità del quesito è una condizione per assicurare “[...] il principio democratico, incidendo di fatto sulla libertà del voto stesso”; sul punto, M. Luciani, *La formazione delle leggi. Art. 75. Il referendum abrogativo*, cit., p. 475 ss.

⁷³ A. D'Atena, *Tensioni e sfide della democrazia*, cit., p. 15.

⁷⁴ La citazione è tratta da F. Pallante, *Contro la democrazia diretta*, cit., p. 111.

stante o aperta ostilità?”⁷⁵.

Diversamente, ed entro questo contesto problematico, è utile evidenziare che la partecipazione politica popolare manifesta l'esigenza diversa dei cittadini di rivendicare spazi maggiori per incidere, sia pure indirettamente, sui processi decisionali politici. A tale riguardo è possibile richiamare alcune esperienze, riconducibili ai movimenti, in cui si sono affermate ipotesi nuove di partecipazione popolare ispirate alla c.d. democrazia dal basso. La novità rilevante rappresentata dai movimenti è che queste organizzazioni spontanee di cittadini agiscono “[...] all'interno del quadro e del programma costituzionale, rappresentandone una espressione e muovendosi lungo il tracciato della creazione di una democrazia sostanziale [...] rendendo effettiva la partecipazione e «utilizzando» le libertà costituzionali”⁷⁶. Di modo che, si direbbe che la dimensione *sostanziale* di democrazia, di cui si è fatto cenno all'inizio di queste note, appare concretizzarsi anche al di fuori, e legittimamente, dei circuiti di decisione politica tradizionali, manifestando l'apertura del modello costituzionale alle nuove forme di partecipazione politica popolare.

Al contrario, talune tendenze trasversali presenti in non pochi raggruppamenti politici e, dunque, nel sistema politico, denotano l'affermazione di una concezione di democrazia diretta intesa come lo strumento idoneo a “[...] realizzare l'ideale dell'autogoverno”⁷⁷ popolare. Tale concezione, tuttavia, oltre a porsi in aperta contrapposizione al modello rappresentativo, non presenta alcun fondamento costituzionale.

5. I nemici della democrazia diretta: partiti, rappresentanza politica, mediazione parlamentare.

I dubbi e le ambiguità di cui si è fatto cenno esprimono in misura sufficiente la tensione permanente tra democrazia rappresentativa e democrazia diretta.

Tale contrapposizione, tuttavia, si può adeguatamente comprendere considerando la circostanza che l'evocazione della democrazia diretta sconta il problema legato alla sua origine e ai suoi connotati di fondo: essa, infatti, presenta una significativa e prevalente

⁷⁵ A. Algostino, *Democrazia, rappresentanza, partecipazione. Il caso del movimento No Tav*, Napoli, 2011, p. 135.

⁷⁶ A. Algostino, *op. ult. cit.*, p. 135.

⁷⁷ F. Pallante, *op. ult. cit.*, p. 127.

connotazione rivoluzionaria⁷⁸. Invero, come è stato evidenziato da alcuni Autori, la democrazia diretta sviluppò quella natura soprattutto per rovesciare le strutture dell'Ancien regime⁷⁹.

Pertanto, almeno in origine, non fu concepita come un correttivo della democrazia rappresentativa, ma perseguì un obiettivo ben più ampio: vale a dire, affermare un nuovo regime politico e costituzionale e sconfessare i postulati dello Stato assolutista⁸⁰. Anche per queste ragioni, sia detto in via del tutto incidentale, il Costituente non assegnò particolare rilievo agli istituti della democrazia diretta anzitutto perché, nella fase storico politica in cui operava, la ricostruzione del Paese richiedeva il consolidamento della democrazia parlamentare al fine di rafforzare il sentimento di unità politica nazionale⁸¹; che, evidentemente, l'azione disgregatrice naturale della democrazia diretta avrebbe potuto seriamente compromettere.

Sicché, appare verosimile ricondurre una certa concezione della democrazia diretta ad un ideale di autogoverno popolare che riaffiora ogni qualvolta si attraversi una fase di stallo o di crisi del regime rappresentativo. In altre parole, tale connotazione della democrazia diretta sembra aver mantenuto inalterata la sua naturale e originaria carica distruttiva, individuando puntualmente i nemici contro i quali scagliare la propria forza al fine di restituire il potere al popolo.

Invero, tra i numerosi argomenti polemici propri del dibattito politico, tali da caratterizzare una certa concezione della democrazia diretta, è possibile individuare almeno due aspetti ricorrenti: cioè, da un lato l'eccessiva libertà e autonomia di cui godono i rappresentanti politici dal popolo elettore; e, allo stesso tempo, l'indipendenza dell'apparato burocratico statale dalla volontà popolare⁸².

Inoltre, in una versione più recente, tale dimensione della democrazia ha individuato come suo bersaglio prevalente la c.d. casta che avrebbe sottratto, attraverso procedure

⁷⁸ Cfr., D. Palano, *I due volti della democrazia diretta. Note per la genealogia di un progetto moderno*, cit., pp. 353-354.

⁷⁹ D. Palano, *op. ult. cit.*, p. 346 e dottrina ivi richiamata.

⁸⁰ Il riferimento è al pensiero di J.J. Rousseau, *Il contratto sociale*, cit., II. 9, e III. XV. La letteratura è vastissima, si veda A. Padoa Schioppa, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Bologna, 2007, p. 398.

⁸¹ M. Luciani, *Costituzione, istituzioni e processi di costruzione dell'unità nazionale*, in *Rivista Aic*, n. 2/2011, spec. pp. 9-11.

⁸² D. Palano, *op. ult. cit.*, p. 343.

democratiche, lo scettro di comando al popolo⁸³. Anche per queste ragioni, nella vulgata politica, si è diffuso il mito dell'elezione diretta del vertice dell'esecutivo, con l'intendimento apparente di assegnare al popolo il potere di conoscere il governo il giorno stesso delle elezioni. In questo caso, tuttavia, appare molto evidente la confusione strumentale tra la democrazia diretta e quella plebiscitaria, tale da rappresentare un'involuzione ulteriore del regime democratico.

Si è consolidata, pertanto, una sfiducia diffusa nei confronti delle Istituzioni rappresentative che opererebbero, tuttora, allo scopo prevalente di accrescere la propria posizione di potere, contro i cittadini e contro l'ideale di una democrazia autentica. Sicché, secondo questa concezione, solo il ricorso diretto dei cittadini alle pratiche di autogoverno potrebbe rimediare ai difetti prodotti da tali Istituzioni.

Ancora, la contestazione ha preso di mira anche alcune strutture istituzionali, come ad esempio la burocrazia e la tecnocrazia europea, le autorità indipendenti, che a loro volta avrebbero impedito l'esercizio del potere da parte del popolo: cioè, vere e proprie contestazioni al modello economico e sociale odierno, che impedirebbe al sistema politico di essere realmente democratico⁸⁴.

Sulla base di queste tendenze sono emersi alcuni indirizzi ricostruttivi che conviene richiamare. Da una parte si è consolidata, soprattutto grazie al pensiero di Rosanvallon, una concezione vigilante di democrazia, in cui alcuni istituti di democrazia diretta sono stati intesi come strumenti capaci di realizzare il controllo sui Parlamenti, sui parlamentari e sui partiti e più in generale sull'attività di Governo⁸⁵.

Più in particolare, si è affermata la c.d. *controdemocrazia*, cioè una variante, per così dire, della democrazia, in cui si realizzano “[...] un intreccio di pratiche, di verifiche, di contropoteri sociali e informali, ed anche di istituzioni, destinato a compensare l'erosione della fiducia tramite un'organizzazione della sfiducia [...]”⁸⁶. Entro questa prospettiva sono richiamati strumenti come il referendum, l'iniziativa popolare, o anche la revoca degli eletti, in grado di sanzionare i rappresentati, e ristabilire la fiducia popolare tradita; vale a dire, un modo per indurre “[...] i rappresentanti a essere più ‘responsivi’ nei confronti dei

⁸³ In tema, diffusamente, C.A. Ciaralli, *Populismo, movimenti anti sistema e crisi della democrazia rappresentativa*, cit., spec. p. 31 ss.

⁸⁴ C.A. Ciaralli, *Populismo, movimenti anti sistema e crisi della democrazia rappresentativa*, cit., p. 55 ss.

⁸⁵ P. Rosanvallon, *Controdemocrazia. La politica nell'era della sfiducia*, II edizione italiana, Roma, 2017, p. 43 ss., spec. p. 61.

⁸⁶ *Ibidem*.

rappresentati [...]”⁸⁷, rimediando all’eccessiva autonomia della classe politica dalla società⁸⁸.

Da altro punto di vista, ancora, e in una prospettiva più radicale, la democrazia diretta è stata concepita come la condizione per superare e liberarsi dalle strutture statali⁸⁹. Queste concezioni, come accennato, muovono dal sospetto di coloro che operano nelle Istituzioni, tali da poter tradire la fiducia popolare e profittare della propria condizione di potere solo per trarre vantaggi personali.

Ad osservare il sistema politico italiano l’ideale dei fautori della democrazia diretta consiste nella pretesa di un sistema *democratico* in cui i cittadini siano in condizione di esercitare il potere in modo diretto, oltrepassando la mediazione partitica e parlamentare. Sicché, in queste tendenze non vale l’idea dell’integrazione del modello rappresentativo attraverso la partecipazione dei cittadini al processo decisionale politico ma, senza la mediazione di rappresentanti, si intende realizzare una “[...] radicale democratizzazione degli spazi sociali in cui gli individui si trovano inseriti [...]”⁹⁰.

Come è noto, esperienze proprie di altre epoche storiche, come ad esempio la Comune di Parigi del 1871 o i soviet del 1905⁹¹, ma anche i comitati di quartiere, per richiamare modelli più vicini al contesto nostrano, hanno rappresentato, secondo il pensiero di Norberto Bobbio, un’espressione assai autentica di democrazia diretta⁹². Tuttavia, quando “[...] si è provveduto alla legittimazione e alla regolamentazione della partecipazione di base, la forma che essa ha assunta è quella della democrazia rappresentativa [...]”⁹³.

Sicché, anche a non voler sottovalutare quelle esperienze, non sembra di poter individuare precedenti utili ad una ricostruzione che tenda a rafforzare talune ipotesi di democrazia

⁸⁷ D. Palano, *I due volti della democrazia diretta. Note per la genealogia di un progetto moderno*, p. 350.

⁸⁸ Queste tesi hanno un illustre predecessore in L. Basso, *Il Principe senza scettro. Democrazia e sovranità popolare nella Costituzione e nella realtà italiana*, Milano, 1958, p. 171 ss., e nella sua concezione del popolo che “[...] deve considerarsi sempre nell’esercizio delle proprie funzioni, che non sono soltanto quelle di votare, ma altresì quelle di sorvegliare, controllare, criticare [...]” mediante “[...] una molteplicità di modi e forme di partecipazione [...]” (p. 180). Lelio Basso, inoltre, pur non auspicando esplicitamente (p. 174) la revoca degli eletti da parte del popolo, rimarcava che “[...] sarebbe certamente conforme allo spirito della Costituzione, ed è comunque da considerarsi in una logica linea di sviluppo dei principi già posti, una disposizione che stabilisse la revoca del mandato di quei parlamentari che abbandonano il partito nel cui nome sono stati eletti, e presumibilmente si staccano in tal guisa dai propri elettori [...]”. Nel qual caso, tuttavia, operando il limite costituzionale del divieto di mandato imperativo, bisognerebbe modificare tale previsione per consentire la revoca del mandato.

⁸⁹ D. Palano, *op. ult. cit.*, p. 354

⁹⁰ D. Palano, *op. ult. cit.*, p. 349.

⁹¹ Richiamati da H. Arendt, *Sulla rivoluzione*, Milano, 1963, p. 288.

⁹² Cfr., N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, Torino, 1984, p. 48.

⁹³ *Ibidem*.

diretta, per la ragione elementare che tali tentativi, oltre a non avere una regolamentazione giuridica in sede costituzionale, non sembrano, al momento, strutturati in modo tale da esprimere in via diretta ed autentica le istanze che pure emergono nel loro seno.

6. Conclusioni. Democrazia diretta vs partecipazione.

La democrazia diretta è un modello ben diverso dalla democrazia rappresentativa, ma, soprattutto, dalla democrazia partecipativa. Su questa distinzione è utile insistere perché, molto spesso, i fautori della prima sovrappongono questioni e problemi che, in realtà, ricadono nella sfera degli istituti di partecipazione⁹⁴. Infatti, come si è cercato di evidenziare in queste note, la democrazia diretta è una dimensione non solo residuale ma, probabilmente, in antitesi al modello rappresentativo caratterizzante l'ordinamento costituzionale. Viceversa, le ipotesi di democrazia partecipativa⁹⁵, più che consentire ai cittadini di esercitare in modo diretto il potere politico, sono forme di integrazione, o, se si vuole, correttivi del regime rappresentativo, come ad esempio l'iniziativa popolare diretta e indiretta⁹⁶, che permettono ai cittadini di prendere parte e di influenzare i processi di decisione politica.

Non di meno, la dottrina ha evidenziato ampiamente lo scarso rendimento di taluni strumenti della democrazia partecipativa⁹⁷, per cui, anche a non voler insistere su questi profili, bisogna evidenziare che, probabilmente, la causa del loro insuccesso derivi da una tradizione partecipativa assai carente, ma non per questo da accantonare. Invero, le potenzialità della democrazia partecipativa sono indubbie, e potrebbero costituire lo strumento migliore per favorire l'interesse dei cittadini per la politica e per la cosa pubblica. D'altra parte, è utile evidenziare che la crisi di partecipazione politica sembra esprimere

⁹⁴ Cfr., M. Luciani, *Audizione innanzi la Commissione Affari costituzionali del Senato della Repubblica - 13 marzo 2019*, in senato.it/files/000/001/376/prof._Luciani.pdf, p. 2, 3.

⁹⁵ In tema F. Politi, *Democrazia rappresentativa versus democrazia diretta. Riflessioni preliminari su democrazia parlamentare, democrazia partecipativa e democrazia deliberativa*, *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2021; P. Bilancia, *Crisi nella democrazia rappresentativa e aperture a nuove istanze di partecipazione democratica*, parte I, democrazia rappresentativa, in *Federalismi.it*, n. 1/2017; M. Volpi, *Referendum e iniziativa popolare. Quale riforma*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2016.

⁹⁶ M. Luciani, *Audizione innanzi la Commissione Affari costituzionali del Senato della Repubblica - 13 marzo 2019*, cit., p. 4.

⁹⁷ Recentemente, P. Carnevale, *I rischi dell'utopia della c.d. democrazia diretta*, cit., p. 1 ss., spec. p. 17 ss., in cui si prendono in esame le recenti proposte di revisione costituzionale degli artt. 71 e 75 Cost.

una crisi ben più significativa, legata, cioè, alla scomparsa dei partiti di massa del '900⁹⁸. Invero, appare abbastanza evidente che, quando i partiti di massa furono all'apice della loro fortuna, attraverso la loro organizzazione e la loro ramificazione sul territorio, consentirono al popolo una significativa partecipazione, che si tradusse anche in una modalità di formazione del consenso assai robusta⁹⁹. Non è un caso, infatti, che negli anni '50 e '60 soprattutto del secolo scorso, la partecipazione politica si svolgesse principalmente all'interno e per il tramite dei partiti politici, secondo un modello del tutto conforme al sistema costituzionale.

Evidentemente, non si vuole in questa sede richiamare il problema della crisi dei partiti e delle ideologie politiche che, secondo molti Autori, sono una delle cause della crisi democratica contemporanea¹⁰⁰. Viceversa, si vuole evidenziare che uno dei modi per restituire al popolo il ruolo che gli spetta potrebbe essere quello di una riforma dei partiti politici, tale da consentire a ciascuno di partecipare liberamente e adeguatamente alle decisioni pubbliche. Verosimilmente, il fallimento degli istituti di partecipazione, al di là dei problemi giuridici che essi pongono, è stato determinato anche dal fatto che sono stati percepiti come strumenti velleitari non idonei a conseguire effetti diretti e immediati in ordine alle decisioni politiche partitiche¹⁰¹.

Sicché, pur non volendo sottostimare il rilievo di tali istituti, e l'apertura del processo democratico che potrebbero realizzare, attraverso una disciplina adeguata, appare più rispondente alla crisi di partecipazione odierna una riforma dei partiti, tale da realizzare una partecipazione popolare più agevole, concreta, aperta e plurale, favorendo il coinvolgimento dei cittadini nelle scelte politiche più rilevanti. Tale soluzione, peraltro, dovrebbe essere garantita attraverso una disciplina in grado di assicurare una partecipazione autentica, suscettibile di riflettersi nelle decisioni del vertice partitico, ed

⁹⁸ La bibliografia è vastissima, si veda da ultimo G. Azzariti, *Diritto o Barbarie. Il costituzionalismo moderno al bivio*, cit., p. 58 ss.

⁹⁹ P. Ignazi, *Partito e democrazia. L'incerto percorso della legittimazione dei partiti*, Bologna, 2019, p. 146 ss., in cui l'Autore prende in esame il periodo storico in cui i partiti, dopo il secondo conflitto mondiale, favorirono il "[...] Il ritorno della democrazia o la sua conquista". Invero in Italia, subito dopo l'approvazione della Costituzione, il partito politico "[...] acquisiva l'aura di strumento indispensabile per realizzare una società davvero aperta e pluralista" (p.148).

¹⁰⁰ Si veda, G. Ferrara, *Istituzioni, lotta per l'egemonia e sistema politico*, in *Politica del diritto*, n. 2/1992, p. 189; L. Elia, *Cultura e partiti alla Costituente. Le basi della democrazia repubblicana*, in *Il sistema delle autonomie: rapporti tra Stato e società civile*, Bologna, 1981, p. 47; E. Cheli, *Il problema storico della Costituente*, in *Costituzione e sviluppo delle istituzioni in Italia*, Bologna, 1978, p. 59.

¹⁰¹ Cfr., G.U. Rescigno, *Corso di diritto pubblico*, cit., p. 327, in cui, ad esempio, si qualifica l'iniziativa legislativa popolare come "[...] un pallido e miserevole strumento di potere del popolo".

entro una regolamentazione che non comprometta l'autonomia normativa interna dei partiti. Il riferimento, tuttavia, non è a strumenti come le primarie, che non sembrano aver dato una buona prova di sé¹⁰². Viceversa, si potrebbe regolamentare uno spazio fisico, come ad esempio un'assemblea di partito, in cui i cittadini, non necessariamente iscritti al partito, possano partecipare ed esprimere le loro posizioni in ordine ai problemi concreti della collettività. Vale a dire, una forma di partecipazione politica in cui ciascuno possa dare il proprio contributo per la formazione di una decisione partitica, che poi andrebbe formalizzata in una proposta politica collettiva.

Evidentemente, non si possono nascondere i problemi legati alla realizzazione di una riforma di tale natura; essa, infatti, se da un lato potrebbe favorire il rovesciamento delle oligarchie partitiche, allo stesso tempo non sembra praticabile agevolmente, perché chi siede in Parlamento difficilmente sarebbe disposto ad approvare una disciplina legislativa che sottragga potere ai vertici dei partiti. Inoltre, non possono sottovalutarsi i rischi legati all'immissione nell'ordinamento di elementi tali da non favorire decisioni libere ed autonome dei cittadini.

Invero, è noto che Norberto Bobbio manifestò numerosi dubbi su molti problemi richiamati in queste note¹⁰³, dedicando celebri riflessioni alle questioni poste dal rapporto tra la democrazia diretta e la democrazia rappresentativa¹⁰⁴. Un aspetto particolarmente attuale del suo pensiero riguarda la contraddizione tra la democrazia diretta e il *conformismo generalizzato*, causato dall'appiattimento del sistema politico nel suo insieme¹⁰⁵. Più precisamente, il filosofo torinese, ragionando intorno alle ipotesi di modifica della democrazia diretta, evidenziava che il conflitto politico nella modernità richiedesse una propaganda adeguata, in grado di suscitare impegno, e come tale capace di sollecitare l'emotività e gli istinti popolari: cioè, un contesto alterato, in cui vengono meno le condizioni per favorire negli individui riflessione autentiche e genuine, ossia l'aspirazione

¹⁰² Si veda, ad esempio, F. R. De Martino, *La selezione delle candidature attraverso il metodo delle primarie. Partecipazione politica e rappresentatività dei partiti*, in *Rivista Aic*, n. 3/2013, spec. pp. 14-15, in cui si esprimono alcuni dubbi sull'applicazione di tale strumento da parte di alcuni partiti. In tema, P. Marsocci, *Le "primarie": i partiti italiani alle prese con il metodo democratico*, in *Rivista Aic*, n. 2/2011.

¹⁰³ Sul pensiero del filosofo torinese la letteratura è vastissima, si veda E. Grosso, *Democrazia rappresentativa e democrazia diretta nel pensiero di Norberto Bobbio*, in *Rivista Aic*, n. 3/2015.

¹⁰⁴ N. Bobbio, *Quali alternative alla democrazia rappresentativa?*, in AA. VV., *Il marxismo e lo Stato. Il dibattito aperto nella sinistra italiana sulle tesi di Norberto Bobbio*, in *Mondoperaio*, 1976, p. 19 ss.; nonché N. Bobbio, *Democrazia rappresentativa e democrazia diretta*, in Id., *Il futuro della democrazia*, Torino, 1984, p. 33 ss.

¹⁰⁵ N. Bobbio, *Quali alternative alla democrazia rappresentativa?*, cit., p. 26.

più riposta della democrazia diretta¹⁰⁶.

Tornando al presente, le proposte volte ad ampliare e a valorizzare il ruolo della rete vanno attentamente valutate, perché potrebbero aggravare ulteriormente i rischi di alterazione della coscienza popolare descritti da Bobbio con grande lungimiranza¹⁰⁷. Infatti, il pericolo è di favorire l'affermazione di un sistema in cui i cittadini potrebbero assumere decisioni ricorrendo alle stesse logiche che muovono il consumatore nello spazio del mercato. Un esito simile potrebbe riflettersi malamente sul libero convincimento e sulla libertà di voto dei cittadini e, dunque, sulla corretta formazione della volontà popolare, con evidenti ricadute negative sulla qualità della democrazia.

Viceversa, pur non volendo enfatizzare il modello espresso dai partiti di massa del secolo scorso, appare decisivo favorire la creazione di luoghi di incontro all'interno dei partiti in cui sia possibile praticare il dibattito politico, la polemica, il compromesso, tale da assecondare la formazione di decisioni partitiche aperte, plurali e partecipate, capaci, ad un tempo, di favorire la più corretta e ampia partecipazione alla formazione del consenso.

Abstract: Lo studio prende in esame alcuni problemi aperti del rapporto tra democrazia diretta, democrazia rappresentativa e partecipazione politica popolare, entro la più ampia cornice rappresentata dalla crisi dello Stato e dei processi democratici. Secondo l'Autore, nel dibattito politico si è affermata una concezione di democrazia diretta che non sembra trovare fondamento costituzionale. Al contrario, la partecipazione politica popolare, anche attraverso la riforma dei partiti politici, potrebbe favorire l'affermazione di una dimensione democratica aperta e plurale in cui i cittadini possano, in modo più incisivo, concorrere e influenzare i processi di decisione politica.

Abstract: The study focuses on some open problems of the relationship between direct democracy, representative democracy and popular political participation, within the widest frame represented by the crisis of the State and democratic processes. According to the Author, in the political debate a concept of direct democracy has emerged that does not seem to find constitutional foundation. On the contrary, the popular political participation, also through the reform of political parties, could encourage the affirmation of an open and

¹⁰⁶ *Ibidem.*

¹⁰⁷ *Ibidem.*

plural dimension democracy in which the citizens, in more incisive way, can contribute and influencing the political decision making processes.

Parole chiave: democrazia diretta – democrazia rappresentativa – partecipazione politica popolare – sovranità popolare – crisi dello Stato.

Key words: direct democracy – representative democracy – popular political participation – popular sovereignty – crisis of the State.



Osservatorio Giustizia

a cura di
Luca Longhi e Sara Lieto

RIFLESSIONI E NODI PROBLEMATICI DELL'UFFICIO PER IL PROCESSO*.

di Alberto Barbazza**

Sommario. 1. Premessa. L'ufficio per il processo. – 2. Esegesi e *ratio* della norma. – 3. Il rischio di applicazioni distorte e conseguenze sull'arretrato giudiziario.

I

1. Premessa. L'ufficio per il processo.

Con il decreto-legge 9 giugno 2021, n. 80 è stata introdotta nel panorama giuridico italiano la figura dei c.d. addetti all'ufficio per il processo.

Per comprenderne la portata e le finalità, è necessario soffermarsi su un sintetico approfondimento delle strutture organizzative denominate per l'appunto *ufficio per il processo* e in particolare dando conto della *ratio* della loro istituzione.

Sulla scorta delle positive esperienze maturate in diversi Paesi stranieri, quali USA, Regno Unito e Spagna, l'ufficio del processo prende forma in Italia nel 2014 presso i tribunali ordinari e le corti d'appello, a seguito dell'approvazione dell'art. 50, decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90¹.

La ragione istitutiva di tali strutture organizzative, come indicato nell'art. 16-*octies*, comma 1, decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, è quella di «garantire la ragionevole durata del processo, attraverso l'innovazione dei modelli organizzativi ed assicurando un più efficiente impiego delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione».

La norma ne indica anche con precisione la composizione (decisamente eterogenea), prevedendo l'impiego del personale di cancelleria e di coloro che svolgono, presso tali

* *Sottoposto a referaggio.*

** Magistrato Ordinario presso il Tribunale di Treviso. Dottore di ricerca in Diritto, mercato e persona – Università di Venezia Ca' Foscari. Docente in diritto civile e procedura civile – Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali – Università di Padova.

¹ convertito con modificazioni dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, il quale ha inserito all'interno del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, l'art. 16-*octies*.

uffici, il tirocinio formativo a norma dell'art. 73, decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69 o la formazione professionale dei laureati a norma dell'art. 37, comma 5, decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98.

In particolare, dell'ufficio per il processo dinanzi alle Corti d'Appello, possono far parte i giudici ausiliari di cui agli artt. 62 e ss., decreto-legge n. 21 giugno 2013, n. 69 convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, mentre dell'ufficio per il processo dinanzi ai tribunali ordinari possono far parte i giudici onorari di tribunale di cui agli artt. 42-ter e seguenti del regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12.

In seguito, il legislatore ha inteso estendere il modulo organizzativo dell'ufficio per il processo anche alla giustizia amministrativa (decreto-legge 31 agosto 2016, n. 168) e successivamente è stata dettata la disciplina relativa all'assegnazione dei giudici onorari di pace all'ufficio per il processo presso i tribunali (decreto legislativo 13 luglio 2017, n. 116). Successivamente con la circolare sulla formazione delle tabelle di organizzazione degli uffici giudicanti per il triennio 2017-2019 è stato imposto l'obbligo per i presidenti dei Tribunali ordinari di istituire, entro il 30 giugno 2019, l'ufficio per il processo, prevedendo invece una analoga mera facoltà in capo ai presidenti dei Tribunali per i minorenni, dei Tribunali di sorveglianza e delle Corti d'Appello. L'ultima circolare relativa alla formazione delle tabelle per il triennio 2020-2022, ha esteso l'obbligo di istituire l'ufficio per il processo ai presidenti delle Corti d'Appello, confermando che l'istituzione di tale struttura presso i Tribunali per i minorenni ed i Tribunali di sorveglianza è invece rimessa alla discrezionalità dei dirigenti degli uffici e prevedendo, in via del tutto innovativa, la possibilità di istituirla anche presso la Corte di Cassazione.

Infine, si segnala lo schema di decreto legislativo, attuativo dei criteri di delega previsti dall'art. 1, co. 18 e co. 24, lettere *h*) e *i*), legge 26 novembre 2021, n. 206 e dall'art. 1, co. 26, legge 27 settembre 2021, n. 134, pubblicato a metà settembre con atto del Governo n. 406.

Obiettivo dello schema è quello di dettare una compiuta regolamentazione dell'ufficio per il processo, estendendolo stabilmente anche alla Corte di Cassazione e alla Procura generale presso la Corte di Cassazione, mediante l'istituzione dell'ufficio spoglio, analisi e documentazione ai sensi dell'art. 1, co. 18, lett. *d*), legge 26 novembre 2021, 206.

Lo schema di decreto legislativo si articola in 4 capi e 19 articoli.

In estrema sintesi, evidenziando gli aspetti più significativi dello schema, si segnala che, al capo I, l'art. 1 prevede la costituzione, presso i tribunali ordinari e le corti di appello, dell'ufficio per il processo civile e per il processo penale. Prevede, altresì, in attuazione dell'art. 1, co. 26, lett. a) e b), legge 27 settembre 2021, n. 134, la costituzione dell'ufficio per il processo presso i tribunali di sorveglianza e dell'ufficio spoglio, analisi e documentazione e per il processo penale presso la Procura generale della Corte di cassazione. Infine, è prevista la costituzione degli uffici per il processo presso le sezioni distrettuali e circondariali del tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie.

All'art. 2 dello schema vengono espone le finalità degli uffici per il processo e dell'ufficio spoglio, analisi e documentazione, prevedendo che gli stessi siano tenuti a garantire la ragionevole durata del processo, attraverso l'innovazione dei modelli organizzativi e un più efficiente impiego delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione disponibili.

Al capo II, gli artt. 5-11, ribadiscono i compiti e le attività degli uffici per il processo e dell'ufficio spoglio, analisi e documentazione, mentre al capo III, composto dagli artt. 12-15, sono contenute le disposizioni relative all'ufficio per il processo presso il tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie, in attuazione dei principi e criteri direttivi dettati dall'art. 1, comma 24, lett. h) e i) della legge 26 novembre 2021, n. 206.

Da ultimo il capo IV contiene le disposizioni finali e transitorie e le abrogazioni, agli artt. 16-19. Rilevante novità, contenuta al co. 4 dell'art. 18 dello schema, è l'abrogazione dell'art. 16-*octies*, decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, divenuto superfluo alla luce della completa regolamentazione dell'ufficio per il processo nello schema di decreto legislativo.

2. Egesi e *ratio* della norma.

Il d.l. n. 9 giugno 2021 recante «Misure urgenti per il rafforzamento della capacità amministrativa delle pubbliche amministrazioni funzionale all'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per l'efficienza della giustizia», il quale al Capo II «Misure urgenti per la giustizia ordinaria e amministrativa» prevede l'istituzione della figura degli addetti all'ufficio per il processo (artt. 11 e ss.).

Nello specifico, l'art. 11 indica in primo luogo la finalità del reclutamento, ravvisabile nel supporto delle linee di progetto ricomprese nel PNRR e, in particolare, nella realizzazione della piena operatività delle strutture organizzative denominate ufficio per il processo,

costituite come sopra indicato ai sensi dell'art. 16-*octies*, decreto-legge 18 ottobre 2012 n. 179, convertito con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, nonché della necessità di assicurare la celere definizione dei procedimenti giudiziari.

Ne consegue che il principio cardine posto alla base del decreto, volto a favorire la piena efficienza della giustizia, va ravvisato nell'art. 111 Cost., il quale, introducendo il principio della ragionevole durata del processo, impone implicitamente l'urgente necessità di risolvere il problema dell'arretrato (e, in particolar modo, alla luce della c.d. legge Pinto, quello *ultratriennale*).

Con riferimento al numero di assunzioni la norma in questione prevede procedure di reclutamento, in due scaglioni, di un contingente massimo di 16.500 unità di addetti all'ufficio per il processo, con contratto di lavoro a tempo determinato della durata massima di due anni e sette mesi per il primo scaglione e di due anni per il secondo, relativamente al periodo 2021-2024. Quanto ai requisiti, indicati nell'art. 11, co. 2, si richiede il diploma di laurea in giurisprudenza o, limitatamente ad una quota dei posti a concorso, il diploma di laurea in economia e commercio e scienze politiche o titoli equipollenti o equiparati, con attribuzione di punteggi aggiuntivi in casi specifici².

Per quanto attiene invece agli specifici compiti demandati agli UPP, l'art. 11, co. 2, rimanda all'allegato II, numero 1, del decreto, il quale individua tutta innanzitutto una serie di compiti a supporto alla giurisdizione e al contempo, in via subordinata, una mera attività di raccordo con le cancellerie.

Nel dettaglio, le attività riguardano lo studio dei fascicoli con predisposizione di schede riassuntive per procedimento, la verifica di completezza del fascicolo e l'accertamento della regolare costituzione delle parti (controllo delle notifiche, rispetto dei termini e individuazione dei difensori nominati). Ancora, il supporto per bozze di provvedimenti semplici, il controllo della pendenza di istanze o richieste o la loro gestione, l'organizzazione dei fascicoli, delle udienze e del ruolo, con segnalazione al magistrato assegnatario di quei fascicoli che presentino caratteri di priorità di trattazione. Sono previsti, inoltre, compiti di condivisione all'interno dell'ufficio per il processo di riflessioni

² Ai sensi dell'art. 14, ai candidati in possesso di ulteriori titoli universitari, abilitazioni professionali, espletamento del tirocinio presso gli uffici giudiziari ai sensi dell'art. 73 del d.l. n. 69/2013, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 98/2013 e servizio presso le Sezioni specializzate in materia di immigrazione, protezione internazionale, libera circolazione nell'Ue, quali *research officers*, nell'ambito del Piano operativo dell'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo – EASO.

su eventuali criticità, con proposte organizzative e informatiche per il loro superamento, approfondimento giurisprudenziale e dottrinale, ricostruzione del contesto normativo riferibile alle fattispecie proposte, supporto per indirizzi giurisprudenziali sezionali, supporto ai processi di digitalizzazione e innovazione organizzativa dell'ufficio e monitoraggio dei risultati, nonché infine, come accennato, mansioni di raccordo con il personale addetto alle cancellerie.

3. Il rischio di applicazioni distorte e conseguenze sull'arretrato giudiziario.

L'art. 17, co. 3, decreto-legge. 9 giugno 2021 n. 80/2021, precisa che il personale addetto all'ufficio per il processo presta attività lavorativa esclusivamente per la riduzione dell'arretrato e ciò coerentemente con gli obiettivi generali auspicati dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, allo scopo di giungere ad una riduzione dei tempi dei giudizi entro la metà del 2026.

Specificata ratio del PNRR è difatti quella di creare un temporaneo sistema di supporto alla magistratura, diretto al miglioramento del sistema giustizia, con impiego di risorse a tempo determinato, destinate ad eliminare l'arretrato o quantomeno ridurlo notevolmente.

A tal proposito il Piano prevede obiettivi ambiziosi, al cui raggiungimento è subordinata l'attribuzione dei cospicui finanziamenti europei su base semestrale. Nello specifico si tratta di un abbattimento, entro la fine del 2024, dell'arretrato civile del 65% in primo grado e del 55% in appello, entro la fine del 2024; di un abbattimento dell'arretrato civile del 90%, in tutti i gradi di giudizio, entro la metà del 2026, nonché una riduzione del 40% della durata dei procedimenti civili e una riduzione del 25% della durata dei procedimenti penali entro la metà.

Ne consegue che la figura dell'UPP nasce appunto per coadiuvare il magistrato in tutta una serie di attività strettamente giudiziarie, come sopra indicato, al fine, si ribadisce ancora, di ridurre l'arretrato. E coerentemente l'allegato II del decreto-legge 9 giugno 2021, n. 80, con riferimento alle mansioni amministrative fa esclusivo riferimento ad un «raccordo con il personale addetto alle cancellerie» e non intende certo avere la finalità di sopperire la mancanza di personale amministrativo.

Tuttavia, nella pratica gli addetti all'ufficio del processo hanno finito per rivestire un ruolo



ibrido, venendo spesso arbitrariamente adibiti a diversi tipi di attività di cancelleria, non contemplate affatto dalla legge introduttiva, finendo per svilire e snaturare la loro natura. Ragione di questa pratica distorta può essere vista da un lato nell'equiparazione economica degli addetti all'ufficio per il processo, ex art. 11, co. 1, decreto-legge 9 giugno 2021, n. 80, ai profili dell'area III - F1 e cioè ai funzionari giudiziari, giungendo probabilmente in tal maniera distorta ad una parallela equiparazione anche dal punto di vista delle attività tipiche del personale di cancelleria, quali scarico di atti di parte, atti del magistrato, emissione dei certificati di passaggio in giudicato dei provvedimenti.

Dall'altro la loro sottoposizione giuridica al dirigente amministrativo invece che al magistrato dirigente dell'ufficio (conseguente al loro essere incardinati quali funzionari), rende possibile la sopraffazione da parte delle cancellerie del tempo e delle attività che invece gli addetti dovrebbero dedicare a coadiuvare il magistrato nell'attività giurisdizionale favorendo lo smaltimento dell'arretrato e la riduzione dei tempi del giudizio.

Se è possibile rinvenire anche dei vantaggi da tali compiti *amministrativi* loro attribuiti, in quanto così operando l'addetto svolge un lavoro *completo* ed ha una visione dell'attività del magistrato e del processo per così dire a 360°³, il rischio è tuttavia che ci sia un'applicazione non adeguatamente bilanciata e preponderante delle mansioni strettamente amministrative rispetto a quelle giudiziarie, tale da far venire meno il fondamentale obiettivo alla base del d.l. n. 80/2021.

A ciò si aggiunga che, come sopra riportato, il PNRR mira ad interventi sul sistema giudiziario del tutto straordinari e temporanei per far fronte allo smaltimento dell'arretrato, essendo infatti l'impiego degli addetti all'ufficio per il processo a tempo determinato, senza alcuna garanzia di stabilizzazione. Ciò sta dunque a significare che, ipotizzato un azzeramento dell'arretrato o quantomeno una sua significativa riduzione, esso inizierà di nuovo a formarsi nel momento in cui cesserà l'aiuto degli addetti all'ufficio per il processo? L'auspicio è dunque che, preso atto dei risultati dell'ufficio per il processo, le risorse siano impiegate per trovare una stabile collocazione all'interno del sistema giudiziario⁴ in grado

³ Redazione della bozza di provvedimento, la quale dopo essere stata modificata, corretta, integrata e depositata in consolle dal magistrato, viene contestualmente lavorata e scaricata dall'addetto all'ufficio per il processo, attraverso il sistema telematico nel quale opera il personale di cancelleria.

⁴ Si concorda sul punto, tuttavia, con il pensiero di L. Gentile Sebastiano, *Assunzione, inquadramento e mansioni degli addetti all'ufficio per il processo*, in *Foro it.*, settembre 2022, pp. 229 ss. secondo cui lo sbocco, comunque, non potrebbe essere la stabilizzazione in via giudiziaria, che è preclusa dall'art. 36,

di sopperire compiutamente alla mancanza di personale, che ormai costituisce un problema cronico degli uffici giudiziari.

In ogni caso, dovrà essere considerata la possibilità di ristorare il danno⁵, in adesione all'orientamento che, in base al criterio sovranazionale della condizionalità⁶, valuta in modo positivo questa tutela monetaria, considerandola equivalente, effettiva, proporzionale ed efficacemente dissuasiva⁷.

Peraltro, nel caso parte degli addetti dovessero vedere stabilizzato il loro titolo occupazionale, ciò avverrebbe nella prospettiva di evitare la naturale progressiva riduzione della pianta organica del personale amministrativo; il problema diverrà, a quel punto, l'individuazione delle funzioni, e capire se debbano acquisire le funzioni di cancellieri (ed occupare della sola parte amministrativa) o se possano continuare a coadiuvare il magistrato.

Abstract: Il contributo ripercorre l'iter genetico delle strutture organizzative denominate ufficio per il processo che hanno comportato l'introduzione di una nuova e peculiare figura all'interno del panorama dei professionisti del settore giustizia: l'addetto all'ufficio per il processo. Sorto con la specifica finalità di assicurare la celere definizione dei procedimenti giudiziari e di riduzione dell'arretrato, si rifletterà sull'effettivo impiego di queste nuove risorse, fornendo alcune valutazioni in merito ai benefici che sono (e saranno) in grado di apportare al sistema giudiziario italiano.

Abstract: From the birth of the organizational structures called office for the process to the introduction of the figure of the office clerk for the process, with the specific purpose of ensuring the speedy definition of judicial proceedings and reduction of the backlog. Reflections on the effective use of the new resources hired and assessments of the benefits they bring to the Italian judicial system.

comma quinto, decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165, come confermato anche da Cass. ord.n. 42004/2021 in *ForoPlus*.

⁵ Cass., SS.UU., s.n. 5072/2016, con la nota di A.M. Perrino, *Pot-pourri di precetti, sanzioni e riparazioni: l'incontenibile universo del contratto a termine*, in *Foro it.*, 2016, p. 2994.

⁶ Cfr. M. De Luca, *Precariato pubblico: condizionalità eurounitaria per divieti nazionali di conversione*, in *Lavoro nelle p.a.*, 2016, p. 489.

⁷ L. Gentile Sebastiano, *Assunzione, inquadramento e mansioni degli addetti all'ufficio per il processo*, in *Foro it.*, settembre 2022, pp. 229 ss.

Parole chiave: Ufficio per il processo – Giustizia – Efficienza – PNNR – Arretrato.

Key words: Office for trial – Justice – Efficiency – PNRR – Blacklog.



NOTIZIE SUGLI AUTORI

Clara Tuccillo – Dottoranda di ricerca in Il diritto dei servizi nell’ordinamento italiano ed europeo – Università di Napoli Parthenope

Giuseppe Lissa – Professore Emerito di Filosofia morale – Università di Napoli Federico II

Giacomo Palombino – Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale – Università di Granada

Filippo Patroni Griffi – Giudice della Corte costituzionale

Pier Luigi Petrillo – Professore Ordinario di Diritto pubblico comparato – Università di Roma Unitelma Sapienza

Alessandro Zagarella – Dottore di ricerca in Diritto pubblico comparato – Università di Napoli Suor Orsola Benincasa

Giampiero Buonomo – Consigliere parlamentare

Virgilia Fogliame – Ricercatrice t.d., lett. b) di Diritto costituzionale – Università degli Studi di Napoli Federico II

Franca Meola – Ricercatrice t.d., lett. a) di Istituzioni di diritto pubblico – Università degli Studi della Campania L. Vanvitelli

Guglielmo Agolino – Dottorando di ricerca in Scienze giuridiche – Università di Modena e Reggio Emilia. Cultore della materia in Diritto costituzionale – Università di Parma

Francesco Raffaello De Martino – Professore Associato – Università del Molise

Alberto Barbazza – Magistrato Ordinario presso il Tribunale di Treviso. Dottore di ricerca in Diritto, mercato e persona – Università di Venezia Ca' Foscari. Docente in diritto civile e procedura civile – Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali – Università di Padova



Diritto Pubblico Europeo – Rassegna online (DPER on line) è una rivista scientifica di **Fascia A** di area giuridica inserita negli elenchi dell'Anvur. La Rivista, fondata nel 2015 e pubblicata con cadenza semestrale, è dedicata allo studio di temi di Diritto pubblico di respiro europeo.

Eccettuati gli articoli espressamente richiesti dalla Direzione (*invited articles*), i contributi inviati a *Diritto Pubblico Europeo – Rassegna online* (DPER on line) destinati alla Sezione “Saggi”, e a discrezione del coordinamento anche quelli destinati alla Sezione “Note e commenti”, saranno sottoposti a un sistema di **peer review (double blind)** effettuato da uno o due valutatori scelti tra specialisti della materia, all'interno o all'esterno del Consiglio Scientifico, i quali ne valuteranno congruenza con i contenuti della rivista, rilevanza scientifica, aggiornamento, originalità, qualità del metodo, validità dei risultati, stile.

Nello specifico si prevede la valutazione di due referee anonimi per gli articoli destinati alla Sezione “Saggi”, parimenti per gli articoli destinati alla Sezione “Note e commenti”. Confermata la pubblicabilità del contributo, i valutatori indicheranno se l'articolo debba venire accettato integralmente, o richieda correzioni e messe a punto. I referee valuteranno altresì la correttezza della collocazione dell'articolo nella sezione Saggi o Note e commenti, e l'eventuale opportunità di collocare il contributo in una sezione diversa da quella indicata dall'Autore, nel qual caso si procederà a nuova valutazione secondo le regole previste per il peer review della sezione proposta dai referee. Di tutto ciò verrà informato tempestivamente l'Autore.

La Rivista ospita, sui temi della bioetica, una sezione curata dal Centro interuniversitario di ricerca bioetica - Cirb, le cui regole di pubblicazioni sono le medesime per le altre sezioni.

La Rivista ospita altresì una sezione “Materiali”, ove possono essere pubblicate liberamente lezioni, anticipazioni di pubblicazioni (previa autorizzazione) e altro materiale in modalità *blended*.

La Rivista è pubblicata in collaborazione con il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi della Campania Luigi Vanvitelli.

Misure antiplagio

Tutti gli articoli proposti a **Diritto Pubblico Europeo - Rassegna online** sono sottoposti a un'attenta verifica volta a rilevare eventuali usi impropri di altri testi, anche ricorrendo a software antiplagio come *Compilatio*, *Turnitin* o *iThenticate*.

Quando è riscontrato un plagio si procede secondo quanto raccomandato nelle linee guida elaborate dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) (<http://publicationethics.org/resources/flowcharts>).

Se invece fossero i lettori a segnalare un plagio presente in un articolo di **Diritto Pubblico Europeo - Rassegna online**, i coordinatori:

- 1) informano chi ha segnalato l'abuso della procedura che sarà immediatamente avviata;
- 2) verificano il grado di effettiva coincidenza dell'articolo di **Diritto Pubblico Europeo - Rassegna online** con il testo o i testi che sarebbero stati plagiati;
- 3) informano dell'accaduto l'intera redazione di **Diritto Pubblico Europeo - Rassegna online** per decidere collegialmente i successivi passi;
- 4) trasmettono all'autore dell'articolo le evidenze emerse dal confronto con gli eventuali testi plagiati e gliene chiedono conto.

Se dovesse risultare che l'autore ha effettivamente plagiato altri testi, i coordinatori di **Diritto Pubblico Europeo - Rassegna online** il direttore si riserva ogni facoltà prevista dalla legge, rimuovendo e segnalando alle autorità competenti il contributo oggetto di plagio

EDITORIAL TEAM

Direttori: Raffaele Bifulco - Lorenzo Chieffi - Alberto Lucarelli - Andrea Patroni Griffi

Direttore Responsabile: Alberto Lucarelli

Coordinatore dei Comitati Scientifico ed Editoriale: Andrea Patroni Griffi

Comitato Scientifico: Francisco Balaguer Callejon (Università di Granada), David Capitant (Università di Parigi 1 Panthéon-Sorbonne), Claudio De Fiores (Università della Campania “Luigi Vanvitelli”), Anna Maria Nico (Università di Bari “Aldo Moro”), Anna Papa (Università di Napoli “Parthenope”), Andrea Pertici (Università di Pisa), Miguel Revenga Sánchez (Università di Cádiz), Ángel Rodríguez, (Università di Málaga), Mathieu Touzeil-Divina (Università di Toulouse Capitole), Arianna Vedaschi (Università di Milano “Bocconi”)

Comitato Editoriale: Luigi Ferraro e Daniela Mone (Direzione), Giampiero Buonomo, Roberta Calvano, Giuseppe Campanelli, Alfonso Maria Cecere, Ines Ciolli, Angela G. Cossiri, Giovanna De Minico, Erik Furno, Cosimo P. Guarini, Barbara Guastaferrò, Carlo Iannello, Sara Lieto, Giovanni Luchena, Raffaele Manfredi, Sergio Marotta, Paola Mazzina, Fulvio Pastore, Raffaele Picaro, Guido Rivosecchi, Lucia Scaffardi, Silvia Sassi

Corrispondenti dei Comitati scientifico e editoriale di Bari e Puglia: Antonio Colavecchio, Mario Esposito, Cosimo Pietro Guarini, Giovanni Luchena, Ugo Patroni Griffi, Raffaele Guido Rodio, Vincenzo Tondi della Mura, Andrea Tucci.

Redazione: Antonia Maria Acierno, Armando De Crescenzo, Luca Di Majo, Maria Chiara Girardi, Franca Meola, Andrea Napolitano, Giacomo Palombino, Guido Saltelli, Federico Savastano, Ignazio Spadaro, Luigi Sica, Giovanni Terrano

Referees: Fulvia Abbondante, Ramon Alcubilla, Adriana Apostoli, Marco Bassini, Michele Belletti, Marco Benvenuti, Mario Bertolissi, Francesca Biondi, Salvatore Bonfiglio, Camilla Buzzacchi, Maria Cristina Cabiddu, Quirino Camerlengo, Gaetano

Bucci, Giuseppe Campanelli, Agatino Cariola, Corrado Caruso, Laura Cappuccio, Beniamino Caravita di Toritto, Massimo Carli, Carlo Casonato, Fabrizio Cassella, Lucia Cassetti, Emilio Castorina, Marcello Cecchetti, Adriana Ciancio, Antonio Chimenti, Carlo Colapietro, Mario Eugenio Comba, Cecilia Corsi, Angela G. Cossiri, Fabrizia Covino, Francesco Dal Canto, Giovanni D'Alessandro, Luigi D'Andrea, Antonio D'Andrea, Andrea Deffenu, Michele Della Morte, Ranieri De Maria, Francesco Raffaello De Martino, Maria Valeria del Tufo, Giovanni Di Cosimo, Fabio Elefante, Gianluca Famiglietti, Gennaro Ferraiuolo, Fabio Ferrara, Damiano Florenzano, Carlo Fusaro, Silvio Gambino, Giorgio Grasso, Maria Cristina Grisolia, Tania Groppi, Enrico Grosso, Maria Pia Iadicicco, Elisabetta Lamarque, Fulco Lanchester, Benedetta Liberali, Vincenzo Lippolis, Pietro Logroscino, Aldo Loiodice, Erik Longo, Jorge Lozano Mirales, Marco Mancini, Stelio Mangiameli, Susanna Mancini, Gloria Marchetti, Francesco Saverio Marini, Paola Marsocci, Antonio Maria Marzocco, Anna Mastromarino, Ilenia Massa Pinto, Alessandro Morelli, Silvia Niccolai, Paolo Nicosia, Alessandro Pace, Stefania Parisi, Francesco Paterniti, Simone Penasa, Pier Luigi Petrillo, Giovanna Petrillo, Federico Gustavo Pizzetti, Marco Plutino, Oreste Pollicino, Barbara Randazzo, Saverio Regasto, Umberto Ronga, Antonio Saitta, Carmela Salazar, Silvia Sassi, Federico Savastano, Gino Scaccia, Giusi Sorrenti, Sandro Staiano, Giovanni Tarli Barbieri, Vittorio Teotonico, Michela Troisi, Lara Trucco, Veronica Valenti, Filippo Vari, Alfonso Vuolo

* Tra i componenti del Comitato di valutazione, alla data in cui hanno reso il referaggio, non vi sono né i Direttori, né i membri della redazione della Rivista